

# Lagrådsremiss

## Nya rättsmedel m.m. på upphandlingsområdet

---

Regeringen överlämnar denna remiss till Lagrådet.

Stockholm den 17 december 2009

*Mats Odell*

*Rikard Jermsten*  
(Finansdepartementet)

## Lagrådsremissens huvudsakliga innehåll

Lagrådsremissen innehåller förslag till lag om ändring i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) och lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF). Förslagen innehåller bestämmelser om bl.a. nya rättsmedel (ogiltighet och sanktionsavgift), konkurrenspräglad dialog, elektronisk auktion, miljöhänsyn och sociala hänsyn samt regelförenklingar.

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 (ändringsdirektivet) genomförs i svensk rätt. 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 en upphandling införs. Tidsfristen sammanfaller med avtalsspärren. När en ansökan om överprövning kommit in till förvaltningsrätten förlängs avtalsspärren och gäller, som huvudregel, till dess att förvaltningsrätten prövat upphandlingen, s.k. förlängd avtalsspärr. För att säkerställa möjligheten till överklagande får avtal inte heller ingås förrän tio dagar gått från det att förvaltningsrätten 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. 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 avtals giltighet 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 iakttä 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 som inte omfattas av direktivens tillämpningsområde.

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. Det föreslås att en särskild avgift (marknadsskadeavgift) ska påföras upphandlande myndigheter och enheter i dessa fall. Därutöver lämnas förslag om att 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 kr och högst 10 000 000 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.

I lagrådsremissen föreslås även att ett nytt upphandlingsförfarande, konkurrenspräglad dialog, ska få användas och att det införs bestämmelser om elektroniska auktioner. Vidare föreslås att det införs en möjlighet att inrätta och nyttja inköpscentraler för upphandling. Förslagen genomför bestämmelser i Europaparlamentets och rådets direktiv av den 31 mars 2004, 2004/18/EG (det klassiska direktivet) och Europaparlamentets och rådets direktiv av den 31 mars 2004, 2004/17/EG (försörjningsdirektivet). Vidare föreslås en bestämmelse som anger att upphandlande myndigheter och enheter bör beakta miljöhänsyn och sociala hänsyn i sina upphandlingar i den utsträckning det är påkallat med hänsyn till upphandlingens art.

Slutligen föreslås förenklande åtgärder när det gäller att hämta in uppgifter om leverantörers kapacitet och redlighet. En upphandlande myndighet eller enhet ska bl.a. ansvara för att begära in uppgifter från Skatteverket och Kronofogdemyndigheten om huruvida en leverantör betalar skatter och socialförsäkringsavgifter.

Fasta direktupphandlingsgränser föreslås motsvarande 15 procent av ett tröskelvärde i respektive lag (ca 287 000 kr i LOU och ca 577 000 kr i LUF). Förslaget kompletteras med bestämmelser för beräkning av värdet

av ett avtal som en upphandlande myndighet eller enhet 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 ska få åberopa andra företags kapacitet.

Lagändringarna föreslås träda i kraft den 1 juli 2010.

## Innehållsförteckning

1	Beslut.....	9
2	Lagtext.....	10
2.1	Förslag till lag om ändring i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling.....	10
2.2	Förslag till lag om ändring i lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster.....	47
2.3	Förslag till lag om ändring i offentlighets- och sekretesslagen (2009:400).....	74
3	Ärendet och dess beredning.....	76
4	Gällande rätt.....	77
4.1	Allmänt om upphandlingslagarna.....	77
4.2	De grundläggande principerna.....	78
4.3	Direktivstyrd upphandling.....	80
4.4	Upphandling under tröskelvärdena och av B-tjänster.....	85
4.5	Rättsmedel.....	87
5	Ändringsdirektivet.....	89
5.1	Inledning.....	89
5.2	Ändringsdirektivets huvudsakliga innehåll.....	90
6	Avtalsspärr m.m.....	95
6.1	Avtalsspärr efter underrättelse om tilldelningsbeslut.....	95
6.2	Underrättelse om tilldelningsbeslut.....	100
6.2.1	Berörda anbudssökande och anbudsgivare....	100
6.2.2	Information om avtalsspärr och skäl för beslutet	
	101	
6.3	Undantag från avtalsspärr.....	105
6.4	Förlängd avtalsspärr.....	109
6.5	Tiodagarsfrist.....	115
7	Överprövning av avtals giltighet.....	117
7.1	Avtal som kan förklaras ogiltiga.....	117
7.2	När ogiltigförklaring av ett avtal inte får ske.....	126
7.2.1	Tvingande hänsyn till ett allmänintresse.....	126
7.2.2	Överträdelse av avtalsspärr.....	129
7.2.3	Underrättelse vid förnyad konkurrensutsättning inom ett ramavtal.....	130
7.2.4	Förhandsinsyn inom det direktivstyrda området	
	131	
7.2.5	Förhandsinsyn inom det icke direktivstyrda området.....	133
8	Vissa domstolsfrågor och tidsfrister.....	135
8.1	Rättens beslut före och efter ingående av avtal.....	135
8.2	Interimistiska beslut.....	140
8.3	Vitesbestämmelsen i försörjningslagen.....	142

8.4	Preklusionsfrist .....	144
	8.4.1 Ändringsdirektivet .....	144
	8.4.2 Preklusionsfrist i upphandlingslagstiftningen .....	144
8.5	Underrättelse om en ansökan om överprövning .....	150
8.6	Ska en ansökan om överprövning först lämnas till upphandlande myndighet eller enhet? .....	151
8.7	Tidsfrister för ansökan om överprövning .....	152
	8.7.1 Tidsfrist för ansökan om överprövning av en upphandling .....	152
	8.7.2 Tidsfrist för ansökan om överprövning av ett beslut att avbryta en upphandling .....	155
	8.7.3 Tidsfrister för ansökan om överprövning av ett avtals giltighet .....	156
8.8	Beräkning av avtalspärren och tidsfrister för ansökan om överprövning .....	158
8.9	Domstolens prövning när avtal har ingåtts .....	159
8.10	Talerätt i mål om överprövning .....	162
9	Särskild avgift .....	168
	9.1 En särskild avgift (marknadsskadeavgift) på upphandlingsområdet .....	168
	9.2 Överträdelser som ska kunna leda till marknadsskadeavgift 172	
	9.3 Upphandlande myndigheter respektive enheter som kan påföras marknadsskadeavgift .....	177
	9.4 Strikt ansvar kontra uppsåt eller oaktsamhet .....	178
	9.5 Beräkning av marknadsskadeavgiftens storlek .....	180
	9.6 Överträdelsens sanktionsvärde .....	183
	9.7 Uppbärare av marknadsskadeavgift .....	185
	9.8 Handläggande myndighet .....	186
	9.9 Domstols prövning av marknadsskadeavgift .....	187
	9.10 Tidsfrister för talan om marknadsskadeavgift m.m. ....	192
	9.11 Vissa övriga frågor om förfarandet hos tillsynsmyndigheten och domstolarna .....	195
	9.12 Betalning av marknadsskadeavgift .....	196
	9.13 Preskription .....	197
	9.14 Kvarstad .....	198
	9.15 Skatterättsliga konsekvenser .....	198
10	Tillsynsfrågor m.m. ....	199
	10.1 Föreläggande att lämna uppgift eller handling m.m. ....	199
	10.2 Ytterligare möjligheter att ingripa vid upphandlingar ...	203
	10.3 Åtgärder mot domstolstrots .....	204
	10.4 Granskning och medling .....	206
11	Skadestånd .....	207
	11.1 Skadestånd till anbudsgivare och anbudssökande som har deltagit i en upphandling .....	207
	11.2 Skadestånd när ett avtal har ogiltigförklarats .....	210
12	Konkurrenspräglad dialog .....	212
	12.1 Konkurrenspräglad dialog införs .....	212
	12.2 Annonsering m.m. ....	215

12.3	Förutsättningar för att inleda en konkurrenspräglad dialog 215	
12.4	Genomförandet av en konkurrenspräglad dialog .....	217
12.5	Möjlighet att bestämma att dialogen ska genomföras i successiva steg .....	218
12.6	Avslutande av dialogen och underrättelse om beslut under pågående dialog samt möjlighet till överprövning .....	219
12.7	Uppmaning att klarlägga och precisera ett anbud .....	222
12.8	Värdering och antagande av anbud .....	222
12.9	Anbud på andra anbudsgivares förslag .....	223
12.10	Krav på kompetens hos en upphandlande myndighet .....	224
12.11	Vägledning .....	224
12.12	Anbudsgivares rätt till ersättning .....	225
12.13	Sekretess hos upphandlande myndighet för innehåll i förslag på lösningar .....	226
13	Elektronisk auktion .....	228
13.1	Elektronisk auktion enligt direktiven .....	228
13.2	Elektronisk auktion i upphandlingslagarna .....	229
13.3	Förutsättningar för att använda elektronisk auktion m.m. 231	
13.4	Genomförandet av en elektronisk auktion .....	235
13.5	Överprövning .....	238
13.6	Sekretess .....	240
14	Inköpscentraler .....	241
14.1	Tidigare överväganden .....	241
14.2	Inköpscentraler i upphandlingslagarna .....	242
14.3	Regleringen av inköpscentraler .....	245
14.4	Ansvar för att bestämmelserna iakttas .....	248
14.5	Vissa frågor rörande kommuner och landstingskommuner 250	
15	Miljöhänsyn och sociala hänsyn .....	251
16	Regelförenklingar i upphandlingslagarna .....	257
16.1	Inledning .....	257
16.2	Inhämtande av uppgifter .....	257
	16.2.1 Bakgrund .....	257
	16.2.2 Uppgifter från offentliga register om skatter och socialförsäkringsavgifter .....	259
	16.2.3 Bevis på leverantörens lämplighet .....	262
16.3	Upphandling som inte omfattas av direktiven .....	267
	16.3.1 Bakgrund .....	267
	16.3.2 Beloppsgränser för direktupphandling .....	269
	16.3.3 Principer för beräkning av kontraktets värde .....	276
	16.3.4 Direktupphandling när förhandlat förfarande utan föregående annonsering är tillämpligt .....	277
	16.3.5 Rätt att åberopa andra företags kapacitet .....	279
	16.3.6 Ansvar för att hämta in uppgifter från offentliga register om skatter och socialförsäkringsavgifter 281	
	16.3.7 Bevis på leverantörens lämplighet .....	281

16.3.8	Ramavtal.....	282
16.3.9	Upphandling enligt 15 kap. LOU och LUF som rör rikets säkerhet och försvarsupphandling	284
16.3.10	Kvalificeringssystem blir tillämpliga vid upphandlingar enligt 15 kap. LUF.....	286
16.3.11	Några mindre regelförenklingsåtgärder och lagtekniska ändringar.....	286
16.4	Begreppet skriftlig.....	288
16.4.1	Förtydligande av begreppet skriftlig.....	288
16.4.2	Formen för att lämna anbudsansökningar och anbud	290
17	Ikraftträdande och övergångsbestämmelser .....	293
18	Konsekvensanalys.....	294
19	Författningskommentar.....	300
19.1	Förslaget till lag om ändring i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling .....	300
19.2	Förslaget till lag om ändring i lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster .....	352
19.3	Förslaget till lag om ändring i offentlighets- och sekretesslagen (2009:400) .....	373
Bilaga 1	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 (ändringsdirektivet) .....	374
Bilaga 2	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).....	390
Bilaga 3	Rådets direktiv 92/13/EEG av den 25 februari 1992 om samordning av lagar och andra författningar om gemenskapsregler om upphandlingsförfaranden tillämplade av företag och verk inom vatten- energi, transport och telekommunikationssektorerna (andra rättsmedelsdirektivet).....	393
Bilaga 4	Kommissionens förordning (EG) nr 1150/2009 av den 10 november 2009 om ändring av förordning (EG) nr 1564/2005 i fråga om standardformulär för offentliggörande av meddelanden inom ramen för anbuds-förfaranden i enlighet med rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG .....	399
Bilaga 5	Europaparlamentet 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).....	432
Bilaga 6	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).....	559
Bilaga 7	Kommissionens förordning (EG) nr 1177/2009 av den 30 november 2009 om ändring av europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG, 2004/18/EG och 2009/81/EG avseende de tröskelvärden som ska tillämpas vid upphandlingsförfaranden .....	672
Bilaga 8	Sammanfattning av slutbetänkandet Nya upphandlingsregler 2 (SOU 2006:28) .....	674
Bilaga 9	Lagförslag i slutbetänkandet Nya upphandlingsregler 2 (SOU 2006:28) .....	686
Bilaga 10	Förteckning över remissinstanserna avseende slutbetänkandet Nya upphandlingsregler 2 (SOU 2006:28) .....	753
Bilaga 11	Sammanfattning av departementspromemorian Nya rättsmedel m.m. på upphandlingsområdet (Ds 2009:30) .....	755
Bilaga 12	Lagförslag i departementspromemorian Nya rättsmedel m.m. på upphandlingsområdet (Ds 2009:30).....	757
Bilaga 13	Förteckning över remissinstanserna avseende departementspromemorian Nya rättsmedel m.m. på upphandlingsområdet (Ds 2009:30).....	804



# 1 Beslut

Regeringen har beslutat att inhämta Lagrådets yttrande över förslag till

1. lag om ändring i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
2. lag om ändring i lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster,
3. lag om ändring i offentlighets- och sekretesslagen (2009:400).

## 2 Lagtext

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

Härigenom föreskrivs<sup>1</sup> 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 1 kap. 1 §, 2 kap. 1 och 23 §§, 4 kap. 1, 2, 4 och 6 §§, 8 kap. 3, 5, 10, 11 och 12 §§, 9 kap. 1 och 9 §§, 10 kap. 2 §, 11 kap. 3 och 4 §§, 12 kap. 2 §, 15 kap. 2–5, 7, 9, 15, 17–19 och 21–23 §§ samt rubrikerna närmast före 4 kap. 1 §, 8 kap. 3, 10–12 §§, 15 kap. 4, 5, 7, 18 och 22 §§ ska ha följande lydelse

*dels* att det i lagen ska införas 35 nya paragrafer, 1 kap. 9 a §, 2 kap. 6 a, 9 a och 10 a §§, 4 kap. 10–22 §§, 7 kap. 4 §, 10 kap. 4 §, 11 kap. 17 §, 15 kap. 3 a, 5 a, 13 a, 13 b och 15 a §§, nya kapitel, 5 a, 16 och 17 kap. samt närmast före 4 kap. 10, 12–14, 16–18 och 20–22 §§, 7 kap. 4 §, 10 kap. 4 §, 11 kap. 17 § samt 15 kap. 3 a, 5 a, 13 b och 15 a §§ nya rubriker av följande lydelse.

*Nuvarande lydelse*

*Föreslagen lydelse*

#### **1 kap.**

##### 1 §

I denna lag finns föreskrifter om

- lagens innehåll och tillämpningsområde samt allmänna bestämmelser (1 kap.),
  - definitioner (2 kap.),
  - tröskelvärden (3 kap.),
  - upphandlingsförfaranden (4 kap.),
  - ramavtal (5 kap.),
  - tekniska specifikationer och särskilda kontraktsvillkor i förfrågningsunderlag m.m. (6 kap.),
  - annonsering av upphandling (7 kap.),
- elektronisk auktion (5 a kap.),*

<sup>1</sup> 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, Celex 32007L0066) och Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster (EUT L 134, 30.4.2004, s. 114, Celex 32004L0018) senast ändrat genom kommissionens förordning (EG) nr 1177/2009 av den 30 november 2009 om ändring av europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG, 2004/18/EG och 2009/81/EG avseende de tröskelvärden som ska tillämpas vid upphandlingsförfaranden (EUT L 134, 1.12.2009, s. 64, Celex 32009R1177).

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

Till lagen hör följande bilagor:

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

#### 9 a §

*Upphandlande myndigheter bör beakta miljöhänsyn och sociala hänsyn vid offentlig upphandling i den utsträckning det är påkallat med hänsyn till upphandlingens art.*

## 2 kap.

### 1 §

Med anbudssökande avses den som ansöker om att få delta i ett selektivt eller förhandlat förfarande *eller* i ett urvalsförfarande enligt 15 kap.

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

### 6 a §

Med elektronisk auktion avses en upprepad process med hjälp av elektroniska medel för att presentera nya lägre priser eller nya värden för vissa delar av anbudena, vilken genomförs efter en första fullständig utvärdering av anbudena och möjliggör en rangordning på grund av automatiska utvärderingsmetoder.

9 a § *Med inköpscentral avses en upphandlande myndighet som*

1. *ingår ramavtal om bygg-entreprenader, 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.*

10 a §

*Med konkurrenspräglad dialog avses ett förfarande som varje leverantör kan begära att få delta i och där den upphandlande myndigheten för en dialog med de anbudssökande som har bjudits in att delta i detta förfarande för att nå fram till en eller flera lösningar som kan tillgodose myndighetens behov och som utgör grunden för de anbud som de utvalda anbudssökandena bjuds in att lämna.*

23 §

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

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

#### 4 kap.

**Öppet, selektivt och förhandlat förfarande**

**Öppet, selektivt och förhandlat förfarande samt konkurrenspräglad dialog**

1 §

Vid offentlig upphandling *skall* öppet eller selektivt förfarande användas.

Förhandlat förfarande med eller utan föregående annonsering får dock användas under de förutsättningar och på det sätt som anges i 2–9 §§.

Vid offentlig upphandling *ska* öppet eller selektivt förfarande användas.

Förhandlat förfarande med eller utan föregående annonsering får dock användas under de förutsättningar och på det sätt som anges i 2–9 §§.

*Konkurrenspräglad dialog får användas under de förutsättningar och på det sätt som anges i 10–21 §§.*

## 2 §

Förhandlat förfarande med föregående annonsering får användas

1. om de anbud som lämnats vid ett öppet eller ett selektivt förfarande är ogiltiga eller inte kan godtas med hänsyn till vad som föreskrivs i

a) 1 kap. 10 § andra stycket om att juridiska personer i vissa fall *skall* uppge namn och yrkeskvalifikationer på personer som *skall* utföra en tjänst som omfattas av upphandlingen,

b) 6 kap. 9 § andra och fjärde styckena om att otillåtna alternativa anbud inte får beaktas respektive att endast alternativa anbud som uppfyller ställda minimikrav får beaktas,

c) 6 kap. 11 § om att en anbudsgivare *skall* ange hur stor del som kan komma att läggas ut på tredje man,

d) 6 kap. 12 § andra stycket om att anbudsgivare och anbudssökande *skall* bekräfta att hänsyn tagits till bestämmelserna om arbetarskydd och arbetsvillkor vid utformning av anbudet,

e) 9 kap. 8 § andra stycket om att en leverantör *skall* förtydliga och komplettera handlingar som getts in,

f) 10 kap. om uteslutning av leverantörer,

g) 11 kap. om kontroll av leverantörers lämplighet och val av leverantörer m.m., eller

h) 12 kap. om tilldelning av kontrakt,

2. om det som *skall* 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 och intellektuella tjänster som är av sådan art att det inte går att utarbeta tillräckligt exakt förfrågningsunderlag för att kunna genomföra upphandlingen genom att välja det bästa anbudet enligt bestämmelserna för öppna eller selektiva förfaranden, eller

1. om de anbud som lämnats vid ett öppet eller ett selektivt förfarande *eller vid en konkurrenspräglad dialog* är ogiltiga eller inte kan godtas med hänsyn till vad som föreskrivs i

a) 1 kap. 10 § andra stycket om att juridiska personer i vissa fall *ska* uppge namn och yrkeskvalifikationer på personer som *ska* utföra en tjänst som omfattas av upphandlingen,

b) 6 kap. 9 § andra och fjärde styckena om att otillåtna alternativa anbud inte får beaktas respektive att endast alternativa anbud som uppfyller ställda minimikrav får beaktas,

c) 6 kap. 11 § om att en anbudsgivare *ska* ange hur stor del som kan komma att läggas ut på tredje man,

d) 6 kap. 12 § andra stycket om att anbudsgivare och anbudssökande *ska* bekräfta att hänsyn tagits till bestämmelserna om arbetarskydd och arbetsvillkor vid utformning av anbudet,

e) 9 kap. 8 § andra stycket om att en leverantör *ska* förtydliga och komplettera handlingar som getts in,

f) 10 kap. om uteslutning av leverantörer,

g) 11 kap. om kontroll av leverantörers lämplighet och val av leverantörer m.m., eller

h) 12 kap. om tilldelning av kontrakt,

2. om 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,

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

Första stycket 1 gäller bara om villkoren för kontraktet i förhållande till den tidigare upphandlingen inte ändras väsentligt.

#### 4 §

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

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

#### 6 §

I de fall som avses i 2 § 1 får en upphandlande myndighet avstå från att annonsera om upphandling, om den i ett förhandlat förfarande bjuder in endast anbudsgivare som uppfyller kraven i 10 och 11 kap. och som i ett föregående öppet eller selektivt förfarande har lämnat anbud som uppfyller de formella kraven vid upphandlingen. I förfarandet får inte andra än sådana anbudsgivare delta.

I de fall som avses i 2 § 1 får en upphandlande myndighet avstå från att annonsera om upphandling, om den i ett förhandlat förfarande bjuder in endast anbudsgivare som uppfyller kraven i 10 och 11 kap. och som i ett föregående öppet eller selektivt förfarande *eller i en föregående konkurrenspräglad dialog* har lämnat anbud som uppfyller de formella kraven vid upphandlingen. I förfarandet får inte andra än sådana anbudsgivare delta.

#### ***Förutsättningar för konkurrenspräglad dialog***

##### 10 §

*En upphandlande myndighet får använda sig av konkurrenspräglad dialog vid tilldelning av särskilt komplicerade kontrakt och då öppet eller selektivt upphandlingsförfarande inte medger tilldelning*

av kontraktet.

#### 11 §

*Ett kontrakt anses som särskilt komplicerat om det inte rimligen kan krävas av den upphandlande myndigheten att den ska kunna*

*1. definiera de prestanda- eller funktionskrav enligt 6 kap. 3§ som kan tillgodose myndighetens behov eller med vilka dess mål kan uppnås, eller*

*2. ange den rättsliga eller finansiella utformningen av ett projekt.*

### **Annonsering av konkurrenspräglad dialog**

#### 12 §

*Den upphandlande myndigheten ska annonsera en upphandling som ska göras genom konkurrenspräglad dialog. I annonsen eller i ett beskrivande dokument ska myndigheten ange sina behov och krav.*

### **Inledande av dialog**

#### 13 §

*Den upphandlande myndigheten ska inleda en dialog med de anbudssökande som har valts ut med tillämpning av 10 och 11 kap.*

*Dialogens syfte ska vara att identifiera och bestämma hur den upphandlande myndighetens behov bäst kan tillgodoses. Under dialogen får myndigheten diskutera alla aspekter av kontraktet med de utvalda anbudssökandena.*

### **Genomförande av dialogen**

#### 14 §

*Den upphandlande myndigheten får bestämma att dialogen ska genomföras i successiva steg för att begränsa antalet lösningar som ska diskuteras under dialogen. I så*

*fall ska det anges i annonsen eller i det beskrivande dokumentet.*

#### *15 §*

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

#### **Uppmaning att lämna slutgiltiga anbud**

#### *16 §*

*När en underrättelse har lämnats enligt 15 §, ska den upphandlande myndigheten uppmana de deltagande anbudsgivarna att lämna sina slutgiltiga anbud på grundval av den eller de lösningar som har lagts fram och preciserats under dialogen. Anbuderna ska innehålla alla de faktorer och villkor som är nödvändiga för projektets genomförande.*

#### **Klarläggande och precisering av anbud**

#### *17 §*

*Den upphandlande myndigheten får uppmana en deltagande anbudsgivare att klarlägga och precisera sitt anbud. Sådana åtgärder eller kompletterande upplysningar får dock inte innebära att grundläggande delar av anbudet eller inbjudan att lämna anbud ändras så att det påverkar konkurrensen eller leder till diskriminering.*



## **Värdering av anbud**

### 18 §

*Den upphandlande myndigheten ska värdera anbuden på grundval av tilldelningskriterierna. Tilldelningskriterierna ska anges i annonsen eller i det beskrivande dokumentet.*

### 19 §

*Den upphandlande myndigheten ska anta det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för den upphandlande myndigheten.*

## **Precisering av anbud eller bekräftande av åtaganden**

### 20 §

*Den upphandlande myndigheten får uppmana den anbudsgivare vars anbud har identifierats som det ekonomiskt mest fördelaktiga att precisera vissa aspekter i anbudet eller att bekräfta åtaganden som anges där.*

*En sådan precisering eller ett sådant bekräftande får dock inte leda till*

- 1. att väsentliga delar av anbudet eller inbjudan ändras,*
- 2. att konkurrensen snedvrids, eller*
- 3. diskriminering.*

## **Priser eller betalning till deltagare**

### 21 §

*Den upphandlande myndigheten får bestämma att priser eller betalning ska ges till deltagarna i dialogen.*

## **Inköpscentraler**

### 22 §

*En upphandlande myndighet får anskaffa byggentreprenader, varor*

och tjänster med hjälp av en inköpscentral.

## **5 a kap. Elektronisk auktion**

### **Tillämpningsområdet**

#### **1 §**

En upphandlande myndighet får, om förfrågningsunderlaget kan fastställas med tillräcklig grad av exakthet, genomföra en elektronisk auktion vid

1. öppet förfarande,
2. selektivt förfarande,
3. förhandlat förfarande i det fall som avses i 4 kap. 2 § 1,
4. förnyad konkurrensutsättning inom ett ramavtal enligt 5 kap. 7 §,
5. förenklat förfarande, och
6. urvalsförfarande.

#### **2 §**

Den elektroniska auktionen ska grundas på

1. priser, när kontraktet ska tilldelas den leverantör som erbjudit det lägsta priset, eller
2. priser eller nya värden på de komponenter i anbuden som angetts i förfrågningsunderlaget, när kontraktet ska tilldelas den leverantör som har lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

#### **3 §**

Om elektronisk auktion kommer att användas, ska den upphandlande myndigheten ange det i annonsen om upphandling.

### **Förfrågningsunderlag**

#### **4 §**

Av förfrågningsunderlaget ska det framgå

1. de komponenter i anbuden vars värden kommer att vara

föremål för den elektroniska auktionen,

2. de eventuella gränserna för de värden som kan presenteras, baserade på en bedömning av specifikationerna för föremålet för upphandlingen,

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

4. relevanta uppgifter om genomförandet av den elektroniska auktionen,

5. på vilka villkor anbudsgivarna kan lämna anbud, däribland de minsta skillnader mellan anbuden som kan ha bestämts, och

6. relevanta uppgifter om den elektroniska utrustning som används och om anslutningen till denna utrustning.

De komponenter som avses i första stycket 1 ska kunna kvantifieras och uttryckas i siffror eller procenttal.

### **Första utvärdering av anbud**

#### 5 §

Innan en upphandlande myndighet inleder en elektronisk auktion, ska myndigheten genomföra en första fullständig utvärdering av anbuden i enlighet med tilldelningskriterierna och den fastställda viktningen för dessa.

### **Inbjudan att lämna nya priser eller värden m.m.**

#### 6 §

Alla anbudsgivare som har lämnat giltiga anbud ska bjudas in med elektroniska medel att lämna nya priser eller värden.

En inbjudan ska innehålla alla relevanta upplysningar för individuell anslutning till den

*elektroniska utrustning som används och uppgift om vid vilken tidpunkt den elektroniska auktionen kommer att inledas.*

#### *7§*

*Vid tilldelning av kontrakt på grundval av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ska inbjudan åtföljas av resultatet av en fullständig bedömning av den berörda anbudsgivarens anbud som gjorts i enlighet med viktningen av tilldelningskriterierna.*

#### *8 §*

*I inbjudan ska anges den matematiska formel som används för att vid den elektroniska auktionen automatiskt bestämma rangordningen med hänsyn till de nya priser och nya värden som lämnas under auktionen.*

*Den matematiska formeln ska innefatta den i annonsen eller i förfrågningsunderlaget angivna viktningen av alla de kriterier som fastställts för att bestämma vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga.*

*Om kriterieviktningen angetts som intervall ska dessa i förväg reduceras till ett bestämt värde.*

*Om alternativa anbud är tillåtna ska separata formler ges för varje anbud.*

#### *9 §*

*Den elektroniska auktionen får inte inledas tidigare än två arbetsdagar efter den dag då inbjudan har skickats ut.*

#### *10 §*

*Den elektroniska auktionen får genomföras i flera på varandra följande etapper.*

## **Upplysningar till anbudsgivarna**

### **11 §**

*Under varje etapp i en elektronisk auktion ska den upphandlande myndigheten omedelbart meddela varje anbudsgivare tillräckliga upplysningar för att de ska ha kännedom om sin plats i rangordningen.*

*Den upphandlande myndigheten får också lämna andra upplysningar om priser eller värden, under förutsättning att detta har angetts i förfrågningsunderlaget.*

*Den upphandlande myndigheten får lämna upplysningar om antalet deltagare i den elektroniska auktionen.*

## **Avslutande av en elektronisk auktion**

### **12 §**

*En elektronisk auktion ska avslutas av den upphandlande myndigheten*

*1. vid den tidpunkt då auktionen enligt inbjudan att delta i auktionen ska stängas,*

*2. när det inte längre lämnas några nya priser eller nya värden som motsvarar angivna krav på minsta skillnader, eller*

*3. då det antal auktionsetapper som fastställts i inbjudan att delta i auktionen har genomförts.*

*I det fall som avses i första stycket 2 ska den upphandlande myndigheten i inbjudan att delta i auktionen ange hur långt efter det att den har tagit emot det sista budet som den kommer att stänga auktionen.*

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

13 §

*När den elektroniska auktionen har stängts, ska den upphandlande myndigheten tilldela kontraktet på grundval av resultaten av den elektroniska auktionen.*

**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 kommissionen (förhandsinsyn).*

**8 kap.**

**Tidsfrister vid selektivt förfarande och förhandlat förfarande med föregående annonsering**

Vid selektivt upphandlingsförfarande och vid förhandlat upphandlingsförfarande med föregående annonsering *skall* tidsfristen för mottagande av anbudsansökningar vara minst 37 dagar från den dag då meddelandet om upphandling skickades.

Vid selektivt upphandlingsförfarande *skall* tidsfristen för mottagande av anbud vara minst 40 dagar från den dag då inbjudan skickades.

**Tidsfrister vid selektivt förfarande, konkurrenspräglad dialog och förhandlat förfarande med föregående annonsering**

3 §

Vid selektivt upphandlingsförfarande, *vid konkurrenspräglad dialog* och vid förhandlat upphandlingsförfarande med föregående annonsering *ska* tidsfristen för mottagande av anbudsansökningar vara minst 37 dagar från den dag då meddelandet om upphandling skickades.

Vid selektivt upphandlingsförfarande *ska* tidsfristen för mottagande av anbud vara minst 40 dagar från den dag då inbjudan skickades.

5 §

Om en annons utarbetas och skickas med elektroniska medel i enlighet med vad som gäller vid användandet av sådan teknik, får tidsfristerna enligt 2 eller 3 § för

Om en annons utarbetas och skickas med elektroniska medel i enlighet med vad som gäller vid användandet av sådan teknik, får tidsfristerna enligt 2 eller 3 § för

mottagande av anbud vid öppet förfarande och tidsfristen enligt 4 § för mottagande av anbudsansökningar vid selektivt *eller* förhandlat förfarande med föregående annonsering förkortas med sju dagar.

**Skriftlig inbjudan att komma in med anbud *eller* att förhandla vid selektivt respektive förhandlat förfarande**

Vid selektivt förfarande och förhandlat förfarande med föregående annonsering *skall* en upphandlande myndighet vid ett och samma tillfälle skicka en skriftlig inbjudan till samtliga utvalda anbudssökande att komma in med anbud *eller* att förhandla.

Inbjudan *skall* innehålla förfrågningsunderlaget. Om förfrågningsunderlaget är direkt tillgängligt med elektroniska medel, är det dock tillräckligt att inbjudan innehåller en uppgift om var underlaget hålls tillgängligt.

En inbjudan *skall* dessutom innehålla minst uppgift om

1. tidsfristen för att begära kompletterande handlingar, om det är aktuellt, samt belopp och betalningssätt, om det *skall* betalas en avgift för handlingarna,

2. sista dag för att ta emot anbud samt till vilken adress anbudet *skall* skickas och på vilket *eller* vilka språk det *skall* skrivas,

mottagande av anbud vid öppet förfarande och tidsfristen enligt 4 § för mottagande av anbudsansökningar vid selektivt förfarande, *vid konkurrenspräglad dialog *eller* vid förhandlat förfarande* med föregående annonsering förkortas med sju dagar.

**Skriftlig inbjudan att komma in med anbud, att förhandla *eller föra dialog* vid selektivt respektive förhandlat förfarande *eller konkurrenspräglad dialog***

10 §

Vid selektivt förfarande, *vid konkurrenspräglad dialog* och *vid förhandlat förfarande* med föregående annonsering *ska* en upphandlande myndighet vid ett och samma tillfälle skicka en skriftlig inbjudan till samtliga utvalda anbudssökande att komma in med anbud, *att delta i dialogen* *eller* att förhandla.

Inbjudan *ska* innehålla förfrågningsunderlaget *eller, i förekommande fall, det beskrivande dokumentet*. Om förfrågningsunderlaget *eller det beskrivande dokumentet* är direkt tillgängligt med elektroniska medel, är det dock tillräckligt att inbjudan innehåller en uppgift om var underlaget hålls tillgängligt.

En inbjudan *ska* dessutom innehålla minst uppgift om

1. tidsfristen för att begära kompletterande handlingar, om det är aktuellt, samt belopp och betalningssätt, om det *ska* betalas en avgift för handlingarna,

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

3. en hänvisning till annonsen om upphandlingen,

4. vilka handlingar som *skall* bifogas,

5. den inbördes viktningen av kriterierna för tilldelning av kontrakt eller kriteriernas prioriteringsordning, om dessa upplysningar inte framgår av annonsen om upphandling eller av förfrågningsunderlaget och

6. övriga uppgifter av betydelse för upphandlingen.

**Om någon annan än den upphandlande myndigheten *skall* lämna ut förfrågningsunderlaget**

3. en hänvisning till annonsen om upphandlingen,

4. vilka handlingar som *ska* bifogas,

5. den inbördes viktningen av kriterierna för tilldelning av kontrakt eller kriteriernas prioriteringsordning, om dessa upplysningar inte framgår av annonsen om upphandling, *det beskrivande dokumentet* eller av förfrågningsunderlaget, och

6. övriga uppgifter av betydelse för upphandlingen.

**Om någon annan än den upphandlande myndigheten *ska* lämna ut förfrågningsunderlaget eller *det beskrivande dokumentet***

#### 11 §

*I det fall* någon annan enhet än den ansvariga upphandlande myndigheten på begäran *skall* lämna ut förfrågningsunderlaget eller de kompletterande handlingarna, *skall* adressen till denna enhet anges i inbjudan. Om en tidsfrist gäller för en sådan begäran och om en avgift *skall* betalas för handlingarna *skall* upplysning om fristen och avgiften samt betalningsvillkor anges i inbjudan.

De begärda handlingarna *skall* skickas till leverantörerna så snart som möjligt efter det att begäran har *mottagits*.

**Tillhandahållande av kompletterande handlingar och upplysningar vid selektivt och förhandlat förfarande**

*Om* någon annan enhet än den ansvariga upphandlande myndigheten på begäran *ska* lämna ut förfrågningsunderlaget, *det beskrivande dokumentet* eller de kompletterande handlingarna, *ska* adressen till denna enhet anges i inbjudan. Om en tidsfrist gäller för en sådan begäran och om en avgift *ska* betalas för handlingarna, *ska* upplysning om fristen och avgiften samt betalningsvillkor anges i inbjudan.

De begärda handlingarna *ska* skickas till leverantörerna så snart som möjligt efter det att begäran har *tagits emot*.

**Tillhandahållande av kompletterande handlingar och upplysningar vid selektivt och förhandlat förfarande *samt konkurrenspräglad dialog***

#### 12 §

Den upphandlande myndigheten eller den som avses i 16 § andra stycket *skall* lämna ut kompletterande upplysningar om förfrågningsunderlaget eller kom-

Den upphandlande myndigheten eller den som avses i 16 § andra stycket *ska* lämna ut kompletterande upplysningar om förfrågningsunderlaget, *det be-*



pletterande handlingar senast sex dagar före den fastställda tidsfristen för mottagande av anbud, förutsatt att sådana upplysningar begärts i god tid.

Vid selektivt förfarande och vid påskyndat förhandlat förfarande enligt 10 kap. 8 § *skall* denna tidsfrist vara fyra dagar.

*skrivande dokumentet* eller kompletterande handlingar senast sex dagar före den fastställda tidsfristen för mottagande av anbud, förutsatt att sådana upplysningar begärts i god tid.

Vid selektivt förfarande och vid påskyndat förhandlat förfarande enligt 10 kap. 8 § *ska* denna tidsfrist vara fyra dagar.

## 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 en anbudsansökan görs per 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 något annat sätt*.

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 myndigheten ange den period som avtal enligt 16 kap. 6 § inte får ingås inom (avtalspärr)*.

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

*för beslutet anges.*

## **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 av om en leverantör har fullgjort sina åligganden avseende socialförsäkringsavgifter eller skatt i Sverige enligt 2 § första stycket 5 ska den upphandlande myndigheten hämta in uppgifter som styrker detta från behörig myndighet.*

## 11 kap.

### 3 §

Vid selektivt förfarande *och* förhandlat förfarande med föregående annonsering får den upphandlande myndigheten begränsa antalet anbudssökande som den kommer att bjuda in att lämna anbud eller att förhandla.

Den upphandlande myndigheten *skall* i annonsen ange

1. vilka kriterier eller regler som den kommer att tillämpa vid valet av anbudssökande, och

2. det lägsta antal anbudssökande som kommer att *inbjudas* och, om ett högsta antal kommer att *inbjudas*, detta antal.

Vid selektivt förfarande, förhandlat förfarande med föregående annonsering *och vid konkurrenspräglad dialog* får den upphandlande myndigheten begränsa antalet anbudssökande som den kommer att bjuda in att lämna anbud eller att förhandla.

Den upphandlande myndigheten *ska* i annonsen ange

2. det lägsta antal anbudssökande som kommer att *bjudas in* och, om ett högsta antal kommer att *bjudas in*, detta antal.

### 4 §

Antalet anbudssökande som bjuds in att delta vid ett selektivt förfarande *och* vid ett förhandlat förfarande med föregående annonsering *skall* vara tillräckligt stort för att en effektiv konkurrens *skall* kunna uppnås. Antalet anbudssökande som bjuds in att delta vid ett selektivt förfarande får inte vara mindre än fem och vid förhandlat förfarande med föregående annonsering inte mindre än tre.

Antalet anbudssökande som bjuds in att delta vid ett selektivt förfarande, vid ett förhandlat förfarande med föregående annonsering *eller vid en konkurrenspräglad dialog ska* vara tillräckligt stort för att en effektiv konkurrens *ska* kunna uppnås. Antalet anbudssökande som bjuds in att delta vid ett selektivt förfarande får inte vara mindre än fem och vid förhandlat förfarande med föregående annonsering *eller vid en konkurrenspräglad dialog* inte mindre än tre.

### **Begränsad kontroll**

#### 17 §

*En upphandlande myndighet får begränsa kontrollen av sådana handlingar som avses i 10 kap. samt 11 kap. 2 och 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 när det gäller den eller de anbudsgivare som myndigheten avser att tilldela kontraktet eller ramavtalet. 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 när det gäller de anbudssökande som myndigheten avser att bjuda in att lämna anbud respektive att förhandla.*

## **12 kap.**

### **2 §**

Den upphandlande myndigheten *skall* ange hur sådana kriterier som avses i 1 § andra stycket kommer att viktas inbördes vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga. Kriterieviktningen får anges som intervall med en lämplig största tillåtna spridning. Om det enligt den upphandlande myndigheten inte är möjligt att ange viktningen av de olika kriterierna, *skall* dessa anges i fallande prioritetsordning.

Viktningen av kriterierna eller kriteriernas prioritetsordning *skall* anges i

1. annonsen om upphandlingen,
2. förfrågningsunderlaget, *eller i*
3. en inbjudan att lämna anbud eller att delta i förhandlingar.

Den upphandlande myndigheten *ska* ange hur sådana kriterier som avses i 1 § andra stycket kommer att viktas inbördes vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga. Kriterieviktningen får anges som intervall med en lämplig största tillåtna spridning. Om det enligt den upphandlande myndigheten inte är möjligt att ange viktningen av de olika kriterierna, *ska* dessa anges i fallande prioritetsordning.

Viktningen av kriterierna eller kriteriernas prioritetsordning *ska* anges i

1. annonsen om upphandlingen,
2. förfrågningsunderlaget,
3. en inbjudan att lämna anbud eller att delta i förhandlingar, *eller i*
4. *det beskrivande dokumentet.*

## **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 enligt detta kapitel tillämpas även 1 kap., 2 kap., 4 kap. 22 §, 6 kap. 13 §, 8 kap. 11 §, 11 kap. 6 §, 13 kap.,

16 kap. och 17 kap. Vidare tillämpas bestämmelserna om konkurrenspräglad dialog i 4 kap. 1 § tredje stycket, 4, 6 och 10–21 §§, 8 kap. 3 § första stycket, 5 och 10 §§ samt 11 kap. 3 och 4 §§. Bestämmelserna i 5 kap. är tillämpliga utom såvitt avser 5 kap. 5 § beträffande kravet på minst tre leverantörer för sådana ramavtal som omfattas av 5 kap. 6 §.

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 som avser tjänster som anges i bilaga 3 (*B-tjänster*) tillämpas även 6 kap. 1–8 §§, 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 urvals-förfarande.

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 urvals-förfarande.

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. Vidare får direktupphandling 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 finns synnerliga skäl.

Konkurrenspräglad dialog får, i enlighet med 2 §, användas om inte förenklat förfarande eller urvalsförfarande medger tilldelning av kontrakt.

## **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 syfte att kringgå bestämmelserna i denna lag.*

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

*Vid beräkningen ska den upphandlande myndigheten beakta direktupphandlingar av samma slag gjorda av myndigheten senare än ett år tillbaka.*

## **Annonsering vid förenklat Annonsering förfarande**

### **4 §**

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.

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**

### **5 §**

En upphandlande myndighet får utan föregående annonsering

En annons om upphandling enligt 4 § ska innehålla uppgift om

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

föremålet för upphandlingen och kontaktuppgifter till den upphandlande myndigheten.

Vid förenklat förfarande ska det dessutom framgå

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

Vid urvalsförfarande ska annonseren med ansökningsinbjudan innehålla uppgift om

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

### **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 elektronisk databas som är allmänt tillgänglig.*

*Regeringen meddelar föreskrifter om förhandssyn.*

## **Förfrågningsunderlag**

### 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.

*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.*

### 9 §

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 blev 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 av om en leverantör har fullgjort sina åligganden avseende socialförsäkringsavgifter eller skatt i Sverige enligt 10 kap. 2 § första stycket 5 ska den upphandlande myndigheten inhämta uppgifter som styrker detta från behörig myndighet.*

## **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 när det gäller den eller de anbudsgivare som myndigheten avser att bjuda in till förhandling eller, om ingen förhandling sker, den anbudsgivare som myndigheten avser tilldela kontraktet eller ramavtalet. 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 när det 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 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.

En upphandlande myndighet 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 till-

*handahålla 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 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.

En upphandlande myndighet 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.

18 §

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.

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 skall den upphandlande myndigheten till anbudsökande och anbudsgivare lämna underrättelse om de beslut som avses i 9 kap. 9 § och sådana upplysningar som avses i 9 kap. 10 §.

Vid förenklat förfarande och urvalsförfarande ska den upphandlande myndigheten snarast möjligt skriftligen underrätta anbudsökandena 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.

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

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. *I meddelandet skall den upphandlande myndigheten ange om den godkänner att meddelandet publiceras.*

inom 48 dagar efter det att kontraktet tilldelats meddela *Europeiska kommissionen* 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 internationell överenskommelse om mellanstatlig samverkan i fråga om försörjning av *materiel eller tjänster*, eller

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

*Försvarmakten*, 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 projektävlingar som understiger tröskelvärdet i 14 kap. 2 §, om *inte tävlingen avser lågt värde.*

Vid anordnande av projektävlingar *skall* 3 § tillämpas. En

Bestämmelserna i 14 kap. 1 § första stycket, 4 och 6–9 §§ gäller även för projektävlingar som understiger tröskelvärdet i 14 kap. 2 §, om *tävlingens värde uppgår till högst det i 3 § andra stycket angivna värdet.*

Vid anordnande av projektävlingar *ska* 3 § tillämpas. En

projekttävling *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.

projekttävling *ska* annonseras enligt 4 eller 6 §.

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

## **16 kap. Överprövning, skadestånd m.m.**

### ***Ansökan om överprövning***

#### **1 §**

*En leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada får i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärd enligt 5 eller 15 §.*

### ***Behörig domstol***

#### **2 §**

*En ansökan om överprövning ska göras hos den förvaltningsrätt i vars domkrets den upphandlande myndigheten har sin 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 besluta att avtal inte får ingås eller 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 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 besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

### **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, eller med ett elektroniskt medel i kombination med ett annat kommunikationsmedel, får avtal inte ingås förrän 15 dagar har gått.

Om en upphandlande myndighet i underrättelsen har angett en längre avtalsspärr än den föreskrivna 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 en upphandling enligt 5 § fortsätter avtalsspärr enligt 6 eller 8 § att gälla under handläggningen i förvaltningsrätten (förlängd avtalsspärr).

Rätten får besluta att någon förlängd avtalsspärr inte ska gälla.

### **Tiodagarsfrist**

10 §

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

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

När Regeringsrätten har fattat ett interimistiskt beslut enligt 4 § och beslutar att återförvisa till lägre instans, får avtal inte ingås

förrän tio dagar har gått från beslutet om återförvisning.

Rätten får besluta att någon tiodagarsfrist inte ska gälla.

### **Tidsfrister för ansökan om överprövning av upphandling**

#### **11 §**

En ansökan om överprövning av en upphandling ska ha kommit in till förvaltningsrätten 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 förvaltningsrätten 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, eller med ett elektroniskt medel i kombination med ett annat kommunikationsmedel, ska en ansökan om överprövning ha kommit in till förvaltningsrätten innan 15 dagar har gått från det att den upphandlande myndigheten har skickat underrättelsen.

### **När prövning av en upphandling inte längre får ske**

#### **13 §**

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

### **Justering av talan**

#### **14 §**

Om ett avtal ingås i strid med 4,

6, 8, 9 eller 10 §, ska rätten, på yrkande av leverantör, överpröva avtalets giltighet.

### **Överprövning av avtals giltighet**

#### *15 §*

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

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

*2. när avtal inte får ingås enligt 4, 6, 8, 9 eller 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 följa de villkor som framgår av den paragrafen eller av det ramavtal som ligger till grund för det nya anbuds-förfarandet och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.*

### **När ett avtal inte får ogiltigförklaras**

#### *16 §*

*Om det finns tvingande hänsyn till ett allmänintresse, ska rätten besluta att avtalet får bestå trots att förutsättningarna för ogiltighet enligt 15 § är uppfyllda.*

#### *17 §*

*Bestämmelsen om ogiltighet i 15 § 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 till-*



*delningsbeslutet enligt 9 kap. 9 § första stycket, samt iakttagit en avtalsspärr enligt 6 §, eller*

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

### **Tidsfrister för ansökan om överprövning av avtals giltighet**

#### *18 §*

*En ansökan som avser överprövning enligt 15 § av ett avtals giltighet som har slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör ska ha kommit in till förvaltningsrätten*

*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**

#### *19 §*

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

## **Skadestånd**

### *20 §*

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

### *21 §*

*Anbudssökande eller anbudsgivare 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.*

### *22 §*

*Talan om skadestånd enligt 20 eller 21 § ska väckas vid allmän domstol inom ett år från den tidpunkt då avtal har slutits mellan upphandlande myndighet och leverantör eller har förklarats ogiltigt enligt 15 §. 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 ett avgörande som har vunnit laga kraft fastställt att ett avtal får bestå, trots att lagstadgad avtalsspärr inte iakttagits,

2. allmän förvaltningsdomstol i ett avgörande som har vunnit laga kraft fastställt att ett avtal får bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse enligt 16 kap. 16 §, eller

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

### **Marknadsskadeavgiftens storlek**

## 3 §

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

Värdet av ett kontrakt ska uppskattas till det totala belopp som ska betalas enligt kontraktet.

## 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.

### **Tidsfrist för ansökan om marknadsskadeavgift efter domstols beslut att ett avtal ska bestå**

## 5 §

En ansökan om att påföra marknadsskadeavgift enligt 2 § 1 eller 2 ska ha kommit in till

*förvaltningsrätten inom sex månader från den tidpunkt då det avgörande som ansökan grundas på har vunnit laga kraft.*

### **Tidsfrister för ansökan om marknadsskadeavgift vid otillåten direktupphandling**

#### **6 §**

*När ansökan om att påföra marknadsskadeavgift grundas på 2 § 3 och en eller flera leverantörer har ansökt om överprövning av avtalets giltighet inom i 16 kap. 18 § föreskrivna tidsfrister, ska ansökan ha kommit in till förvaltningsrätten först då fristen har löpt ut och samtliga beslut med anledning av överprövningen har vunnit laga kraft. Ansökan ska dock senast ha kommit in inom sex månader från den tidpunkt då samtliga beslut har vunnit laga kraft.*

*När ingen leverantör har ansökt om överprövning av avtalets giltighet inom i 16 kap. 18 § föreskrivna tidsfrister, ska ansökan ha kommit in till förvaltningsrätten inom ett år från den tidpunkt då avtalet slöts.*

### **Betalning av marknadsskadeavgift m.m.**

#### **7 §**

*Marknadsskadeavgiften tillfaller staten.*

#### **8 §**

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

*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.

9 §

En påförd marknadsskadeavgift bortfaller om avgörandet inte har kunnat verkställas inom fem år från det att avgörandet har vunnit laga kraft.

**Tillsyn**

10 §

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

11 §

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

12 §

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

13 §

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 myn-

*dighet 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**

#### *14 §*

*En ansökan om påförande av marknadsskadeavgift ska göras hos den förvaltningsrätt i vars domkrets den upphandlande myndigheten har sin hemvist.*

*Tillsynsmyndighetens föreläggande enligt 13 § får överklagas hos den förvaltningsrätt i vars domkrets den som föreläggandet riktar sig till har sin hemvist.*

*Prövningstillstånd krävs vid överklagande till kammarrätten.*

- 
1. Denna lag träder i kraft den 1 juli 2010.
  2. Äldre bestämmelser ska tillämpas på upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet.

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

Häri genom föreskrivs<sup>1</sup> 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 1 kap. 1 §, 2 kap. 26 §, 9 kap. 1 och 9 §§, 10 kap. 3 §, 11 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 tolv nya paragrafer, 1 kap. 24 a §, 2 kap. 6 a och 9 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 §§, tre nya kapitler, 5 a, 16 och 17 kap. samt närmast före 4 kap. 4 §, 7 kap. 7 §, 10 kap. 5 §, 11 kap. 13 §, 15 kap. 3 a, 5 a, 13 b, 15 a §§ nya rubriker av följande lydelse.

*Nuvarande lydelse*

*Föreslagen lydelse*

### **1 kap.**

#### 1 §

I denna lag finns föreskrifter om

- lagens innehåll och tillämpningsområde samt allmänna bestämmelser (1 kap.),
- definitioner (2 kap.),
- tröskelvärden (3 kap.),
- upphandlingsförfaranden (4 kap.),
- ramavtal (5 kap.),
- *elektronisk auktion (5 a kap.)*,
- tekniska specifikationer och särskilda kontraktsvillkor i förfrågningsunderlag m.m. (6 kap.),
- annonsering av upphandling (7 kap.),
- tidsfrister för att komma in med anbudsansökningar och anbud m.m.) (8 kap.),
- kommunikation, information och dokumentation (9 kap.),
- uteslutning av leverantörer (10 kap.),
- kvalificering och urvalsbedömning (11 kap.),
- tilldelning av kontrakt (12 kap.),

<sup>1</sup> 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, Celex 32007L0066) och 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) – EUT L 134, 30.4.2004, s. 1, Celex 32004L0017 – senast ändrat genom kommissionens förordning (EG) nr 1177/2009 av den 30 november 2009 om ändring av europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG, 2004/18/EG och 2009/81/EG avseende de tröskelvärden som ska tillämpas vid upphandlingsförfaranden (EUT L 134, 1.12.2009, s. 64, Celex 32009R1177).

- projektävlingar på tjänsteområdet (13 kap.),
- anbud som omfattar varor med ursprung tredje land (14 kap)
- upphandling som inte omfattas av direktivet (15 kap.) *och*
  - upphandling som inte omfattas av direktivet (15 kap.),
  - överprövning, skadestånd m.m. (16 kap.), *och*
  - *marknadsskadeavgift och tillsyn (17 kap.).*

Till lagen hör följande bilagor

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

#### 24 a §

*Upphandlande enheter bör beakta miljöhänsyn och sociala hänsyn vid upphandling i den utsträckning det är påkallat med hänsyn till upphandlingens art.*

## 2 kap.

#### 6 a §

*Med elektronisk auktion avses en upprepad process med hjälp av elektroniska medel för att presentera nya lägre priser eller nya värden för vissa delar av anbuden, vilken genomförs efter en första fullständig utvärdering av anbuden och möjliggör en rangordning på grund av automatiska utvärderingsmetoder.*

#### 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 ombud åt flera upphandlande enheter.*

#### 26 §

Med direktupphandling avses ett förfarande utan krav på anbud.

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



## 4 kap.

### *Inköpscentraler*

#### 4 §

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

## 5 a kap. Elektronisk auktion

### *Tillämpningsområdet*

#### 1 §

*En upphandlande enhet får, om förfrågningsunderlaget kan fastställas med tillräcklig grad av exakthet, genomföra en elektronisk auktion vid*

- 1. öppet förfarande*
- 2. selektivt förfarande,*
- 3. förhandlat förfarande med föregående annonsering,*
- 4. förenklat förfarande, och*
- 5. urvals förfarande.*

#### 2 §

*Den elektroniska auktionen ska grundas på*

- 1. priser, när kontraktet ska tilldelas den leverantör som erbjudit det lägsta priset, eller*
- 2. priser eller nya värden på de komponenter i anbuden som angetts i förfrågningsunderlaget, när kontraktet ska tilldelas den leverantör som har lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.*

#### 3 §

*Om elektronisk auktion kommer att användas, ska den upphandlande enheten ange det i annonsen om upphandling.*

## **Förfrågningsunderlag**

### **4 §**

*Av förfrågningsunderlaget ska det framgå*

*1. de komponenter i anbudens vars värden kommer att vara föremål för den elektroniska auktionen,*

*2. de eventuella gränserna för de värden som kan presenteras baserade på en bedömning av specifikationerna för föremålet för upphandlingen,*

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

*4. relevanta uppgifter om genomförandet av den elektroniska auktionen,*

*5. på vilka villkor anbudsgivarna kan lämna anbud, däribland de minsta skillnader mellan anbuden som kan ha bestämts, och*

*6. relevanta uppgifter om den elektroniska utrustning som används och om anslutningen till denna utrustning.*

*De komponenter som avses i första stycket 1 ska kunna kvantifieras och uttryckas i siffror eller procenttal.*

## **Första utvärdering av anbud**

### **5 §**

*Innan en upphandlande enhet inleder en elektronisk auktion, ska enheten genomföra en första fullständig utvärdering av anbuden i enlighet med tilldelningskriterierna och den fastställda viktningen för dessa.*

***Inbjudan att lämna nya priser  
eller värden m.m.***

***6 §***

*Alla anbudsgivare som har lämnat giltiga anbud ska bjudas in med elektroniska medel att lämna nya priser eller värden.*

*En inbjudan ska innehålla alla relevanta upplysningar för individuell anslutning till den elektroniska utrustning som används och uppgift om vid vilken tidpunkt den elektroniska auktionen kommer att inledas.*

***7 §***

*Vid tilldelning av kontrakt på grundval av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ska inbjudan åtföljas av resultatet av en fullständig bedömning av den berörda anbudsgivarens anbud som gjorts i enlighet med viktningen av tilldelningskriterierna.*

***8 §***

*I inbjudan ska den matematiska formel anges som används för att vid den elektroniska auktionen automatiskt bestämma rangordningen med hänsyn till de nya priser och nya värden som lämnas enligt auktionen.*

*Den matematiska formeln ska innefatta den i annonsen eller i förfrågningsunderlaget angivna viktningen av alla de kriterier som fastställts för att bestämma vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga. Om kriterieviktningen angetts som intervall ska dessa i förväg reduceras till ett bestämt värde.*

*Om alternativa anbud är tillåtna ska separata formler ges för varje anbud.*

## 9 §

*Den elektroniska auktionen får inte inledas tidigare än två arbetsdagar efter den dag då inbjudan har skickats ut.*

## 10 §

*Den elektroniska auktionen får genomföras i flera på varandra följande etapper.*

### **Upplysningar till anbudsgivarna**

## 11 §

*Under varje etapp i en elektronisk auktion ska den upphandlande enheten omedelbart meddela varje anbudsgivare tillräckliga upplysningar för att de ska ha kännedom om sin plats i rangordningen.*

*Den upphandlande enheten får också lämna andra upplysningar om priser eller värden, under förutsättning att detta har angetts i förfrågningsunderlaget.*

*Den upphandlande enheten får lämna upplysningar om antalet deltagare i den elektroniska auktionen.*

### **Avslutande av en elektronisk auktion**

## 12 §

*En elektronisk auktion ska avslutas av den upphandlande enheten*

*1. vid den tidpunkt då auktionen enligt inbjudan att delta i auktionen ska stängas,*

*2. när det inte längre lämnas några nya priser eller nya värden som motsvarar angivna krav på minsta skillnader, eller*

*3. då det antal auktionsetapper som fastställts i inbjudan att delta i auktionen har genomförts.*

*I det fall som avses i första stycket 2 ska den upphandlande*

enheten i inbjudan att delta i auktionen ange hur långt efter det att den har tagit emot det sista budet som den kommer att stänga auktionen.

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

### 13 §

När den elektroniska auktionen har stängts, ska den upphandlande enheten tilldela kontraktet på grundval av resultaten av den elektroniska auktionen.

## 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 kommissionen (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 något 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 underätta 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 beslut att göra om upphandlingen.

En upphandlande enhet *ska* snarast möjligt skriftligen underätta anbudssökandena och anbudsgivarna om de beslut som *har* fattats om att sluta ett ramavtal eller att tilldela ett kontrakt och om skälen för besluten. *I underrättelsen ska enheten ange den period som avtal enligt 16 kap. 6 § inte får ingås inom (avtals spärr).*

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

## 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

Enheten får, *utom i de fall som*

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

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 § första stycket 5 ska den upphandlande enheten inhämta uppgifter som styrker detta från behörig myndighet.*

## **11 kap.**

### 3 §

Den upphandlande enheten *skall* ange kriterier och regler för urval till ett kvalificeringssystem, och i den utsträckning som framgår av 10 kap., grunder för uteslutning från ett sådant system. Detta kan göras genom en hänvisning till andra företags kvalificeringssystem.

Kriterierna och reglerna *skall* tillhandahållas den leverantör som begär det.

En leverantör kan när som helst *kan* ansöka om att bli kvalificerad.

Kriterierna och villkoren för urval får vid behov uppdateras. Berörda leverantörer *skall* underättas om de ändringar som gjorts.

Den upphandlande enheten *ska* ange kriterier och regler för urval till ett kvalificeringssystem, och i den utsträckning som framgår av 10 kap., grunder för uteslutning från ett sådant system. Detta kan göras genom en hänvisning till andra företags kvalificeringssystem.

Kriterierna och reglerna *ska* tillhandahållas den leverantör som begär det.

En leverantör kan när som helst ansöka om att bli kvalificerad.

Kriterierna och villkoren för urval får vid behov uppdateras. Berörda leverantörer *ska* underättas om de ändringar som gjorts.

### **Begränsad kontroll**

#### 13 §

*En upphandlande enhet får begränsa kontrollen av sådana handlingar som avses i 10 kap. samt 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 eller de anbudsgivare som enheten avser att tilldela kontraktet eller ramavtalet. 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 när det gäller 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., 2 kap., 5 kap., 6 kap. 14 §, 16 kap. och 17 kap.

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

*Ett särskilt kvalificeringssystem enligt 11 kap. 2 § får tillämpas vid användning av urvalsförfarande för tilldelning av kontrakt eller ramavtal enligt detta kapitel.*

### **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 behov besluta riktlinjer

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

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



för användning av sådant förfarande.

upphandling användas i tillämplig omfattning i de fall då 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 syfte att kringgå bestämmelserna i denna lag.

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

Vid beräkningen ska den upphandlande enheten beakta direktupphandlingar av samma slag gjorda av enheten senare än ett år tillbaka.

### **Annonsering vid förenklat förfarande**

#### **4 §**

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.

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**

5 §

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 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.

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

Vid förenklat förfarande ska det dessutom framgå

1. hur anbud får lämnas,

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

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

Vid urvalsförfarande ska annonsen med ansökningsinbjudan innehålla uppgift om

1. hur en anbudsansökan får lämnas, och

2. den dag ansökan senast ska

ha kommit in.

### **Annonsering vid förhandsinsyn**

#### **5 a §**

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

*Regeringen meddelar föreskrifter om förhandsinsyn.*

### **Förfrågningsunderlag**

### **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.

*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.*

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

#### **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 blev 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 av om en leverantör har fullgjort sina åligganden avseende socialförsäkringsavgifter eller skatt i Sverige enligt 10 kap. 3 § första stycket 5 ska den upphandlande enheten inhämta uppgifter som styrker detta från*

behörig myndighet.

### **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 när det gäller den eller de anbudsgivare som enheten avser att bjuda in till förhandling eller, om ingen förhandling sker, den eller de anbudsgivare som enheten avser tilldela kontraktet eller ramavtalet. 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 när det 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.*

*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**

## **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 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*

*Vid direktupphandling och vid tilldelning av kontrakt som avses i 1 kap. 2 § andra stycket 3 ska den upphandlande enheten, när beslut om leverantör och anbud fattats,*

fattats, underrätta anbudsgivarna om beslutet snarast möjligt. 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 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.*

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 kommissionen* om det.

**Upphandling som rör rikets säkerhet m.m.**

**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

I fråga om *upphandling* som avses i 1 kap. 2 § andra stycket 3 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 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 projektävlingar som understiger tröskelvärdet i 13 kap. 2 §, om *inte tävlingen avser lågt värde.*

Vid anordnande av projektävlingar *skall* 3 § tillämpas. En projektävling *skall* annonseras enligt 4 eller 6 §.

Om ett kontrakt enligt tävlingsreglerna *skall* tilldelas vinnaren eller en av vinnarna, *skall* vinnaren

Bestämmelserna i 13 kap. 1 § första stycket, 4, 6 och 8–10 §§ gäller även för projektävlingar som understiger tröskelvärdet i 14 kap. 2 §, om *tävlingens värde uppgår till högst det i 3 § andra stycket angivna värdet.*

Vid anordnande av projektävlingar *ska* 3 § tillämpas. En projektävling *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. respektive vinnarna *bjudas in* att delta i förhandlingar.

## **16 kap. Överprövning, skadestånd m.m.**

### ***Ansökan om överprövning***

#### **1 §**

*En leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada får i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärd enligt 5 eller 15 §.*

### ***Behörig domstol***

#### **2 §**

*En ansökan om överprövning ska göras hos den förvaltningsrätt i vars domkrets den upphandlande enheten har sin 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 besluta att avtal inte får ingås eller 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 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 besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.*

## **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, eller med ett elektroniskt medel i kombination med ett annat kommunikationsmedel, får avtal inte ingås förrän 15 dagar har gått.*

*Om en upphandlande enhet i underrättelsen har angett en längre avtalsspärr än den föreskrivna 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 en upphandling enligt 5 § fortsätter avtalsspärr enligt 6 eller 8 § att gälla under handläggningen i förvaltningsrätten (förlängd avtalsspärr).*

*Rätten får besluta att någon förlängd avtalsspärr inte ska gälla.*

### **Tiodagarsfrist**

10 §

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

*När en förvaltningsrätt eller en kammarrätt har fattat ett interimistiskt beslut enligt 4 §, får avtal inte ingås förrän tio dagar har gått från det att domstolen har avgjort målet eller upphävt det interimistiska beslutet.*

*När Regeringsrätten har fattat ett interimistiskt beslut enligt 4 § och beslutar att återförvisa till lägre instans, får avtal inte ingås förrän tio dagar har gått från beslutet om återförvisning.*

*Rätten får besluta att någon tiodagarsfrist inte ska gälla.*

## **Tidsfrister för ansökan om överprövning av en upphandling**

### *11 §*

*En ansökan om överprövning av en upphandling ska ha kommit in till förvaltningsrätten före utgången av 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 förvaltningsrätten 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, eller med ett elektroniskt medel i kombination med ett annat kommunikationsmedel, ska en ansökan om överprövning ha kommit in till förvaltningsrätten innan 15 dagar har gått från det att den upphandlande enheten har skickat underrättelsen.*

## **När prövning av en upphandling inte längre får ske**

### *13 §*

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

## **Justering av talan**

### *14 §*

*Om ett avtal ingås i strid med 4, 6, 8, 9 eller 10 §, ska rätten, på yrkande av leverantör, överpröva avtalets giltighet.*

## **Överprövning av avtals giltighet**

### **15 §**

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

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

2. när avtal inte får ingås enligt 4, 6, 8, 9 eller 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.

**När ett avtal inte får ogiltigförklaras**

### **16 §**

Om det finns tvingande hänsyn till ett allmänintresse, ska rätten besluta att avtalet får bestå trots att förutsättningarna för ogiltighet enligt 15 § är uppfyllda.

### **17 §**

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

## **Tidsfrister för ansökan om överprövning av avtals giltighet**

### *18 §*

*En ansökan som avser överprövning enligt 15 § av giltigheten av ett avtal som har slutits mellan en upphandlande enhet och en leverantör ska ha kommit in till förvaltningsrätten*

*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 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 om upphandling slöts.*

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

### *19 §*

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

## **Skadestånd**

### *20 §*

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

## 21 §

*Anbudssökande eller anbudsgivare 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.*

## 22 §

*Talan om skadestånd enligt 20 eller 21 § ska väckas vid allmän domstol inom ett år från den tidpunkt då avtal har slutits mellan upphandlande enhet och leverantör eller har förklarats ogiltigt enligt 15 §. 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 ett avgörande som har vunnit laga kraft fastställt att ett avtal får bestå, trots att lagstadgad avtalsspärr inte iakttagits,*

2. allmän förvaltningsdomstol i ett avgörande som har vunnit laga kraft fastställt att ett avtal får bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse enligt 16 kap. 16 §, eller

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

### **Marknadsskadeavgiftens storlek**

#### 3 §

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

Värdet av ett kontrakt ska uppskattas till det totala belopp som ska betalas enligt kontraktet.

#### 4 §

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

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

### **Tidsfrister för ansökan om marknadsskadeavgift efter domstols beslut att avtal ska bestå**

#### 5 §

En ansökan om att påföra marknadsskadeavgift enligt 2 § 1 eller 2 ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom sex månader från den tidpunkt då det avgörande som ansökan grundas på har vunnit laga kraft.

### **Tidsfrister för ansökan om marknadsskadeavgift vid otillåten direktupphandling**

#### **6 §**

När ansökan om att påföra marknadsskadeavgift grundas på 2 § 3 och en eller flera leverantörer har ansökt om överprövning av avtalets giltighet inom i 16 kap. 18 § föreskrivna tidsfrister, ska ansökan ha kommit in till förvaltningsrätten först då fristen har löpt ut och samtliga beslut med anledning av överprövningen har vunnit laga kraft. Ansökan ska dock senast ha kommit in inom sex månader från den tidpunkt då samtliga beslut har vunnit laga kraft,

När ingen leverantör har ansökt om överprövning av avtalets giltighet inom i 16 kap. 18 § föreskrivna tidsfrister, ska ansökan ha kommit in till förvaltningsrätten inom ett år från den tidpunkt då avtalet slöts.

### **Betalning av marknadsskadeavgift m.m.**

#### **7 §**

Marknadsskadeavgiften tillfaller staten.

#### **8 §**

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

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.

## 9 §

*En påförd marknadsskadeavgift bortfaller om avgörandet inte har kunnat verkställas inom fem år från det att avgörandet har vunnit laga kraft.*

## **Tillsyn**

## 10 §

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

## 11 §

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

## 12 §

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

## 13 §

*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**

#### *14 §*

*En ansökan om påförande av marknadsskadeavgift ska göras hos den förvaltningsrätt i vars domkrets den upphandlande enheten har sin hemvist.*

*Tillsynsmyndighetens föreläggande enligt 13 § får överklagas hos den förvaltningsrätt i vars domkrets den som föreläggandet riktar sig till har sin hemvist.*

*Prövningstillstånd krävs vid överklagande till kammarrätten.*

- 
1. Denna lag träder i kraft den 1 juli 2010.
  2. Äldre bestämmelser gäller för upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet.

## 2.3 Förslag till lag om ändring i offentlighets- och sekretesslagen (2009:400)

Härigenom föreskrivs att 19 kap. 3 § offentlighets- och sekretesslagen (2009:400) ska ha följande lydelse.

*Nuvarande lydelse*

*Föreslagen lydelse*

### **19 kap.**

#### **3 §**

Sekretess gäller för uppgift som hänför sig till ärende om förvärv, överlåtelse, upplåtelse eller användning av egendom, tjänst eller annan nytthet, om det kan antas att det allmänna lider skada om uppgiften röjs. Begreppet tjänst omfattar inte arbete som för en myndighets behov utförs av dess egen eller någon annan myndighets personal, om det inte är fråga om ett arbete som en myndighet i konkurrens med andra myndigheter eller enskilda erbjuder sig att utföra.

Om ett ärende enligt första stycket rör upphandling, får uppgift som rör anbud eller som rör motsvarande erbjudande inom en kommun, ett landsting eller en myndighet eller mellan statliga myndigheter inte i något fall lämnas till någon annan än den som har lämnat anbudet eller erbjudandet förrän alla anbud eller erbjudanden offentliggörs eller beslut om leverantör och anbud fattats eller ärendet dessförinnan har slutförts. Sekretessen enligt detta stycke gäller inte vid ett ansökningsförfarande enligt lagen (2008:962) om valfrihetssystem.

Om ett ärende enligt första stycket rör upphandling, får uppgift som rör anbud eller som rör motsvarande erbjudande inom en kommun, ett landsting eller en myndighet eller mellan statliga myndigheter inte i något fall lämnas till någon annan än den som har lämnat anbudet eller erbjudandet förrän alla anbud eller erbjudanden offentliggörs eller beslut om leverantör och anbud fattats eller ärendet dessförinnan har slutförts. *Under en elektronisk auktion får dock lämnas sådana uppgifter som avses i 5 a kap. 11 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller 5 a kap. 11 § lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster.* Sekretessen enligt detta stycke gäller inte vid ett ansökningsförfarande enligt lagen (2008:962) om valfrihetssystem.

Om ett ärende enligt första stycket rör försäljning av lös egendom för det allmännas räkning, får uppgift som rör anbud eller som rör motsvarande erbjudande inom en kommun, ett landsting eller en myndighet eller mellan statliga myndigheter inte i något fall lämnas till någon annan än den som har lämnat anbudet eller erbjudandet förrän alla anbud eller erbjudanden offentliggörs eller avtal har slutits eller ärendet annars har slutförts.

För uppgift i en allmän handling gäller sekretessen i högst tjugo år. Beträffande handling som anger villkoren i slutet avtal gäller sekretessen dock längst till dess två år, eller hos statliga affärsverk och Försvarets materielverk samt i kommunal affärsverksamhet fem år, har gått från det avtalet slöts.

---

Denna lag träder i kraft den 1 juli 2010.

### 3 Ärendet och dess beredning

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).<sup>1</sup> Medlemsstaterna ska ha genomfört direktivet den 20 december 2009. Ändringsdirektivet finns som *bilaga 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 (första rättsmedelsdirektivet)<sup>2</sup> finns som *bilaga 2*. 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 vattenenergi, transport- och telekommunikationssektorerna (andra rättsmedelsdirektivet)<sup>3</sup> finns som *bilaga 3*.

Kommissionens förordning (EG) nr 1150/2009 av den 10 november 2009 om ändring av förordning (EG) nr 1564/2005 i fråga om standardformulär för offentliggörande av meddelanden inom ramen för anbuds-förfaranden i enlighet med rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG<sup>4</sup> finns i *bilaga 4*.

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)<sup>5</sup> finns i *bilaga 5*. 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)<sup>6</sup> finns i *bilaga 6*. Direktiven har genomförts i svensk rätt genom en tidigare lagstiftningsåtgärd (prop. 2006/07:128).

Det klassiska direktivet och försörjningsdirektivet har senast ändrats genom kommissionens förordning (EG) nr 1177/2009 av den 30 november 2009 om ändring av europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG, 2004/18/EG och 2009/81/EG avseende de tröskelvärden som ska tillämpas vid upphandlingsförfaranden<sup>7</sup>, som finns i *bilaga 7*.

Upphandlingsutredningen 2004 lämnade i slutbetänkandet Nya upphandlingsregler 2 (SOU 2006:28) bl.a. förslag på införande av ett nytt upphandlingsförfarande – konkurrenspräglad dialog – och bestämmelser om elektronisk auktion samt regler om att en upphandlande myndighet och enhet bör ställa miljökrav och sociala krav i sina upphandlingar i den utsträckning det är påkallat med hänsyn till upphandlingens art. Utredningen föreslog även att bestämmelser om inköpscentraler skulle föras in i upphandlingslagarna. En sammanfattning av utredningens

<sup>1</sup> EUT L 335, 20.12.2007, s. 31, Celex 32007L0066

<sup>2</sup> EGT L 395, 30.12.1989, s. 33, Svensk specialutgåva: Område 6 Volym 3 s. 48, Celex 31989L0665

<sup>3</sup> EGT L 76, 23.3.1992, s. 14, Svensk specialutgåva: Område 6 Volym 3 s. 0127, Celex 31992L0013

<sup>4</sup> EUT L 313, 28.11.2009, s. 3, Celex 32009R1150

<sup>5</sup> EUT L 134, 30.4.2004, s. 114, Celex 32004L0018

<sup>6</sup> EUT L 134, 30.4.2004, s. 1, Celex 32004L0017

<sup>7</sup> EUT L 134, 1.12.2009, s. 64, Celex 32009R1177.

betänkande finns i *bilaga 8* och utredningens lagförslag finns i *bilaga 9*. Upphandlingsutredningens förslag har remissbehandlats (dnr Fi2006/1649). En förteckning över remissinstanserna finns i *bilaga 10*. Regeringen avser att återkomma till utredningens förslag om dynamiskt inköpsystem.

Inom Finansdepartementet har tagits fram en departementspromemoria, Nya rättsmedel m.m. på upphandlingsområdet (Ds 2009:30). I promemorian lämnades förslag på genomförande av ändringsdirektivet i svensk rätt. Vidare lämnades förslag om dels införande av en särskild avgift, marknadsskadeavgift, dels förslag som syftar till att förenkla upphandlingsförfarandet i vissa delar. Slutligen lämnades ett förslag om inköpscentraler. En sammanfattning av departementspromemorian finns i *bilaga 11*. Promemorians lagförslag finns som *bilaga 12*.

Departementspromemorian har remissbehandlats. En förteckning över remissinstanserna finns i *bilaga 13*. Remissyttrandena och en sammanställning av remissyttrandena finns tillgängliga i Finansdepartementet (dnr Fi2009/4872).

## 4 Gällande rätt

### 4.1 Allmänt om upphandlingslagarna

Den 1 januari 2008 ersattes lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (ÅLOU) 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 byggentreprenader, 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 också 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.

## 4.2 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). Byggekoncessioner omfattas däremot av det klassiska direktivet men inte av försörjningsdirektivet.

Enbart den omständigheten att unionslagstiftaren har ansett att de reglerade förfaranden som föreskrivs i upphandlingsdirektiven inte är lämpade för offentliga upphandlingar av lägre värde innebär enligt EU-domstolen emellertid inte att dessa upphandlingar faller utanför gemenskapsrättens tillämpningsområde. Det gäller i synnerhet principen i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (EUF-fördraget) om icke-diskriminering.

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

Enligt 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.<sup>8</sup>

Vissa av de grundläggande friheterna och principerna framgår av direktiven om upphandling; övriga framgår av fördraget eller EU-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.

<sup>8</sup> Kommissionens tolkningsmeddelande om gemenskapsrättens tillämplighet på upphandlingskontrakt som inte, eller bara delvis, omfattas av direktiven om offentlig upphandling (2006/C 179/02), s. 2.

”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 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. I-04635 och mål nr C-243/89, *Kommissionen mot Danmark*, REG 1993 s. I-03353).

Kommissionen nämner i sitt tolkningsmeddelande om upphandling under tröskelvärdena och av B-tjänster<sup>9</sup> 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 Moustén Veestergård*, REG 2001 s. I-09505, p. 21–24). Enligt kommissionen är det under alla omständigheter lämpligt att använda mer allmänna beskrivningar av utförande och funktioner.

<sup>9</sup> Kommissionens tolkningsmeddelande, 2006/C-179/02.

## *Öppenhetsprincipen*

Enligt EU-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 200 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).

## *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.

## 4.3 Direktivstyrd upphandling

### *Tillämpningsområde, undantag och definitioner*

LOU gäller vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster samt av byggkoncessioner. Även LUF reglerar förfarandena m.m. för upphandling av varor, tjänster och byggentreprenader. 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 såväl bestämmelser som omfattas av direktiven, som bestämmelser som faller utanför direktivens tillämpningsområde.

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.

### *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 Världshandelsorganisationens (WTO) upphandlingsavtal (GPA). De nya tröskelvärdena framgår av Kommissionens förordning (EG) nr 1177/2009<sup>10</sup>. Förordningen träder i kraft den 1 januari 2010. För de medlemsstater som inte är med i den monetära unionen fastställs och revideras motvärden i nationella valutor till de i EG-förordningen angivna tröskelvärdena i euro. Motvärdena till de i förordning 1177/2009 angivna värdena har offentliggjorts genom meddelande (2009/C 292/01) i Europeiska unionens tidning (EUT). Av meddelandet framgår följande belopp.<sup>11</sup>

<b>Upphandlingens föremål</b>	<b>Statliga myndigheter</b>	<b>Övriga</b>
Varor och tjänster	1 243 375 kr	1 919 771 kr
Byggentreprenader	47 778 869 kr	48 193 215 kr

Följande tröskelvärden gäller i försörjningssektorerna.

<b>Upphandlingens föremål</b>	<b>Alla upphandlande enheter</b>
Varor och tjänster	3 849 489 kr
Byggentreprenader	48 193 215 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,

<sup>10</sup> EUT L 314, 1.12.2009, s. 64

<sup>11</sup> Tröskelvärdena kommer att anges i ett tillkännagivande.

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.<sup>12</sup> 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.

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 kontraktvillkoren med en eller flera av dem. Enligt 4 kap. 2 § LOU får förhandlat förfarande med föregående annonsering användas

1. om 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,

<sup>12</sup> 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](http://www.simap.eu).

2. om 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 enligt 4 kap. 5 § LOU användas vid upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster om

1. det 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. 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 eller enheten gör det omöjligt att hålla tidsfrister 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 byggtreprenader, 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 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.

### *Leverantörens kapacitet och lämplighet*

Innan den upphandlande myndigheten eller enheten tilldelar ett kontrakt ska den kontrollera lämpligheten hos de leverantörer som inte har uteslutits.

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 bankintyg, uppgifter om företagets omsättning och balansräkning (se 11 kap. 7 § LOU). Listan är således inte uttömmande. Det är däremot listan över vilka bevis som den upphandlande myndigheten enligt 11 kap. 11 § får ställa på leverantörens tekniska kapacitet (mål nr C-27/86 SA Constructions et enterprises industrielles (CEI) m.fl., REG 1987 s. I-03347). Motsvarande bestämmelser saknas i LUF och gäller inte heller vid upphandling enligt 15 kap. LOU.

#### *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.

## 4.4 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.

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 EU-domstolens praxis ska de grundläggande unionsrättsliga principerna som kommer till uttryck i fördraget tillämpas vid upphandling som har ett samband med den gemensamma inre marknaden. EU-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 projektävlingar. Härigenom framgår att även byggkoncessioner och projektävlingar omfattas av 15 kap. under förutsättning att värdet av koncessionen eller projektävlingen 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 346 i EUF-fördraget. Vad som avses är offentlig upphandling av försvarsprodukter utan civil användning. Sådana upphandlingar omfattas endast av 15 och 16 kap. LOU.

Upphandling inom försvars- och säkerhetsområdet regleras numera genom ett direktiv 2009/81/EG om samordning av förfaranden vid tilldelning av vissa kontrakt för byggentreprenader, varor och tjänster av upphandlande myndigheter och enheter på försvars- och säkerhetsområdet och om ändring av direktiv 2004/17/EG och 2004/18/EG.

### *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.

### *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. 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).

### *Undantag från annonseringsskyldigheten 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 enligt i bestämmelserna angivna förutsättningar. Det gäller t.ex. om det vid ett annonserat förenklat förfarande inte lämnats några anbud eller det avser 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. Detsamma gäller om det som ska upphandlas av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt kan levereras av endast en viss leverantör eller det gäller ytterligare leveranser från den ursprungliga leverantören.

## 4.5 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 en 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 förvaltningsrätt 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 har 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 respektive 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 en leverantör.

En anbudssökande eller anbudsgivare som har 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 har 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 (NJA 2007 s. 349). 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 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.

## 5 Ändringsdirektivet

### 5.1 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). 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).

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 EU-domstolens praxis. Ett direktiv om ändring av de båda rättsmedelsdirektiven har beslutats.<sup>13</sup> Detta 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 (ändringsdirektivet), 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

<sup>13</sup> KOM(2006) 195 slutlig.

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.

## 5.2 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 EU-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.<sup>14</sup>

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 konkurrensutsättning<sup>15</sup> och om det enskilda kontraktets värde 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

<sup>14</sup> Unionens 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 inom Regeringskansliet.

<sup>15</sup> 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.

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 till 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.

### *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. Om upphörandet av avtalsskyldigheter begränsas till att omfatta de skyldigheter som ännu inte fullgjorts, 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 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 kunna ogiltigförklaras.

Enligt artikel 2d.5 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 iakta 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 eller 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 föreskriva 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 unionsrätten i samband med upphandling kvarstår enligt ändringsdirektivet. Möjligheten för kommissionen att inleda detta förfarande begränsas dock till allvarliga överträdelser (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.

## 6 Avtalsspärr m.m.

### 6.1 Avtalsspärr efter underrättelse om tilldelningsbeslut

**Regeringens förslag:** Om en upphandlande myndighet eller enhet enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) respektive lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF) 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 elektroniska medel används i kombination med andra kommunikationsmedel ska avtal 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.

**Promemorians förslag:** Överensstämmer i huvudsak med regeringens. I promemorian föreslogs dock inte att det av bestämmelserna skulle framgå att avtalsspärren ska vara 15 dagar om underrättelse om tilldelningsbeslut skickats genom en kombination av elektroniska medel och andra kommunikationsmedel.

**Remissinstanserna:** Flertalet av de remissinstanser som yttrat sig i frågan tillstyrker förslaget. *Stockholms stad* har inget att erinra mot förslaget. *Sveriges Offentliga Inköpare (SOI)* anser i princip att en avtalsspärr i 15 kap. LOU inte är nödvändig, men motsätter sig inte regleringen. *Kammarkollegiet* avstyrker att regler om avtalsspärr införs för det icke direktivstyrda området. *Vägverket* föreslår att tidsfristerna i bl.a. 16 kap. 6 § formuleras på följande sätt: "... före utgången av en tidsfrist på minst tio dagar räknat från och med dagen efter det att ...". Det ska inte vara nödvändigt att konsultera förarbetena när lagtexten på ett enkelt sätt kan utformas tydligare. *Malmö kommun* tillstyrker förslaget, men anser att det är tveksamt om det är en lämplig ordning att den längre avtalsspärren ska gälla om både elektroniskt meddelande och skriftlig underrättelse används. Flera remissinstanser, bl.a. *Kammarrätten i Göteborg* och *Konkurrensverket*, anser att det i lagtexten bör förtydligas att tidsfristen om 15 dagar gäller när elektroniska underrättelser används i kombination med andra underrättelsesätt. *Försvarets materielverk (FMV)* anser att det möjligen kan ifrågasättas om det finns något behov av en bestämmelse som ger möjlighet till en frivillig längre avtalsspärr. *Almega* anför att vid de tillfällen då upphandlande myndighet väljer att förlänga avtalsspärren bör denna information förmedlas till anbudsgivarna vid ett tidigare tillfälle än tillsammans med tilldelningsbeslutet. *Konkurrenskommissionen* förordar att regelverket förtydligas med en bestämmelse om att den upphandlande myndigheten, om underrättelse om tilldelningsbeslut skickas på annat sätt än elektroniskt, inte får använda sig av ett medel för befordran som normalt tar mer än fem dagar i anspråk till dess försändelsen kommer mottagaren tillhanda. Förtydligandet skulle motverka illojal regeltolkning genom anlitande av särskilt långsamma befordringsmedel (B-post eller motsvarande). *Konkurrenskommissionen* förordar även att bestämmelsen i 9 kap. 10 § LOU ska anpassas så att begärda upplysningar ska lämnas snarast möjligt och senast inom fem dagar från det att en skriftlig begäran därom kom in. *Kammarrätten i Stockholm* föreslår att bestämmelserna om avtalsspärr i 16 kap. 6–8 §§ placeras exempelvis i 12 kap. eftersom dessa inte i sig behandlar överprövning. Detta skulle också göra 16 kap. mer överskådligt. *FMV* förutsätter att lokutionen "avtal inte får ingås" inte förhindrar en tillämpning där villkorade kontrakt ingås.

**Skälen för regeringens förslag:** 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. Rättsmedelsdirektivets bestämmelser gäller i princip inte för upphandlingar under tröskelvärdena, men ett visst rättsligt skydd måste garanteras.<sup>16</sup> Det bedöms att nu gällande bestämmelser om överprövning uppfyller EG-rättens krav i detta avseende. Det är således inte nödvändigt att för 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. Regeringen anser därför att regleringen om avtalsspärr bör införas även i fråga om upphandlingar enligt 15 kap. LOU och LUF.

Avtalsspärren i de båda lagarna ska beräknas med utgångspunkt i den underrättelse om tilldelningsbeslut som den upphandlande myndigheten eller enheten enligt 9 kap. 9 § första stycket 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 upphandlingslagarna. Om en upphandlande myndighet eller enhet har

<sup>16</sup> Se kommissionens tolkningsmeddelande om gemenskapsrättens tillämplighet på upphandlingskontrakt som inte, eller bara delvis, omfattas av direktiven om offentlig upphandling (2006/C 179/02)

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.

I artikel 2a.2 i ändringsdirektivet föreskrivs att avtal inte får ingås före utgången av en tidsfrist på minst tio eller 15 kalenderdagar räknat från och med dagen efter det att beslutet om tilldelning av kontraktet översändes till de berörda anbudsgivarna och anbudssökandena. I 16 kap. 1 § tredje stycket LOU och LUF anges att en ansökan om överprövning får prövas till dess att tio dagar gått från det att den upphandlande myndigheten eller enheten lämnat underrättelse om tilldelningsbeslutet till anbudssökandena eller anbudsgivarna. Den föreslagna formuleringen avseende avtalsspärrens längd anknyter således till formuleringen avseende den i dag gällande tiodagarsregeln i LOU och LUF. Detta uttryckssätt, och hur tiodagarsregeln därmed ska beräknas, bedöms vara väletablerat och välfungerande. Regeringen anser med hänsyn härtill att det är lämpligt att uttrycka avtalsspärren på samma sätt som i dag görs avseende tiodagarsregeln i LOU och LUF.

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 avtalsspärperioden 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 anser regeringen att en alternativ tidsfrist med utgångspunkt från mottagandet av underrättelsen inte bör införas i LOU och LUF.

Det kan tänkas att en eller flera anbudssökande eller anbudsgivare saknar möjlighet att elektroniskt ta emot en underrättelse om tilldelningsbeslut och att den upphandlande myndigheten eller enheten därför skickar underrättelsen med ett elektroniskt medel till vissa och på ett annat sätt till andra. I en sådan situation måste den längre tidsfristen om 15 dagar iaktas för att samtliga anbudssökande och anbudsgivare ska få den i direktivet föreskrivna minimifristen på sig att avgöra om man vill ansöka om överprövning. Detta bör enligt regeringens mening, som flera remissinstanser har föreslagit, framgå av lagtexten.

De i ändringsdirektivet och i LOU och LUF angivna fristerna är minimifrister. Något hinder för en upphandlande myndighet eller enhet att på frivillig väg iaktta en längre avtalsspärr än de angivna minimitiderna finns alltså inte. En upphandlande myndighet eller enhet torde dock vanligtvis ha intresse av att få ingå avtal så snart som möjligt efter underrättelse om tilldelningsbeslut och därmed iaktta minimifristerna. För tydlighets skull bedömer regeringen emellertid att det är lämpligt att uttryckligen reglera att en upphandlande myndighet eller enhet är skyldig

att iaktta en angiven längre avtalsspärr. Om en upphandlande myndighet eller enhet i underrättelsen om tilldelningsbeslut anger en längre avtalsspärr ska avtal därmed inte få ingås förrän den i underrättelsen angivna perioden har gått.

Om en upphandlande myndighet eller enhet avser att tillämpa en längre avtalsspärr än den i LOU eller LUF föreskrivna minimifristen kan det, som *Almega* föreslagit, vara lämpligt att informera leverantörerna om det vid ett tidigare skede än då underrättelse om tilldelningsbeslut skickas. En avvikande avtalsspärr skulle kunna tänkas vara av intresse för leverantörerna redan när de bestämmer sig för att lämna in en ansökan om att få lämna anbud eller ett anbud, särskilt om den upphandlande myndigheten eller enheten avser att tillämpa en avtalsspärr som avsevärt avviker från minimifristerna. Att iaktta en längre avtalsspärr torde emellertid inte bli vanligt förekommande. Vidare är syftet med avtalsspärren att leverantörerna ska ges möjlighet att ansöka om överprövning och i det avseendet kan en längre avtalsspärr inte innebära någon nackdel för leverantörerna. Till detta kommer att ändringsdirektivet inte innehåller någon skyldighet för en upphandlande myndighet eller enhet att meddela avtalsspärrens längd tidigare än i underrättelsen om tilldelningsbeslutet. Regeringen anser därför att någon skyldighet för en upphandlande myndighet eller enhet att tidigare än i underrättelsen om tilldelningsbeslutet ange avtalsspärrens längd därför inte bör finnas i LOU och LUF.

Ändringsdirektivet reglerar inte med vilken typ av kommunikationsmedel en upphandlande myndighet eller enhet ska skicka en underrättelse om tilldelningsbeslut, utan endast den period under vilken avtal inte får ingås efter en sådan underrättelse. Periodens längd varierar beroende på vilket kommunikationsmedel den upphandlande myndigheten eller enheten väljer. Detsamma gäller enligt förslaget avseende LOU och LUF. Avtalsspärrens längd är således anpassad till att det tar längre tid för en underrättelse som sker på annat sätt än genom ett elektroniskt medel att nå fram till leverantörerna. Befordringssätt som tar längre tid än fem dagar för att nå adressaten torde inte vara vanligt förekommande. Till skillnad från Konkurrenskommissionen anser regeringen därför att det varken är nödvändigt eller lämpligt att reglera att det befordringssätt genom vilket underrättelse sker inte får ta mer än viss tid i anspråk. I sammanhanget kan emellertid framhållas att syftet med avtalsspärren är att leverantörer ska få en viss tid på sig för att avgöra om man önskar ansöka om överprövning och att ge in en ansökan till förvaltningsrätten. Det är därför naturligtvis inte acceptabelt att en upphandlande myndighet eller enhet genom att använda särskilt långsamma befordringssätt försöker förkorta denna tid.

En anbudsgivare är bunden av sitt anbud under anbudets giltighetstid. Att detta gäller även om leverantören har underrättats om att dennes anbud inte har antagits är en civilrättslig specialreglering i upphandlingslagarna (se 9 kap. 11 § och 15 kap. 19 § LOU respektive LUF). Civilrättslig bundenhet för den upphandlande myndigheten eller enheten i förhållande till den vinnande leverantören kan uppstå genom underrättelsen om tilldelningsbeslutet, som avtalsrättsligt kan anses utgöra en accept. För att undvika att civilrättslig bundenhet uppstår i förhållande till en viss leverantör innan upphandlingen är avslutad har i

förarbetena till lagstiftningen uttalats att en upphandlande enhet bör se till att i förfrågningsunderlaget ange att avtal sluts genom ett upphandlingskontrakt och att enheten för tiden fram till upphandlingens avslutande kan välja att ingå ett villkorat avtal (prop. 2001/02:142 s. 78, se även prop. 2006/07:128 s. 381).

Enligt regeringens mening finns det även fortsättningsvis behov för upphandlande myndigheter och enheter att se till att civilrättslig bundenhet inte uppkommer genom underrättelsen om tilldelningsbeslutet. Detta eftersom avtalsspärren innebär att avtal inte får ingås under en viss tid efter underrättelse om tilldelningsbeslut. Ett avtal som ingås i strid mot avtalsspärren kan komma att förklaras ogiltigt (se avsnitt 7.1) och leda till skadeståndsanspråk från den avtalslutande leverantören (se avsnitt 11.2) eller kan medföra att den upphandlande myndigheten eller enheten påförs marknadsskadeavgift (se avsnitt 9.2). Enligt regeringens mening, och som *FMV* ifrågasatt, innebär förslaget om avtalsspärret hinder mot att upphandlande myndigheter och enheter även fortsättningsvis ingår villkorade avtal.

I 9 kap. 10 § LOU och LUF föreskrivs att upplysningar ska lämnas snarast möjligt och senast inom 15 dagar från det att en skriftlig begäran kom in. Bestämmelserna genomför artikel 41.2 i det klassiska direktivet respektive artikel 49.2 i försörjningsdirektivet. De i LOU och LUF föreskrivna tiderna för att lämna upplysningar överensstämmer med de tider som anges i direktiven. Regeringen gör därför bedömningen att 9 kap. 10 § LOU och LUF inte bör ändras.

*Kammarrätten i Stockholm* har föreslagit att bestämmelserna om avtalsspärr i 16 kap. 6–8 §§ bör tas in i exempelvis 12 kap. Avtalsspärren har betydelse för möjligheterna till överprövning och det bedöms vara av värde att bestämmelserna om avtalsspärr och förlängd avtalsspärr, så långt det är möjligt, återfinns i nära anslutning till varandra i de aktuella lagarna. Bestämmelserna om avtalsspärr bör därför, enligt regeringens mening, tas in i 16 kap. om överprövning, skadestånd m.m. i LOU och LUF.

## 6.2 Underrättelse om tilldelningsbeslut

### 6.2.1 Berörda anbudssökande och anbudsgivare

**Regeringens 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.

**Promemorians bedömning** överensstämmer med regeringens.

**Remissinstanserna:** Den enda remissinstansen som yttrat sig specifikt i frågan, *Vägverket*, anför att ändringsdirektivet innebär att tilldelningsbeslut inte måste meddelas anbudssökande som fått information om avslag för att tidsfristen ska börja löpa och föreslår ett tillägg i 9 kap. 9 § första stycket med följande lydelse: ”... anbudssökande som inte har lämnats upplysningar om skälen för att

leverantörens ansökan avslagits...”. Förslaget kan, enligt verket, leda till att upphandlande myndigheter på eget initiativ upplyser anbudssökande om skälen för ett avslag redan i samband med att urvalet har genomförts. Detta skulle dels innebära att anbudssökande inte behöver vara i ovisshet om avslaget längre än nödvändigt, dels att kretsen leverantörer som ansöker om överprövning i ett sent skede av upphandlingen minskar.

**Skälen för regeringens bedömning:** 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.

Underrättelseskylldigheten 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 har uteslutits från upphandlingsförfarandet och detta har bekräftats genom en 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 underrättelseskylldighet i LOU och LUF. Någon ändring av upphandlingslagarna, som *Vägverket* har föreslagit, på grund av direktivet är därför inte nödvändig i fråga om vilka leverantörer som ska underrättas om tilldelningsbeslutet. Vidare finns redan i dag möjligheten för en upphandlande myndighet eller enhet att vid ett tidigare stadium av upphandlingen utesluta en leverantör och att underrätta denne om beslutet (jfr prop. 2006/07:128 s. 240). Med hänsyn till detta anser regeringen att det inte är nödvändigt att göra något tillägg med anledning av att det nu införs bestämmelser om avtalsspärr i de båda lagarna.

## 6.2.2 Information om avtalsspärr och skäl för beslutet

**Regeringens förslag:** En underrättelse om tilldelningsbeslut enligt LOU och LUF ska inkludera information om avtalsspärrens längd.

**Regeringens 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.

**Promemorians förslag och bedömning** överensstämmer med regeringens.

**Remissinstanserna:** Endast ett fåtal remissinstanser har yttrat sig särskilt i frågan. *Vägverket* föreslår att informationen om avtalsspärr i 9 kap. 9 § utformas i överensstämmelse med ändringsdirektivets terminologi, vilket innebär ett enligt *Vägverket* mer lättförståeligt språk.

*Advokatfirman Sundstrand* anför att det genom ändringsdirektivet har införts ett krav om att tilldelningsbesluten enligt LOU och LUF, utöver att ange vilken anbudsgivare som vann upphandlingen och varför, måste innehålla information om varför samtliga berörda anbudssökandens ansökningar respektive anbudsgivares anbud inte antagits. En lagändring av 9 kap. 9 § LOU och LUF är därför nödvändig. *Sveriges advokatsamfund* anser att ett förtydligande bör göras i 9 kap. 9 § om vilken information som ska finnas med i underrättelser till anbudssökande och anbudsgivare. Även om 9 kap. 9 § LOU och LUF sträcker sig längre än vad som gäller enligt förfarandedirektiven och därmed skulle kunna anses inrymma den ytterligare information som krävs i artikel 2a.2 fjärde stycket i ändringsdirektivet, är detta svårt att läsa ut.

**Skälen för regeringens förslag och bedömning:** 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 har 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 och att underrättelsen om tilldelningsbeslutet ska innehålla samtliga dessa uppgifter. Motsvarande kan utläsas av ändringsdirektivets beaktandesatser 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.

I förarbetena till ÄLOU (prop. 2001/02:142 s. 59-61) uttalade regeringen följande. För att en leverantör ska kunna bedöma om det finns anledning att ansöka om överprövning innan upphandlingen får avslutas och överprövning inte längre är möjlig bör upphandlande enheter vara skyldiga att på eget initiativ lämna upplysningar om tilldelningsbeslutet i så nära anslutning till beslutet som möjligt. Endast om skälen för tilldelningsbeslutet redovisas har en missnöjd leverantör möjlighet att bedöma om det finns möjlighet att ansöka om överprövning. Det är viktigt att upphandlande enheter utformar informationen om tilldelningsbeslutet på ett sådant sätt att det framgår vilka omständigheter som legat till grund för enhetens beslut att anta ett visst anbud. Om upphandlingen har skett enligt reglerna i [Ä]LOU kan tydligt utformade skäl leda till att en leverantör avstår från att begära överprövning. Genom att utforma skälen på ett tydligt sätt kan således den upphandlande enheten i viss utsträckning undvika att upphandlingen fördröjs i onödan.

Det får därför antas ligga i de upphandlande enheternas intresse att tydligt redovisa skälen för tilldelningsbeslutet så att anbudssökande, anbudsgivare och andra leverantörer får klart för sig varför upphandlingskontraktet tilldelats en viss anbudsgivare. Någon reglering av detta behövs således inte.

Vidare uttalade regeringen i nämnda förarbeten att alltför intetsägande uppgifter varför en viss eller vissa leverantörer tilldelats upphandlingskontraktet kan innebära att enheten inte kan anses ha lämnat tillräckliga upplysningar om skälen för beslutet (prop. 2001/02:142 s. 97).

Av upplysningarna enligt 9 kap. 9 § ska alltså omständigheterna som legat till grund för beslutet framgå tydligt så att en anbudssökande eller anbudsgivare kan avgöra om man vill ansöka om överprövning av upphandlingen. Vilka upplysningar som bör lämnas för att uppfylla detta måste avgöras med hänsyn till omständigheterna i varje enskild upphandling. Regeringen anser därför, till skillnad från *Sveriges advokatsamfund*, att det inte är lämpligt att i LOU och LUF reglera vilken information som ska finnas i en underrättelse om tilldelningsbeslut. 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. Ändringsdirektivet kräver alltså inte att underrättelsen om tilldelningsbeslutet innehåller en fullständig redogörelse av de upplysningar som ska lämnas på begäran. Mot denna bakgrund gör regeringen bedömningen att den information som åsyftas redan lämnas enligt gällande rätt genom skyldigheten i 9 kap. 9 § LOU och LUF. Syftet med den kompletterande uppgiftsskyldigheten är därmed redan uppnått. Regeringen delar således inte *Advokatfirman Sundstrands* tolkning av ändringsdirektivet i detta avseende. Vidare anser regeringen att en skyldighet för upphandlande myndigheter och enheter att lämna ytterligare information i underrättelsen om tilldelningsbeslutet vore allt för långtgående. Någon ändring av 9 kap. 9 § i de båda upphandlingslagarna 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.



### 6.3 Undantag från avtalsspärr

**Regeringens förslag:** Avtalsspärr ska inte gälla

1. vid tilldelning av kontrakt avseende väsentliga säkerhetsintressen enligt artikel 346 i EUF-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.

**Promemorians förslag** överensstämmer med regeringens.

**Remissinstanserna:** Många av de remissinstanser som yttrat sig i frågan är positiva till förslaget. *Konkurrensverket*, *Halmstads kommun*, *Malmö kommun* och *Konkurrenskommissionen* tillstyrker förslaget. *Region Skåne* och *Sveriges Kommuner och Landsting (SKL)* tillstyrker förslaget vad gäller undantag från avtalsspärr vid förhandlad upphandling utan annonsering, direktupphandling och vid tilldelning av kontrakt vid förnyad konkurrensutsättning. Några remissinstanser uttalar sig positivt om förslaget om undantag från avtalsspärr vid förnyad konkurrensutsättning inom ett ramavtal. *Skatteverket* och *Kammarkollegiet* anser att det, för att inget missförstånd ska uppstå, av lagtexten eller på annat sätt bör framgå att när man använder sig av ramavtal med samtliga villkor fastställda så gäller inte avtalsspärren. *Kammarkollegiet* menar även att det kan finnas behov av att tydligare förklara hur myndigheterna i praktiken ska tillämpa det aktuella regelverket. *Transportstyrelsen* har svårt att förstå logiken i att ha ett undantag om det förutsätter att avtalet måste kunna ogiltigförklaras vid överträdelse av bestämmelserna om förnyad konkurrensutsättning och det enda sättet att vara säker på att undgå ogiltigförklaring i ett senare skede är att skicka tilldelningsbeslut och iaktta en särskild avtalsspärr. Det innebär i praktiken att undantaget från avtalsspärren i viss mån blir verkningslöst och meningslöst. *Länsrätten i Stockholms län* ifrågasätter förslaget om undantag från avtalsspärr när det gäller tilldelning av kontrakt på grund av ett ramavtal efter förnyad konkurrensutsättning och anser att frågan bör utredas ytterligare. Det är inte ovanligt att det i detta skede framkommer skäl för en leverantör att begära överprövning av tilldelningsbeslutet och det framstår som lika angeläget att möjligheten till begäran om överprövning av den upphandlande myndighetens eller enhetens beslut garanteras i denna situation som vid ett ordinärt tilldelningsbeslut. Den föreslagna ordningen innebär också att förvaltningsrätterna, när en ansökan om överprövning kommer in, måste bedöma huruvida avtalsspärr gäller eller inte. *Advokatfirman Delphi* avstyrker förslaget om undantag från avtalsspärr vid kontrakt som tilldelas efter förnyad konkurrensutsättning på grund av ett ramavtal. För

att öka transparensen hade det varit en bättre ordning att iakttagande av avtalsspärr varit obligatoriskt vid tilldelningar av kontrakt efter förnyad konkurrensutsättning när dessa var av större värde. En lämplig gräns vore när värdet överstiger det värde som föreslås bli gräns för direktupphandling. *Post- och telestyrelsen (PTS)* anser att det av lagtexten ska framgå att det finns möjlighet för upphandlande myndigheter och enheter att annonsera sin avsikt att tilldela kontrakt efter avrop från ramavtal efter förnyad konkurrensutsättning enligt 5 kap. 7 §, varefter en särskild avtalsspärr inträder.

## **Skälen för regeringens förslag**

### *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 avtalsspärr 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 projektävling 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 de båda lagarna 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. En upphandlande myndighets behov av att vid

förnyad konkurrensutsättning snabbt kunna få tillgång till det som upphandlats kan finnas såväl vid större värden som vid mindre värden. Det bedöms därför inte lämpligt att låta värdet styra om en avtalsspärr ska gälla eller inte.

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. Den föreslagna möjligheten att överpröva avtal innebär att det, även med ett undantag från avtalsspärren, kommer att vara möjligt för leverantörer att få till stånd en överprövning.

Vid förnyad konkurrensutsättning inom ett ramavtal kan dock upphandlande myndigheter enligt artikel 2d.5 i direktivet utnyttja möjligheten att skicka en underrättelse om tilldelningsbeslutet i kombination med att iakttä en särskild avtalsspärr för att undvika att avtalet ogiltigförklaras. Att denna möjlighet finns i LOU framgår av förslaget till 16 kap. 17 § LOU (se även avsnitt 7.2.3). Därmed möjliggörs en överprövning av den förnyade konkurrensutsättningen innan avtal ingås. Den upphandlande myndigheten kan genom att frivilligt iakttä en avtalsspärr säkerställa att det avtal som därefter ingås inte kan komma att förklaras ogiltigt.

När en ansökan om överprövning av en förnyad konkurrensutsättning på grund av ett ramavtal kommer in till förvaltningsrätten måste domstolen ta ställning till om en avtalsspärr gäller eller inte. Detta har betydelse för om en förlängd avtalsspärr inträder eller om förvaltningsrätten behöver överväga att fatta ett interimistiskt beslut om att avtal inte får ingås (se avsnitt 8.2).

Vad gäller avrop från ramavtal där samtliga villkor är fastställda uttalade regeringen i förarbetena till LOU (prop. 2006/07:128 s. 165) följande vad gäller skyldigheten att upplysa om tilldelningsbeslut.

”Om någon förnyad konkurrensutsättning inte sker, har den leverantör som är part i ramavtalet eller de leverantörer som är parter i ramavtalet inte längre ställning av anbudsgivare eller anbudssökande; någon ytterligare anbudsgivning har ju inte skett. En rimlig tolkning kan därför vara att någon underrättelseskyldighet inte föreligger i dessa fall.”

Såsom behandlats i avsnitt 6.1 är det skyldigheten att skicka en underrättelse om tilldelningsbeslutet som utlöser avtalsspärren. I de fall någon sådan skyldighet inte finns gäller alltså inte någon avtalsspärr. Det bedöms inte finnas något behov av att särskilt reglera detta i LOU (jfr vad som anförts ovan om underrättelse om tilldelningsbeslut när det endast finns en anbudsgivare och inga berörda anbudssökande).

#### *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 förfarandedirektivets 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 detta lagstiftningsärende föreslås att direktupphandling enligt 15 kap. 3 § andra stycket LOU och LUF ska vara tillåtet upp till vissa belopp (se avsnitt 16.3.2). 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 16.3.4). Av samma skäl som angetts ovan avseende undantaget från avtalsspärr för sådana upphandlingar inom det direktivstyrda området bör enligt regeringens mening direktupphandling på dessa grunder också undantas från avtalsspärren.

#### 6.4 Förlängd avtalsspärr

**Regeringens förslag:** Vid en ansökan om överprövning ska avtalsspärr efter underrättelse om tilldelningsbeslut eller avtalsspärr vid förhandsinsyn fortsätta att gälla under handläggningen i förvaltningsrätten (förlängd avtalsspärr). Rätten får besluta att någon förlängd avtalsspärr inte ska gälla.

**Promemorians förslag** överensstämmer med regeringens.

**Remissinstanserna:** Remissutfallet är blandat. Flertalet av de remissinstanser som har yttrat sig tillstyrker eller har inget att erinra mot införande av en förlängd avtalsspärr, bl.a. *Post- och telestyrelsen (PTS)*, *Transportstyrelsen*, *Sveriges Offentliga Inköpare (SOI)*, *Läkemedelsindustriföreningen*, *Johnson & Johnson* och *Advokatfirman Lindahl KB*. *Kammarrätten i Sundsvall* och *Kammarrätten i Jönköping* anser att den förlängda avtalsspärren även bör gälla i kammarrätt. *Kammarrätten i Göteborg*, *Almega*, *Företagarna*, *Swedish Medtech*, *Konkurrenskommissionen* och *Advokatfirman Delphi* anser att förlängd avtalsspärr bör gälla i kammarrätt och i Regeringsrätten. *Länsrätten i Skåne län*, *Länsrätten i Värmlands län*, *Försvarets materielverk (FMV)*, *Verket för högskoleservice (VHS)*, *Konkurrensverket*, *Halmstads kommun*, *Malmö kommun*, *Uppsala kommun*, *Region Skåne* och *Sveriges Kommuner och Landsting (SKL)* tillstyrker specifikt att avtalsspärren endast bör gälla i förvaltningsrätt. *Sveriges advokatsamfund* avstyrker förslaget och anser att den förlängda avtalsspärren i stället ska gälla till dess annat har beslutats. Den föreslagna ordningen är onödigt betungande för en upphandlande myndighet eller enhet i det fall åberopade omständigheter i en ansökan om överprövning med nuvarande ordning inte skulle anses kunna läggas till grund för att intermistiskt stoppa upphandlingen. *SOI* anser att det måste vara obligatoriskt att

förvaltningsrätten gör en förhandsbedömning så att ärenden utan giltig grund inte fördröjer upphandlingsprocessen. *Konkurrensverket* anför att det kan finnas skäl att i propositionen särskilt ange att den förlängda avtalsspärren ska anses inträda per automatik så snart en ansökan om överprövning kommit in i rätt tid till förvaltningsrätten. *Täby kommun* anser att det bör tydliggöras t.ex. om den upphandlande myndigheten kommer att få veta att förlängd avtalsspärr har inträtt. *VHS* anser att det kan bli svårt för såväl den upphandlande myndigheten som för förvaltningsdomstolen att avgöra om en handling inkommit före utgången av avtalsspärren. *Kammarrätten i Sundsvall* anför att det av förslaget inte framgår när den förlängda avtalsspärren inträder och om det krävs något i formellt hänseende för att den förlängda avtalsspärren ska inträda per automatik. Kammarrätten frågar om det t.ex. räcker med att en ansökan om överprövning anhängiggörs per fax (jfr RÅ 2002 not. 206). *Kammarrätten i Göteborg* anför att domstolarnas handläggning av yrkanden om interimistiska beslut i mål enligt LOU och LUF numera innehåller mycket små inslag av bedömningsmoment och att en förlängd avtalsspärr som omfattar samtliga instanser är ett betydligt mer ändamålsenligt och effektivt alternativ än nuvarande lösning med interimistiska beslut. En förlängd avtalsspärr skulle inte innebära några betydande förändringar för part. *Kammarrätten i Jönköping* anför att yrkande om interimistiska åtgärder är mer regel än undantag och att kammarrätten normalt fattar beslut om inhibition i dessa mål för att få erforderligt rådrum. Om förlängd avtalsspärr skulle gälla även under handläggningen i kammarrätt skulle rätten även ha möjlighet att fatta ett särskilt beslut om upphävande av spärren för att motverka missbruk. *Sunne kommun* anser att det är bra att det inte längre krävs interimistiska beslut i länsrätt, men anser att det kan bli krångligt med olika förfaranden i olika instanser. *Företagarna* anser att risken för att de små företagen kommer att missa att yrka på interimistiskt förbud i högre domstolsinstanser är uppenbar och det kommer att leda till onödiga rättsförluster för små företag. *Stockholms Handelskammare* välkomnar möjligheten till förlängd avtalsspärr i länsrätten, men anser att det är olyckligt att reglerna inte är likartade. Olika regler ger lätt upphov till problem för de leverantörer som inte har möjlighet att anlita juridisk kompetens för sin överklagan. Den omständigheten borde väga tyngre än den farhåga om fördröjning av upphandlingsprocessen som pekas på i promemorian. *Advokatfirman Delphi* anför att en ordning enligt vilken interimistiskt beslut krävs i högre instans men, i normalfallet, inte i länsrätt riskerar att göra överprövningsförfarandet än mer svåröverskådligt för leverantörer. Det finns även överhängande risk för att leverantörer förbiser att det i överrätt krävs ett interimistiskt beslut för att domstolen ska kunna pröva målet och därmed går miste om sin möjlighet till ett överklagande. *Kammarrätten i Sundsvall* anser att det är bra att det finns en möjlighet för rätten att upphäva den förlängda avtalsspärren. Det framgår dock inte tydligt om detta ska ske ex officio eller om det krävs ett yrkande från part. *Advokatfirman Delphi* avstyrker möjligheten för rätten att upphäva den förlängda avtalsspärren. I de fall då rätten anser att en ansökan om överprövning är uppenbart ogrundad kan rätten skyndsamt skilja sig från målet slutligt genom att avslå leverantörens ansökan om överprövning. *Kammarrätten i Jönköping* och

*Domstolsverket* anser att det i motiven närmare bör anges eller ges exempel på när upphävande av avtalsspärr bör ske. *Stockholms Handelskammare* ställer sig frågande inför rättens möjlighet att omedelbart upphäva en förlängd avtalsspärr. Att leverantörens möjlighet till överprövning minskar är mycket olyckligt. Det kan inte anses tillfredsställande att möjligheten, som det uttrycks i promemorian, sannolikt endast kommer att användas i undantagsfall. *Sveriges advokatsamfund*, *Länsrätten i Östergötlands län*, *Läkemedelsindustriföreningen* och *Advokatfirman Delphi* anser att en tiodagarsfrist bör gälla även efter interimistiskt upphävande av en förlängd avtalsspärr. *Sveriges advokatsamfund* anför att upphävande av en förlängd avtalsspärr är att jämställa med upphävande av intermistiska beslut, för vilka tiodagarsfristen föreslås gälla, och anser att det saknas skäl att reglera dessa situationer olika. *Advokatfirman Delphi* anför att förslaget innebär en försämring jämfört med hur reglerna fungerar i dag och att jämförelsen med rättens beslut att avslå ett yrkande om interimistiskt beslut är missvisande. En leverantör som ansöker om överprövning skickar i normalfallet sin ansökan till länsrätten i så god tid att leverantören, inom den nu gällande tiodagarsfristen, vid ett eventuellt avslag hinner överklaga beslutet till kammarrätten eller Regeringsrätten. Förslaget innebär i praktiken att en underinstans ges möjlighet att besluta om huruvida målet ska prövas i högre instans eller inte, vilket av rättssäkerhetsskäl framstår som klart olämpligt. *Sunne kommun* anser att det är oklart om kontrakt kan ingås direkt om länsrätten förordnar att en förlängd avtalsspärr inte ska gälla och att därför bör ny frist för överklagande införas såsom i dag.

### **Skälen för regeringens förslag**

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 7.2.4.

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 förvaltningsrätten. En förlängd avtalsspärr även i överinstanserna, något som flera remissinstanser har förordat, 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, såsom *Konkurrensverket* har varit inne på, att den förlängda avtalsspärren kommer till stånd automatiskt utan krav på yrkande eller utredning så snart en ansökan om överprövning har kommit in till domstolen. Den leverantör som begär överprövning behöver alltså inte agera på annat sätt för att få till stånd den förlängda avtalsspärren.

Några remissinstanser har berört frågan om vid vilken tidpunkt en ansökan om överprövning ska anses ha kommit in och om det krävs något i formellt hänseende avseende en sådan ansökan för att den förlängda avtalsspärren ska börja löpa.

Vid vilken tidpunkt en ansökan om överprövning enligt LOU eller LUF har kommit in till domstolen bör följa allmänna förvaltningsprocessrättsliga principer för när en handling ska anses ha kommit in till en domstol. Det är emellertid i upphandlingsmål av stor vikt att domstolen, vilket *Täby kommun* har frågat, snarast underrättar en upphandlande myndighet eller enhet om att en ansökan om överprövning



har kommit in till domstolen och att en förlängd avtalsspärr därmed gäller. Detta torde inte innebära någon förändring jämfört med hur domstolarna i dag hanterar underrättelser till upphandlande myndigheter och enheter om att en ansökan om överprövning har kommit in. En upphandlande myndighet eller enhet kan överväga att vänta ytterligare en tid efter avtalsspärrens utgång för att säkerställa att en ansökan om överprövning inte anhängiggjorts vid domstol. Att vänta med att ingå avtal i det fall en avtalsspärr gäller innebär inte att ytterligare leverantörer ges möjlighet att ansöka om överprövning, jfr avsnitt 8.7.1.

Om en ansökan om överprövning som har kommit in till förvaltningsrätten inte uppfyller de formkrav som ställs på en besvärshandling, exempelvis vad gäller egenhändigt undertecknande, kan domstolen kontakta leverantören för komplettering och domstolen har även möjlighet att förelägga leverantören att komplettera sin ansökan vid äventyr av avvisning. Med hänsyn till upphandlingsmålens karaktär är det naturligtvis viktigt att tidsfristen för komplettering är kort. Detta torde göra sig gällande redan i dag, men blir särskilt viktigt mot bakgrund av att en inkommen ansökan om överprövning automatiskt utlöser en förlängd avtalsspärr. Om domstolen har anledning att tro att leverantören exempelvis undanhåller sig delgivning av föreläggandet i syfte att fördröja processen och ansökan om överprövning uppenbarligen saknar grund finns möjligheten för domstolen att upphäva den förlängda avtalsspärr, se nedan.

Flera remissinstanser har ansett att förlängd avtalsspärr bör införas även i överinstans. Regeringen ser både för- och nackdelar med en förlängd avtalsspärr i överrätt. Det skulle göra systemet mer enhetligt och därmed minska risken för att leverantörer drabbas av rättsförluster på grund av att det av misstag inte framställs ett interimistiskt yrkande i överinstans. Mot bakgrund av att Regeringsrätten är prejudikatinstans är det emellertid, enligt regeringens mening, inte lämpligt att en förlängd avtalsspärr ska gälla under den domstolens prövning. I Regeringsrätten bör det därför även fortsättningsvis krävas att en leverantör framställer ett interimistiskt yrkande. Även om förlängd avtalsspärr införs i kammarrätt skulle systemet därmed inte bli enhetligt i alla instanser. En förlängd avtalsspärr i överrätt riskerar också att bidra till en fördröjning av upphandlingsprocessen.

En förlängd avtalsspärr innebär att avtalsspärr efter underrättelse om tilldelningsbeslut eller efter förhandsinsyn fortsätter att gälla. Det bör inte kunna uppstå något avbrott i den förlängda avtalsspärr, varefter den börjar gälla igen. Eftersom en förlängd avtalsspärr skulle inträda automatiskt när ett överklagande kommit in till domstolen skulle en ordning där ett sådant avbrott tillåts innebära stora problem för upphandlande myndigheter och enheter. Om förlängd avtalsspärr införs i kammarrätt skulle den förlängda avtalsspärren därför behöva överensstämma med överklagandetiden. Tiden för att överklaga en förvaltningsrätts avgörande är enligt 6 a § förvaltningsprocesslagen (1971:291) tre veckor. Regeringen anser att en förlängd avtalsspärr om tre veckor efter förvaltningsrättens avgörande är en allt för lång tid och skulle innebära en oskälig fördröjning av upphandlingsprocessen jämfört med dagens ordning. Inom ramen för nuvarande förslag är det inte heller

möjligt att göra de överväganden som krävs för att genomföra en generell förkortning av överklagandetiden i upphandlingsmål.

Mot denna bakgrund gör regeringen bedömningen att övervägande skäl talar 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 till dess domstolen förordnat interimistiskt eller till 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 förvaltningsrätten. Sammanfattningsvis anser regeringen att den förlängda avtalsspärren bör gälla till dess förvaltningsrätten har avgjort målet och således inte endast till dess rätten fattat ett interimistiskt beslut. Behovet av att fatta interimistiska beslut vid handläggning av mål i förvaltningsrätt 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. Någon tiodagarsfrist (se följande avsnitt) bör enligt regeringens mening inte gälla efter upphävande av den förlängda avtalsspärren. Om domstolen skiljer sig från målet utan att upphäva den förlängda avtalsspärren gäller en tiodagarsfrist. Effekten av att den förlängda avtalsspärren upphävs blir att den upphandlande myndigheten eller enheten omedelbart får ingå avtal om upphandling. Situationen kan jämföras med när rätten, enligt gällande rätt, avslår ett yrkande om interimistiskt beslut att upphandlingen inte får avslutas och tiodagarsfristen har löpt ut. Om avtal ingås ska målet inte prövas (se avsnitt 8.9). 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. Upphävande kan, vilket *Kammarrätten i Sundsvall* frågat, ske såväl ex officio som på yrkande av part.

## 6.5 Tiodagarsfrist

**Regeringens förslag:** När en förlängd avtalsspärr gäller ska avtal inte få ingås förrän tio dagar har gått från det att förvaltningsrätten har avgjort målet.

När en förvaltningsrätt eller en kammarrätt har fattat ett interimistiskt beslut om att avtal inte får ingås, ska avtal inte få ingås förrän tio dagar har gått från det att domstolen 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 från beslutet om återförvisning.

Rätten ska kunna förordna att tiodagarsfristen inte ska gälla.

**Promemorians förslag** överensstämmer i sak med regeringens.

**Remissinstanserna:** Förslaget tillstyrks av några av remissinstanserna, bl.a. av *Konkurrensverket* och *Konkurrenskommissionen*, men avstyrks delvis av andra. *Advokatfirman Delphi* anför att en tiodagarsfrist måste gälla även för kammarrätterna. *Sveriges advokatsamfund* och *Advokatfirman Delphi* avstyrker förslaget om att rätten ska ges möjlighet att förordna att tiodagarsfristen inte ska gälla. Sveriges advokatsamfund anser att det strider mot syftet med bestämmelsen och kan få till följd att beslut och avgöranden inte kan överklagas. *Advokatfirman Delphi* anser att det framstår som fullständigt orimligt att låta en domstol som avslagit en ansökan om överprövning också göra sitt avgörande oöverklagbart. *Advokatfirman Delphi* ifrågasätter också om begreppet ”rätten” i denna del också inkluderar kammarrätterna. *Advokatfirman Sundstrand* anser att inskränkningar i tiodagarsfristen inte ska införas i annat fall än då det uttryckligen är tillåtet i upphandlingsdirektiven. *Post- och Telestyrelsen (PTS)* och *Konkurrensverket* anser att det av lagtexten bör framgå att när en förlängd avtalsspärr gäller får avtal inte ingås förrän tio dagar gått från det att rätten har skiljt sig från målet. *Konkurrensverket* anför att den föreslagna formuleringen kan ge intrycket att endast avgöranden efter prövning i sak omfattas av bestämmelsen och således inte när rätten har skiljt sig från ett mål genom att avvisa eller avskryva en ansökan. *Kammarrätten i Jönköping* och *Försvarets materielverk (FMV)* anser att det i motiven bör ges exempel på eller vägledning för när beslut om att upphäva tiodagarsfristen bör fattas. *Konkurrenskommissionen* förordar att *Domstolsverkets* informationsmaterial till överprövningssökande m.m. om hur man överklagar ska anpassas.

**Skälen för regeringens förslag:** 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 till 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).

Nu 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 8.2). För att möjliggöra överklagande efter upphävande av ett sådant interimistiskt beslut av förvaltningsrätt 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. I begreppet ”avgjort målet” innefattas när rätten skiljt sig ifrån målet såväl genom dom som genom slutligt beslut om avskrivning, avvísning eller återförvisning. Regeringen anser därför, till skillnad från *Konkurrensverket* och *PTS*, att begreppet kan användas.

Vidare föreslås att det i de båda lagarna ska införas en förlängd avtalsspärr med innebörd att avtal om upphandling inte får ingås under handläggningen i förvaltningsrätten (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 förvaltningsrätts avslag på en leverantörs ansökan om överprövning bör en upphandlande myndighet eller enhet vara förhindrad att ingå avtal under en viss period efter förvaltningsrättens 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 återförvisning. 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.

Att tiodagarsfristen skiljer sig från besvärstiden om tre veckor, vilket *Konkurrenskommissionen* har berört, motsvarar vad som gäller i dag. Ett överklagande som kommer in efter att tiodagarsfristen har löpt ut ska inte prövas om avtal har slutits. För att leverantören inte ska riskera att lida någon rättsförlust är det viktigt att denne uppmärksammas på tiodagarsfristen. Sådana upplysningar bedöms kunna lämnas i en sedvanlig överklagandehänvisning.

För att undvika att tiodagarsfristen leder till orimliga konsekvenser anser regeringen att det, även med beaktande av remisskritiken, 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 8.9). Möjligheten att förordna att tiodagarsfristen inte ska gälla är därför avsedd att användas i undantagsfall och med stor försiktighet. Situationen kan jämföras med de

överväganden som görs när rätten avslår ett yrkande om interimistiskt beslut.

## 7 Överprövning av avtals giltighet

### 7.1 Avtal som kan förklaras ogiltiga

**Regeringens förslag:** Ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet eller enhet och en 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.

**Regeringens bedömning:** Rättsverkningarna av att ett avtal har förklarats ogiltigt bör inte regleras särskilt.

**Promemorians förslag och bedömning** överensstämmer i sak med regeringens.

**Remissinstanserna:** Flera remissinstanser tillstyrker förslaget. Ett flertal remissinstanser avstyrker möjligheten att ogiltigförklara avtal inom det icke direktivstyrda området. Några remissinstanser uttalar att om möjligheten att ogiltigförklara avtal ändå ska införas för det icke direktivstyrda området bör den föreslagna direktupphandlingsgränsen höjas. *Stockholms stad* anför att den föreslagna ordningen kommer att leda till slentrianmässig användning av institutet förhandsinsyn. Förslaget ökar affärsrisken för de parter som sluter avtal med upphandlande myndigheter och enheter samt kan verka avskräckande på intresset att sluta avtal med det offentliga. Förslaget kan också slå hårt mot avtal inom vård och omsorg. Om regleringen ändå genomförs får det antas att liknande situationer kan hanteras via möjligheten att underlåta ogiltigförklaring om det föreligger tvingande hänsyn till ett allmänintresse. *Malmö kommun* anser att det i 15 kap. LOU och LUF borde ges utrymme för en diskretionär avvägning, så att ogiltigheten inte är obligatorisk och att lagförslaget enbart är acceptabelt om ogiltighet inte kan följa med avtal som enligt EU-rätten, och enligt det temporära lagförslaget i Ds 2009:36, betraktas som interna avtal. *Vägverket* föreslår att hänvisningen till lagrummen 7 kap. 4 § och 15 kap. 5 a § stryks ur 16 kap. 14 § 1. Förslaget till lagtext är formulerat som att rätten ska besluta att ett avtal är ogiltigt om avtalet slutits utan föregående annonsering om förhandsinsyn. Någon skyldighet för myndigheten att annonsera förhandsinsyn finns dock inte, varför ogiltighet inte bör kunna bli följden

då så inte skett. Vägverket anser vidare att bestämmelsen om ogiltighet av kontrakt som grundar sig på ramavtal efter en förnyad konkurrensutsättning ska utformas i enlighet med ändringsdirektivet. *Verket för högskoleservice (VHS)* och *Ekonomistyrningsverket (ESV)* anser att ogiltigförklarande av avtal vid en förnyad konkurrensutsättning endast bör kunna ske för avrop som överstiger tröskelvärdet. *Transportstyrelsen* undrar om bestämmelserna motsatsvis kan tolkas så att om kontraktsvärdet för de enskilda avropen vid förnyad konkurrensutsättning inom ett ramavtal är under de nämnda tröskelvärdena så kan ogiltighet inte åberopas. *Kammarrätten i Stockholm* förordar att rubriken lyder överprövning av giltighet av avtal. *Advokatfirman Lindahl KB* har ingen erinran mot att en ogiltighets-sanktion införs, men anser att det av lagstiftningen eller dess förarbeten tydligt bör framgå om en ogiltigförklaring av avtalet enligt upphandlingslagarna innebär att avtalet blir civilrättsligt ogiltigt. *Kammarrätten i Göteborg* anser att följderna av att ett avtal förklaras ogiltigt bör regleras och *Stockholms läns landsting* anser att rättsverkningarna bör framgå av lagtexten eller i vart fall ytterligare utvecklas i den fortsatta beredningen av lagförslaget. *Västra Götalandsregionen* anser att rättsverkningarna bör regleras särskilt, utom såvitt avser skadestånd vid ogiltighet av avtal. *Almega* och *Företagarna* efterfrågar ett förtydligande om effekten av ett ogiltigförklarande för leverantören. *Banverket* och *Byggherrarna* anser att ogiltighet och återgång av redan uppburna prestationer är en för svensk rättsordning udda och något märklig regel. *Skatteverket* förordar en begränsning av upphörandet till de skyldigheter som ännu inte har fullgjorts och införande av en alternativ sanktion som innebär att avtalstidens längd förkortas. *VHS* föreslår att avtal ska ogiltigförklaras för framtida prestationer och *Jönköpings kommun* anser att man bör överväga den möjligheten. *Johnson & Johnson* anser att rättsföljden, vad gäller avtal som omfattar förbrukningsartiklar, ska begränsas till att endast omfatta de avtalsskyldigheter som ännu inte fullgjorts och att de rättsverkningar som föreslagits bör utvecklas i den fortsatta beredningen av lagförslaget. *Domstolsverket*, *Region Skåne* och *Sveriges Kommuner och Landsting (SKL)* anför att alternativa sanktioner bör vara huvudregel för prestationer som inte rimligen kan återgå. *Västra Götalandsregionen* anser att det även borde finnas utrymme för alternativa sanktioner och *Halmstads kommun* anser att alternativa sanktioner behövs samt att en annan praktisk fråga som måste lösas är hur inköpen ska göras under det avtalslösa tillståndet. *Swedish Medtech* anser att alternativa sanktioner behövs när prestationerna inte kan gå åter. *Täby kommun* anser att det kommer att bli praktiskt bekymmersamt att tillämpa avtalsrättsliga principer, dvs. att prestationer ska gå åter. *Stockholms Handelskammare* anför att en återgång av prestationen och återställande av förmögenhetsläget verkar vara en i vissa fall mycket svår uppgift. Vid flera tillfällen kommer leverantörer att ha lagt ner arbete som inte kan återgå och någon möjlighet att få ersättning i efterhand för förluster genom att t.ex. väcka talan mot beställaren och kräva skadestånd är inte troligt. *Försvarets materielverk (FMV)* ifrågasätter om det inte borde övervägas en alternativ lösning för de fall som inte riktigt inryms under ”tvingande hänsyn till ett allmänintresse” men ändå medför stora

ekonomiska, praktiska och andra problem om redan utförda prestationer ska återgå. *IT & Telekomföretagen* framhåller att lagen bör inkludera att styrkta kostnader för leverantör som har slutit ett avtal som blir ogiltigförklarat ska ersättas av felande myndighet efter påpekande från leverantören. *Kammarrätten i Stockholm* anför att genom att prövningen läggs på förvaltningsdomstolarna bryts en mycket lång rättstradition enligt vilken giltigheten av avtal prövas av allmän domstol. Det kan naturligtvis finnas praktiska skäl som talar för den föreslagna lösningen. *Kammarrätten* saknar dock en mer ingående analys av förutsättningarna för de olika alternativen. *Konkurrensverket* och *Juridiska fakultetsnämnden vid Stockholms universitet* anser att det, med hänsyn till att prövningen sker utifrån det upphandlingsrättsliga regelverket, är lämpligt att låta prövningen av ett avtals giltighet ske i allmän förvaltningsdomstol. *Sigtuna kommun* anför att kommunen kan ansluta sig till ståndpunkten att den aktuella typen av mål om ogiltigförklaring av avtal bör handläggas av allmän förvaltningsdomstol. *Transportstyrelsen* anser att det bör övervägas om inte denna typ av bedömning skulle vara bättre lämpad att göras av de allmänna domstolarna eller ännu hellre av en specialdomstol. *Advokatfirman Lindahl KB* föreslår att lagstiftaren närmare analyserar vilket domstolsslag som lämpligast bör handlägga målen om upphandlingsrättsliga sanktioner.

## Skälen för regeringens förslag och bedömning

### *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 överträdelse 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 allvarligare överträdelse 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 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 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 EU-domstolens tolkning.<sup>17</sup> 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.<sup>18</sup>

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. 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.

<sup>17</sup> Hur de angivna artiklarna är genomförda i LOU framgår av sammanställning i prop. 2006/07:128, del 2, s. 474 ff.

<sup>18</sup> Hur de angivna artiklarna är genomförda i LUF framgår av sammanställning i prop. 2006/07:128, del 2, s. 479 ff.



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 utan att annonsering har ägt rum.

Upphandlande myndigheter och enheter kan frivilligt genomföra förhandsinsyn för att säkerställa att ett avtal som ingås utan att upphandlingen har annonserats enligt LOU eller LUF inte ska kunna förklaras ogiltigt (se avsnitt 7.2.4 och 7.2.5). Utebliven annonsering i sig ska alltså inte kunna leda till att ett avtal förklaras ogiltigt. Lagtexten om vilka fall av utebliven annonsering som ska föranleda att ett avtal förklaras ogiltigt bör därför utformas på det sätt *Vägverket* har föreslagit.

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. Frågan om vilka rättsmedel och vilka regleringar som behövs utanför det direktivstyrda området har varit och är fortfarande föremål för diskussion. Hittills har samma rättsmedel gällt för det direktivstyrda och det icke direktivstyrda området. Regeringen finner inte skäl att frånga denna ordning. En stor del av de upphandlingar som genomförs ligger under EU:s tröskelvärden och bedömningen görs att det behövs effektiva sanktioner mot otillåten direktupphandling även för upphandlingar utanför det direktivstyrda området. Möjligheten att ogiltigförklara ett avtal som slutits mellan upphandlande myndighet eller enhet och en leverantör bör därför, även med beaktande av vad remissinstanserna har anfört, införas även vid underlåtenhet att följa bestämmelserna om föregående annonsering i 15 kap. LOU och LUF. Till skillnad från *Malmö kommun* anser regeringen att det inte finns anledning att vid tillämpning av 15 kap. LOU och LUF göra avsteg från de bedömningsgrunder för ogiltighet som föreslås gälla över tröskelvärdena.

Av Regeringsrättens avgörande i RÅ 2008 ref. 26 (SYSAV) följer att stat, kommuner och landsting är skyldiga att upphandla när de anskaffar varor och tjänster m.m. från hel- eller delägda företag. I promemorian *Upphandling från statliga och kommunala företag*, har föreslagits ett tillfälligt undantag i LOU från denna skyldighet (Ds 2009:36). Bestämmelsen gäller under förutsättning att två villkor är uppfyllda. Dessa villkor motsvarar de s.k. kontroll- och verksamhetskriterierna (Teckal-kriterierna) som har slagits fast i EU-domstolens praxis. Bestämmelsen föreslås träda i kraft den 1 juni 2010 och föreslås upphävas fr.o.m. den 1 januari 2013. När kontroll- och verksamhetskriterierna är uppfyllda utgör det avtal som sluts inte ett kontrakt i upphandlingslagstiftningens mening. Den nämnda promemorian har lett till en lagrådsremiss. Regeringen har vidare tillsatt en utredning, *Utredningen om kommunala företag* (Fi 2009:08), för att mer ingående utreda frågan om det i ett längre perspektiv finns behov av en bestämmelse motsvarande kontroll- och verksamhetskriterierna (dir. 2009:81). Utredningen ska redovisa sitt uppdrag senast den 30 november 2010.

## *Överträdelse av bestämmelserna om avtalsspärr*

Artikel 2d.1b i ändringsdirektivet föreskriver ogiltighet av avtal vid överträdelse av direktivets bestämmelser om avtalsspärr under vissa närmare angivna förutsättningar. Genomförandet av ändringsdirektivets bestämmelser om avtalsspärr behandlas i avsnitt 6. Av beaktandesats 18 i ändringsdirektivet framgår att syftet med bestämmelsen om ogiltighet av avtal är att förebygga allvarliga överträdelse av bestämmelserna om avtalsspärr.

Ändringsdirektivets bestämmelser om avtalsspärr föreslås i detta lagstiftningsärende 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 överträdelse 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 förvaltningsrätt 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 avtalsspärrens 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 avtalsspärrens 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 enligt regeringens mening 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 överträdelserna 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 reglering 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). 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 6.3 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. Möjligheten att ogiltigförklara avtal bör införas för upphandlingar såväl över som under tröskelvärdena, jfr vad som anförts ovan. Något tillräckligt tungt skäl att vad gäller förnyad konkurrensutsättning inom ett ramavtal göra undantag så att endast avrop över tröskelvärdena skulle omfattas av regleringen finns, enligt regeringens bedömning, inte.

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 överträdelserna 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 föreslagna tidsfrister (se avsnitt 8.7.3), ska avtalet alltså gälla.

Överprövning av upphandlingar sker i dag i allmän förvaltningsdomstol efter ansökan av en leverantör. Någon ändring av denna ordning är enligt regeringens mening inte aktuell. En talan om ogiltighet av ett avtal innebär att domstolen ska pröva om bestämmelserna i upphandlingslagarna iakttagits. Prövningen kan komma att avse bestämmelserna om annonsering, avtalsspärr eller förnyad konkurrensutsättning inom ett ramavtal och bedömningen av om ett fel som har begåtts medfört att en leverantör lidit eller kan komma att lida

skada. Dessa bedömningar kan i stor utsträckning aktualiseras även i mål om överprövning innan avtal har slutits och passar således väl för handläggning i allmän förvaltningsdomstol. I likhet med flera av remissinstanserna, bl.a. *Konkurrensverket*, *Juridiska fakultetsnämnden vid Stockholms universitet* och *Sigtuna kommun*, anser regeringen mot denna bakgrund att det är ändamålsenligt att även att prövningen av ett avtals giltighet sker i allmän förvaltningsdomstol. De i följande avsnitt föreslagna undantagen från att ett avtal ska förklaras ogiltigt medför inte att regeringen gör någon annan bedömning av frågan om vilket domstolsslåg som ska överpröva avtal enligt upphandlingslagstiftningen. Till skillnad från bl.a. *Kammarrätten i Stockholm* och *Advokatfirman Lindahl KB* anser regeringen därför att någon ytterligare analys av vilket domstolsslåg som ska pröva frågor om bl.a. ogiltighet av avtal inte behövs. Sammanfattningsvis föreslår regeringen således att även dessa frågor ska prövas av de allmänna förvaltningsdomstolarna.

Vad gäller frågan om vem som ska vara part i ett mål om överprövning av ett avtals giltighet, se avsnitt 8.10.

För att tydliggöra vad domstolens överprövning avser bör det, i linje med vad *Kammarrätten i Stockholm* har föreslagit, av rubriken till de aktuella paragraferna i LOU och LUF framgå att prövningen avser 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. Det är alltså fråga om en civilrättslig ogiltighet. 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.

I promemorian gjordes bedömningen att ogiltigförklaringen bör innebära ett retroaktivt upphörande av alla avtalsskyldigheter. I promemorian gjordes också bedömningen att rättsverkningarna av att ett avtal förklaras ogiltigt inte bör regleras särskilt.

Flera remissinstanser har kritiserat förslaget och ansett att ogiltigförklaringen endast bör avse framtida förpliktelser.

Regeringen ifrågasätter om en sådan lösning i praktiken skulle vara lämpligare. I båda fallen kan praktiska problem uppkomma vid avtalets upphörande. Ett tungt vägande skäl för att ogiltigheten ska medföra ett retroaktivt upphörande av alla skyldigheter är att det torde ha en större preventiv effekt på upphandlande myndigheter och enheter än om ogiltigheten begränsas till att omfatta de skyldigheter som ännu inte fullgjorts. Vidare torde leverantörer allmänt sett ha ett större intresse av att föra talan om ogiltighet av avtal om bifall till talan skulle innebära en

möjlighet att vid en förnyad upphandling tilldelas hela kontraktet och inte enbart det som eventuellt inte redan fullgjorts. Övervägande skäl talar därför, enligt regeringens mening, för att ogiltigheten ska medföra ett retroaktivt upphörande av alla avtalsskyldigheter. Lösningen får även antas överensstämma med vad som i hög grad gäller i andra förmögenhetsrättsliga sammanhang. Det är inte nödvändigt eller lämpligt att i LOU och LUF reglera rättsverkningarna av en domstols ogiltigförklaring av ett avtal. Då ogiltigheten innebär ett retroaktivt upphörande av alla avtalsskyldigheter kräver ändringsdirektivet därmed inte att någon alternativ sanktion – utöver ogiltigförklaringen – ska påföras den upphandlande myndigheten eller enheten.

Frågan om möjligheten till skadestånd för en leverantör som har ingått ett avtal som sedan förklaras ogiltigt behandlas i avsnitt 11.2.

## 7.2 När ogiltigförklaring av ett avtal inte får ske

### 7.2.1 Tvingande hänsyn till ett allmänintresse

**Regeringens förslag:** Om det finns tvingande hänsyn till ett allmänintresse, ska domstolen besluta att avtalet får bestå.

**Promemorians förslag** överensstämmer med regeringens.

**Remissinstanserna:** Endast ett fåtal remissinstanser har yttrat sig särskilt om förslaget. Av dessa tillstyrks det av *Konkurrensverket*. *Försvarets materielverk (FMV)* anför att det är väsentligt att undantaget faktiskt blir möjligt att tillämpa och inte tolkas allt för restriktivt och att det nya försvarsupphandlingsdirektivet innehåller bestämmelser som skulle kunna tjäna till ledning för tolkning av begreppet. Verket anser att det är bra att det är fråga om en helhetslösning såtillvida att det inte kan bli fråga om att endast en del av ett avtal får bestå medan en annan del förklaras ogiltigt. Om en alternativ lösning avseende rättsverkningarna av ogiltighet inte införs för de fall som inte riktigt inryms under tvingande hänsyn till ett allmänintresse men ändå medför stora ekonomiska, praktiska och andra problem om redan utförda prestationer ska återgå utgår FMV från att tolkningen måste påverkas även av vissa sådana faktorer och därmed bli något mindre restriktiv än vad som annars skulle vara fallet. *Konkurrenskommissionen* förordar att det i lagtexten tydligt anges att det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att visa att sådana exceptionella omständigheter som kan medföra att ett avtal får bestå.

**Skälen för regeringens förslag:** 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 bl.a. kostnader för förseningar i samband med fullgörandet av avtalet, kostnader i samband med inledandet av ett nytt upphandlingsförfarande, 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.

Begreppet tvingande hänsyn till allmänintresset finns, som *FMV* har påpekat, även i Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/81/EG av den 13 juli 2009 om samordning av förfarandena vid tilldelning av vissa kontrakt för byggtreprenader, varor och tjänster av upphandlande myndigheter och enheter på försvars- och säkerhetsområdet och om ändring av direktiven 2004/17/EG och 2004/18/EG.

I artikel 4.8 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/123/EG av den 12 december 2006 om tjänster på den inre marknaden (tjänstedirektivet)<sup>19</sup> 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.”*

<sup>19</sup> EUT L 376, 27.12.2006, s. 36

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

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. Det ligger, enligt regeringens mening, i sakens natur att den som åberopar att en sådan undantagssituation är för handen, dvs. den upphandlande myndigheten eller enheten, också har bevisbördan för detta. Det bedöms inte, såsom *Konkurrenskommissionen* förordat, nödvändigt att i lagtext reglera bevisbördans placering.

Det ankommer på de allmänna förvaltningsdomstolarna att, utifrån de särskilda omständigheterna i ett enskilt mål om överprövning av ett avtals giltighet, tolka begreppet tvingande hänsyn till ett allmänintresse och bedöma om förutsättningarna för att låta avtalet bestå är uppfyllda.

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 9.2).

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 en möjlighet att avstå från ogiltigförklaring om det finns tvingande hänsyn till ett allmänintresse.



## 7.2.2 Överträdelse av avtalsspärr

**Regeringens 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 upphandlingslagarna som inte inneburit att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, ska inte medföra att ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet eller enhet och en eller flera leverantörer kan förklaras ogiltigt.

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

**Promemorians förslag och bedömning** överensstämmer med regeringens.

**Remissinstanserna:** *Konkurrensverket* tillstyrker förslaget. *Konkurrenskommissionen* anser att bestämmelsen om att en överträdelse av avtalsspärr ska medföra ogiltighet endast om den klagande leverantören lidit eller kan komma att leda skada öppnar för osäkerhet om när ogiltighet kan komma att drabba ett avtal och att avtalsspärren därför bör gälla utan undantag. Övriga remissinstanser har inte haft några invändningar mot promemorians förslag och bedömning.

**Skälen för regeringens förslag och bedömning:** 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 7.1 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 överträdelser 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 har slutits mellan en upphandlande myndighet eller enhet och en 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. Regeringen ansluter sig till den bedömning som gjorts i promemorian att det varken ur leverantörsperspektiv eller från 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. Regeringen anser därför, till skillnad från *Konkurrenskommissionen*, att sådana överträdelser inte bör kunna leda till att ett avtal kan ogiltigförklaras enligt LOU eller LUF. När detta undantag från möjligheten att ogiltigförklara avtal införs i svensk rätt kräver ändringsdirektivet att sådana överträdelser i stället ska leda till att en alternativ sanktion påförs den upphandlande myndigheten eller enheten (se avsnitt 9.2). En överträdelse av en bestämmelse om avtalsspärr kommer, under förutsättning att en leverantör ansöker om överprövning, alltså att innebära någon form av sanktion för den upphandlande myndigheten eller enheten.

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.

### 7.2.3 Underrättelse vid förnyad konkurrensutsättning inom ett ramavtal

**Regeringens 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 har iakttagits ska ett ingånget avtal inte kunna ogiltigförklaras.

**Promemorians förslag** överensstämmer med regeringens.

**Remissinstanserna:** Den enda remissinstans som yttrat sig i frågan, *Konkurrensverket* tillstyrker förslaget och anför att även om det av lydelsen av 16 § får anses följa att den upphandlande myndigheten likaledes måste iaktta en förlängd avtalsspärr enligt 9 och 10 §§ som automatiskt inträder vid en ansökan om överprövning av beslut, bör detta förhållande tydliggöras.

**Skälen för regeringens förslag:** I avsnitt 6.3 har föreslagits undantag från avtalsspärr vid förnyad konkurrensutsättning inom ett ramavtal. Vidare har i avsnitt 7.1 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). Vidare bör det även i detta fall stå en upphandlande myndighet fritt att iaktta en längre avtalsspärr.

Om den upphandlande myndigheten väljer att iaktta en avtalsspärr enligt 16 kap. 6 § och en ansökan om överprövning anhängiggörs i rätt tid följer, som *Konkurrensverket* framhåller, av 16 kap. 9 § att en förlängd avtalsspärr inträder och av 16 kap. 10 § att en tiodagarsfrist gäller efter förvaltningsrättens avgörande.

#### 7.2.4 Förhandsinsyn inom det direktivstyrda området

**Regeringens förslag:** Upphandlande myndigheter och enheter ska till Europeiska kommissionen 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 har publicerats (förhandsinsyn).

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

**Promemorians förslag** överensstämmer med regeringens.

**Remissinstanserna:** Flertalet av de remissinstanser som yttrat sig i denna del tillstyrker förslaget, bl.a. *Konkurrensverket*, *Sunne kommun*, *Malmö kommun* och *Stockholms läns landsting*. *Företagarna* utgår från att förhandsinsynen inte påverkar möjligheten för Konkurrensverket att vid behov ingripa med marknadsskadeavgift. *Advokatfirman Delphi* anser att det bör tydliggöras att Konkurrensverket även om förhandsinsynsförfarandet iakttagits kan föra talan om marknadsskadeavgift om verket finner att grund för förhandlat förfarande utan föregående annonsering inte föreligger och att möjlighet ska finnas för domstol att lämna förhandsinsynsförfarandet utan avseende och ogiltigförklara avtal i de fall då användandet av förhandsinsyn har varit uppenbart ogrundat. *Konkurrenskommissionen* avstyrker tidsfristen om tio dagar som allt för kort för att berörda leverantörer ska ges effektiv möjlighet att uppmärksamma och reagera mot otillåtna direkttilldelningar

och anser att en tidsfrist på 30 dagar framstår som mer ändamålsenlig från rättssäkerhetssynpunkt.

**Skälen för regeringens förslag:** Medlemsstaterna är enligt artikel 2d.4 i ändringsdirektivet skyldiga att införa bestämmelser om förhandsinsyn. Bestämmelserna innebär att en upphandlande myndighet eller enhet som anser 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. 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.

Institutet förhandsinsyn säkerställer att ett avtal inte kan komma att ogiltigförklaras. Det hindrar emellertid inte att marknadsskadeavgift påförs eller att skadeståndsskyldighet gentemot en leverantör inträder.

Genom förhandsinsynen kan leverantörer som anser att en upphandlande myndighet eller enhet inte har grund för att tilldela ett kontrakt utan föregående annonsering ansöka om överprövning. Regeringen anser att denna möjlighet, tillsammans med tillsynsmyndighetens möjlighet att föra talan om marknadsskadeavgift och leverantörers möjlighet att väcka talan om skadestånd, innebär att det finns tillräckliga möjligheter att ingripa. Det bör därför inte i LOU och LUF införas någon möjlighet att ogiltigförklara ett avtal på grund av att det varit uppenbart ogrundat att tillämpa institutet förhandsinsyn.

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. Annonstens format är reglerad i kommissionens förordning (EG) nr 1150/2009<sup>20</sup>.

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

<sup>20</sup> Kommissionens förordning (EG) nr 1150/2009 av den 10 november 2009 om ändring av förordning (EG) nr 1564/2005 i fråga om standardformulär för offentliggörande av meddelanden inom ramen för anbudsförfaranden i enlighet med rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG (EUT L 313, 28.11.2009, s. 3).

anbudsgivarna med ett elektroniskt medel (se avsnitt 6.1). *Konkurrenskommissionen* anser att en tidsfrist om tio dagar är alltför kort. Regeringen, som konstaterar att direktivets minimifrister har valts vid genomförande av andra bestämmelser i LOU och LUF, gör bedömningen att denna är väl avvägd även för förhandsinsyn. Vid förhandsinsyn enligt upphandlingslagarna ska avtalsspärren därför vara tio dagar.

### 7.2.5 Förhandsinsyn inom det icke direktivstyrda området

**Regeringens förslag:** Upphandlande myndigheter och enheter ska få publicera ett särskilt meddelande om sin avsikt att genomföra en direktupphandling och iakttä en särskild period med avtalsspärr genom att inte ingå avtal förrän tio dagar gått från det att annonsen publicerats. Publicering ska ske i en elektronisk databas som är allmänt tillgänglig.

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

Det ska upplysas om att regeringen meddelar föreskrifter om förhandsinsyn.

**Promemorians förslag och bedömning:** Överensstämmer med regeringens förslag utom vad avser att annonsering ska ske i en elektronisk databas som är allmänt tillgänglig. I promemorian föreslogs att annonsering skulle ske i en för ändamålet inrättad nationell databas och bedömningen gjordes att en myndighet borde få i uppgift att ansvara för den nationella databasen.

**Remissinstanserna:** Remissutfallet är blandat. *Konkurrensverket*, *Sunne kommun* och *Stockholms läns landsting* tillstyrker förslaget. *Domstolsverket*, *Region Skåne*, *Sveriges Kommuner och Landsting (SKL)* och *Sveriges Offentliga Inköpare (SOI)* avstyrker förslaget eftersom de anser att möjligheten att förklara avtal ogiltiga inte ska införas utanför det direktivstyrda området. *Domstolsverket* anför att om förslaget om ogiltighet genomförs för upphandlingar enligt 15 kap. motsätter sig verket i och för sig inte ett införande av förhandsinsynsförfarandet även för de icke direktivstyrda upphandlingarna. *Malmö kommun* tillstyrker metoden med förhandsinsyn för att garantera avtalets orubblighet och anför att om det även vid direktupphandling ska kunna följa obligatorisk ogiltighet är metoden med förhandsinsyn en lämplig lösning att eliminera ogiltighetspåföljden. *Transportstyrelsen* ställer sig tveksam till att införa regler för direktupphandling som formaliserar denna upphandlingsform genom att myndigheter tvingas iakttä en avtalsspärr för att försäkra sig om avtalets giltighet. *Företagarna* anför att institutet förhandsinsyn utgör en säkerhetsventil för de inblandade parterna i fråga om risken för framtida ogiltighetstalan och skapar en ökad transparens kring direktupphandlingar, vilket är välkommet i sig. *Konkurrensverket* anser att det bör framgå att upphandlande myndigheter och enheter på liknande sätt som enligt artikel 3 a i ändringsdirektivet ska motivera skälen för att tilldela ett kontrakt utan föregående offentliggörande i en allmänt

tillgänglig databas eller liknande. Det kan också övervägas om särskilt upprättade formulär ska finnas för detta ändamål. *Domstolsverket* ser ingen anledningen till att förhandsinsyn för upphandlingar enligt 15 kap. ska publiceras i en egen databas, utan anser att det vore enklare att ha en och samma databas för samtliga annonser vid upphandling enligt 15 kap. *Fortifikationsverket* anser det mindre lämpligt att leverantörer ska behöva bevaka flera databaser och avstyrker förslaget att en myndighet ska ansvara för en sådan databas. Sådana meddelanden bör publiceras i en allmänt tillgänglig databas, så att samma regler gäller som för annonsering i andra sammanhang. *Konkurrensverket* avstyrker förslaget att det införs en särskild nationell databas för förhandsinsyn avseende upphandlingar enligt 15 kap. LOU och LUF. *Kammarkollegiet* anser att frågan om vilka databaser som ska finnas tillgängliga inom upphandlingsområdet bör utredas särskilt. Antingen bör man överväga att etablera en myndighetsdriven gemensam nationell databas för all annonsering i samband med upphandling under tröskelvärdena eller så bör man hålla fast vid nuvarande annonseringsförfarande med marknadsdrivna annonsdatabaser. *Verket för högskoleservice (VHS)* anser att det möjligen skulle kunna ifrågasättas om inrättandet av en nationell databas för att hantera förhandsinsyn enligt 15 kap. är det mest ändamålsenliga. Enligt VHS erfarenheter begär de kommersiella databaser som existerar i dag information från varandra, så att samma information finns hos samtliga av dessa. Samtidigt ser VHS vissa fördelar med att inrätta en databas som ägs av staten, varför förslaget tillstyrks. Man har tidigare tagit ställning för att låta marknaden hantera annonsdatabaser, något som i och för sig fungerat väl. I samband med att ett beslut enligt ovan fattas, bör man dock överväga den fortsatta hanteringen av frågan. *Region Skåne* och *SKL* har inget att erinra mot förslaget att publiceringen av meddelandet om förhandsinsyn ska ske i en nationell databas som inrättas för ändamålet vid upphandling enligt 15 kap. LOU och LUF. Det blir dock något förvirrande om upphandlingar vid förenklad upphandling och urvalsupphandling ska annonseras i allmänt tillgängliga databaser, upphandling enligt LOV i Kammarkollegiets för ändamålet upprättade särskilda databas och nu ytterligare en särskild databas. *Halmstads kommun* anser att det enklaste vore att ha en databas för samtliga annonser vid upphandling enligt 15 kap. LOU och LUF samt LOV.

**Skälen för regeringens förslag:** Som behandlats ovan kräver ändringsdirektivet att bestämmelser om förhandsinsyn införs för upphandlingar över tröskelvärdena i vissa situationer. Det föreslås att det i 15 kap. LOU och LUF införs ett antal nya grunder för direktupphandling (se avsnitt 16.3.4). 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 föreligga incitament för leverantörerna att bevaka de upphandlingar som offentliggörs i enlighet med förslaget.

Mot bakgrund av det anförda anser regeringen 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 att det ska fastställas en direktupphandlingsgräns (se avsnitt 16.3.2). 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 (jfr vad som anförts ovan avseende artikel 3 a i ändringsdirektivet), regleras genom förordning.

I promemorian gjordes bedömningen att förhandsinsyn enligt 15 kap. LOU och LUF skulle ske genom offentliggörande i en nationell databas som inrättas för ändamålet. Det ansågs mindre lämpligt att överlåta till marknadens aktörer att ansvara för publiceringen av förhandsinsynsannonser. Det ansågs inte rimligt för leverantörerna att behöva bevaka flera databaser och hinna med att utforma en ansökan om överprövning under avtalsspärrens tio dagar. Många remissinstanser har dock framfört kritik mot förslaget. Kritiken har i huvudsak bestått i att det skulle innebära en belastning på grund av att leverantörerna måste bevaka ytterligare en databas. Regeringen ansluter sig till vad som har framförts i denna del och gör därför bedömningen att publicering av annonser om förhandsinsyn enligt 15 kap. LOU och LUF bör ske på samma sätt som annonser om upphandling i övrigt för det icke direktivstyrda området, dvs. i en elektronisk databas som är allmänt tillgänglig.

## 8 Vissa domstolsfrågor och tidsfrister

### 8.1 Rättens beslut före och efter ingående av avtal

<p><b>Regeringens bedömning:</b> Rätten bör i enlighet med nu gällande ordning, vid bifall till ett yrkande om överprövning av en upphandling, få besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts. Efter det att avtal har slutits ska rätten i ett mål om överprövning enbart kunna besluta om ogiltigförklaring av avtalet.</p>
---

**Promemorians förslag:** Överensstämmer inte med regeringens bedömning. I promemorian föreslogs att 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.

**Remissinstanserna:** Av de remissinstanser som tar upp frågan särskilt är det är något fler som tillstyrker förslaget än som avstyrker det. Några remissinstanser uttrycker tveksamhet till förslaget.

*Domstolsverket* anför att prövningen i domstol kan bli något enklare och att det bör vara upp till den upphandlande myndigheten att avgöra hur denna vill agera i fråga om en upphandling ska göras om eller rättas eller inte alls komma till stånd. *Stockholms läns landsting* anför att det är korrekt att det endast är den upphandlande myndigheten som, precis som vilken annan köpare som helst, avgör hur man bör agera i fråga om en upphandling ska ske eller inte. *Svenskt Näringsliv* anser att det bör ankomma på den felande upphandlande myndigheten att själv avgöra på vilket sätt regelöverträdelsen ska botas. *Kammarrätten i Göteborg* anför att institutet rättelse inte sällan är praktiskt olämpligt och innebär tillämpningsproblem för domstolen. *Halmstads kommun, Region Skåne* och *Sveriges Kommuner och Landsting (SKL)* anför att en rättelse lätt kan skapa fel i andra delar av upphandlingen, så att andra leverantörer, och inte minst den upphandlande myndigheten eller enheten, drabbas negativt av domstolens beslut. I många fall har den upphandlande myndigheten eller enheten, trots domstolens beslut om rättelse ansett sig inte kunna följa domstolens beslut utan avbrutit upphandlingen och gjort om den. Följden har ofta blivit att även avbrytandet har blivit föremål för överprövning, varvid avbrytandet trots allt har godtagits om den upphandlande myndigheten eller enheten har kunnat visa sakliga skäl för avbrytandet. *Malmö kommun* anför att den nuvarande ordningen ofta blir knepig och ibland direkt opassande, när t.ex. anbudens giltighetstider har gått ut eller det föreligger andra omständigheter som kommer fram vid den nya prövningen. *Konkurrenskommissionen* anför att en effekt av förslaget torde kunna bli att myndigheter och enheter i större utsträckning avbryter och gör om felaktiga upphandlingar i stället för att rätta sig genom exempelvis nytt tilldelningsbeslut. Detta riskerar på sikt att leda till en ökning av antalet mål om skadestånd enligt LOU och LUF genom att leverantörer som rätteligen skulle ha vunnit den första upphandlingen söker kompensation. *Juridiska fakultetsnämnden vid Stockholms universitet* påtalar behovet av tydliga förarbeten avseende den upphandlande myndighetens ramar eller riktlinjer när den ska besluta om rättelse eller att göra om upphandlingen.

*Konkurrensverket, Sunne kommun* och *Företagarna* anser att nuvarande ordning är väletablerad och välfungerande. Förslaget bedöms bl.a. innebära en försämring avseende leverantörernas rättsskydd. Även *Sveriges advokatsamfund* anser att nuvarande ordning fungerar väl och att domstolarnas rättspraxis bidrar till en ökad förståelse och efterlevnad av upphandlingsreglerna. *Länsrätten i Skåne län* anser att nuvarande ordning är väl inarbetad och medför domslut som är tydliga och



begripliga både för upphandlande myndigheter respektive enheter och leverantörer samt att det finns en risk att ett domslut enligt förslaget medför en osäkerhet hos upphandlande myndigheter och enheter om hur domen ska efterföljas. *Advokatfirman Delphi* anser att nuvarande ordning har visat sig vara både välfungerande och välbehövlig samt anför att det är ytterst ovanligt att domstolarna väljer fel påföljd. Det är en i det närmaste orimlig arbetsbörda att lägga på de mindre upphandlande myndigheterna och enheterna att känna till den ganska omfattande praxis som finns. Förslaget ter sig mycket udda, för att inte säga ogenomförbart, i de mål där en leverantörs ansökan om överprövning medges av den upphandlande myndigheten eller enheten. *Post- och telestyrelsen (PTS)* anser att förslaget äventyrar rättssäkerheten. *Läkemedelsindustriföreningen* ser en risk i att olika upphandlande myndigheter kan komma att välja olika rättsföljder trots att förutsättningarna är i allt väsentligt desamma, och leverantörer därigenom inte kommer att likabehandlas. Några remissinstanser, bl.a. *PTS och Stockholms Handelskammare* ser en risk för att förslaget leder till fler överprövningsprocesser. *Sveriges advokatsamfund* anför att i den mån ändrade förhållanden i ett enskilt fall kan beaktas i valet av lämplig åtgärd bör detta, efter återopande av omständigheterna av den upphandlande myndigheten eller enheten, prövas inom ramen för domstolsförärandet. Om den upphandlande myndigheten eller enheten först efter meddelad dom upplever sig förhindrad att verkställa denna på grund av därefter ändrade förhållanden, finns möjlighet att besluta att avbryta upphandlingen under förutsättning att sakliga skäl för detta kan anses föreligga.

*Länsrätten i Värmlands län* vill att möjligheten att upphäva beslut om upphandling införs som tillägg till övriga ingripanden. *Kammarrätten i Göteborg, Konkurrensverket och Sveriges advokatsamfund* invänder mot att begreppet ”beslut” används i sammanhanget. *Konkurrensverket* anser att ordet kan ge en felaktig uppfattning om att endast mer kvalificerade moment, såsom tilldelningsbeslut, i upphandlingsprocessen kan överprövas. *Sveriges advokatsamfund* påpekar att en överprövning i vissa fall till och med rör en icke företagen åtgärd och att ett domslut att upphäva beslutet i ett sådant fall framstår som konstruerat. *Konkurrensverket* delar bedömningen att en ogiltigförklaring av ett avtal får anses innebära att ett tilldelningsbeslut inte längre gäller, men anser att denna rättsföljd torde kunna tydliggöras.

## **Skälen för regeringens bedömning**

### *Rättens beslut 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 vad utredningen anfört.

Som utredningen konstaterade i slutbetänkandet förefaller dagens regler om överprövning gå längre än vad rättsmedelsdirektiven kräver genom att domstolen ska ange hur den upphandlande myndigheten eller enheten ska agera (SOU 2006:28 s. 312). 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 utmynna 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, dvs. 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 anförda talar, enligt regeringens mening, för att det är 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 skulle, som flera remissinstanser är inne på, 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. Till detta kommer att det närmast anses gälla en åberopsbörda i överprövningsmål enligt LOU och LUF, dvs. rätten bör inte beakta omständigheter som inte har åberopats av parterna (jfr Regeringsrättens dom den 13 november 2009, mål nr 7287-08), 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 skulle upphöra om rättsens beslut vid bifall inte kan leda till en annan utgång i målet än att beslutet om upphandling upphävs.

Det finns således flera fördelar med en ändring av rådande ordning och det är många remissinstanser som instämmer i den bedömningen. Regeringen konstaterar dock att många remissinstanser är kritiska till förslaget i promemorian och är inte heller övertygade om fördelarna med en ändring. *Länsrätten i Skåne län* och *PTS* anser att förslaget medför ökad ovisshet om följderna av en framgångsrik talan i domstol. Vissa remissinstanser, bl.a. *Länsrätten i Östergötlands län* och *Johnson & Johnson*, hävdar att det finns en risk för fler överprövningar och att det ställer mycket höga krav på kompetens hos de upphandlande myndigheterna respektive enheterna att veta när rättelse eller att göra om ska vara följden av rättsens avgörande. Enligt regeringens mening visar dessa synpunkter och övriga argument mot förslaget i promemorian att det finns flera svagheter i förslaget. Dessutom framkommer att den nuvarande ordningen enligt många remissinstanser fungerar väl. Vid en samlad bedömning av övervägandena i promemorians och de synpunkternas som framförts i denna fråga, är regeringen för närvarande inte övertygad om att fördelarna med en ändring enligt förslaget i promemorian överväger nackdelarna. Någon ändring i förhållande till gällande ordning föreslås därför inte.

## *Rättens beslut efter att avtal har slutits; ogiltigförklarande av avtal*

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 har slutits mellan en upphandlande myndighet eller enhet och en leverantör ska kunna ogiltigförklaras, se avsnitt 7.1. 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 en upphandlande myndighet eller enhet och en 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.

## 8.2 Interimistiska beslut

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

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

**Promemorians förslag** överensstämmer med regeringens.

**Remissinstanserna:** Av de remissinstanser som har yttrat sig i frågan tillstyrks förslaget av *Fortifikationsverket*, *Länsrätten i Skåne län* och *Konkurrenskommissionen*. *Kammarrätten i Sundsvall* ifrågasätter avsaknaden av möjligheten att förordna att upphandlingen inte får fortsätta överensstämmer med artikel 2.1a i direktivet. *Länsrätten i Stockholms län* anser att det bör tydliggöras att rätten endast kan besluta interimistiskt när avtalsspärr eller förlängd avtalsspärr inte gäller.

**Skälen för regeringens förslag:** 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 en upphandling kommer införandet av en förlängd avtalsspärr i förvaltningsrätt, som inträder när en ansökan om överprövning kommit in till domstolen, sannolikt att minska behovet av interimistiska beslut i upphandlingsprocessen (se avsnitt 6.4). Den förlängda avtalsspärr innebär nämligen att avtal inte får ingås och det finns därför, som *Länsrätten i Stockholms län* varit inne på, inget behov av något interimistiskt förordnande. 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 ska 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. Denna möjlighet bedöms motsvara vad som i dag gäller avseende interimistiska förordnanden enligt LOU och LUF. Att hindra att avtal sluts bedöms vara tillräckligt för att säkerställa att ett eventuellt bifall till en leverantörs talan mot ett beslut om upphandling blir verkningfullt. Det bör därför inte, vilket *Kammarrätten i Sundsvall* frågat, på grund av artikel 2.1 a i första och andra rättsmedelsdirektiven vara nödvändigt att i LOU och LUF införa en möjlighet för rätten kunna förordna att en upphandling inte får fortsätta.

Vidare föreslås en möjlighet för leverantörer att ansöka om överprövning av avtal som slutits mellan upphandlande myndighet respektive enhet och leverantör (se avsnitt 7). 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 6.4 att rätten interimistiskt ska kunna upphäva en förlängd avtalsspärr.

### 8.3 Vitesbestämmelsen i försörjningslagen

**Regeringens 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.

**Promemorians förslag** överensstämmer med regeringens.

**Remissinstanserna:** Endast en remissinstans yttrar sig specifikt i frågan. *Konkurrenskommissionen* avstyrker förslaget och förordar att en motsvarande bestämmelse införs i LOU. Kommissionen anför att syftet med vitet ska vara att skapa en effektiv press på upphandlande enheter och myndigheter att korrekt iaktta bestämmelserna om upphandling, också för de fall att andra sanktionsmedel kan vara parallellt tillämpliga.

**Skälen för regeringens förslag:** Enligt 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 ÄLOU.

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 förbudsföreläggandet 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 överförs 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 ÅLOU (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. Bestämmelsen i 16 kap. 2 § första stycket LUF uppfyller 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 har föreslagits att möjligheten för rätten att meddela interimistiskt beslut kvarstår i de fall en avtalsspärr inte gäller (se avsnitt 8.2). Således kommer svensk rätt även fortsättningsvis att uppfylla andra rättsmedelsdirektivets krav och det krävs därför inte att någon vitesbestämmelse ska finnas. Mot denna bakgrund, och då vitesbestämmelsen sällan har använts, anser regeringen till skillnad mot *Konkurrenskommissionen*, att bestämmelsen bör tas bort ur LUF. Det finns inte anledning att tro att behovet av en vitesbestämmelse skulle vara större inom den klassiska sektorn än inom försörjningssektorerna. Det klassiska direktivet innehåller inte heller någon motsvarande bestämmelse. En möjlighet för rätten att vid vite förbjuda en upphandlande myndighet att fortsätta en upphandling utan att avhjälpa bristerna bör därför inte, vilket *Konkurrenskommissionen* har förordat, införas i LOU.

## 8.4 Preklusionsfrist

### 8.4.1 Ändringsdirektivet

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 avtalsparren. 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.

### 8.4.2 Preklusionsfrist i upphandlingslagstiftningen

**Regeringens bedömning:** En preklusionsfrist för ansökningar om överprövning avseende de inledande momenten i en upphandling bör inte införas.

**Promemorians bedömning** överensstämmer med regeringens.

**Remissinstanserna:** Remissutfallet är blandat. *Länsrätten i Skåne län, Verket för högskoleservice (VHS), Banverket, Konkurrensverket, Västra Götalands läns landsting, Företagarna, Sveriges Kommuner och Landsting (SKL), Sveriges Arkitekter* och *Konkurrenskommissionen* instämmer i den bedömning som görs i promemorian. *VHS* ser stora tillämpningsproblem med en preklusionsregel på grund av oundvikliga gränsdragningsproblem kring om en klagan rör ett krav i sig självt, eller om det rör tillämpningen av kravet. Domstolarna kommer sannolikt att i de fallen gå på det minst ingripande alternativet, varför en preklusionsregel i praktiken kommer att ha liten effekt. *Banverket* anser mot bakgrund av den analys som gjorts i promemorian att det i nuläget inte är befogat att införa regler om preklusion. Det finns dessutom flera andra vägar att arbeta för att önskvärd tydlighet omhändertas i ett tidigt skede. I dessa sammanhang kan nämnas att det inom bygg- och anläggningsbranschen finns en tradition av att frivilligt nyttja de standardavtal som framförhandlats genom Byggandets Kontraktskommitté. Vidare förs diskussioner genom forumet Förnyelse i Anläggningsbranschen (FIA) som syftar till att samla den svenska anläggningsbranschen för att effektivisera branschen på olika sätt. Inom FIA har bl.a. en rekommendation utfärdats som innebär att



anbudsgivarna ska verka för att i ett så tidigt skede som möjligt påtala brister som upptäcks i förfrågningsunderlagen. Enligt verkets bedömning har denna rekommendation haft effekt. *Konkurrensverket*, *Företagarna* och *Konkurrenskommissionen* uppger att det erfarenhetsmässigt är vanligt att det först i samband med tilldelningsbeslutet står klart för en leverantör att det funnits felaktigheter i förfrågningsunderlaget. *Västra Götalands läns landsting* och *SKL* anser att övervägande skäl talar emot att preklusionsfrist införs, men anser att någon form av frist borde införas i skadeståndsmål, dvs. har man inte sökt begränsa sin skada eller den skada man som leverantör kan komma att lida genom att inte ansöka om överprövning, borde det få konsekvenser i en senare skadeståndprocess. En sådan reglering kan tvinga fram överprövningsprocesser, något som Upphandlingsutredningen förde fram, men risken för det får anses liten.

*Länsrätten i Stockholms län* avstyrker förslaget och anser att frågan bör utredas ytterligare. *Flera remissinstanser bl.a. Försvarmakten, Riksgäldskontoret, Ekonomistyrningsverket (ESV), Skatteverket och Stockholms stad* avstyrker promemorians bedömning. *Försvarmakten* och *Göteborgs stad* anser att mycket tid skulle kunna sparas om en upphandlande myndighet efter överprövning i tidigt skede kunde avbryta och göra om en upphandling där förfrågningsunderlaget innehåller någon brist eller felaktighet i stället för att behöva vänta till en överprövning i samband med tilldelningsbeslutet. *ESV* och *Fortifikationsverket* anser att en preklusionsfrist skulle effektivisera processföringen. Alternativt kunde förutsättningarna att tilldelas skadestånd skärpas genom att ställa krav på att de skäl som begåtts också är det direkta skälet till att en anbudsgivare inte tilldelats kontraktet. *Skatteverket* anser att det i promemorian framförda argumentet om risk för parallella processer, finns redan i dag. *Transportstyrelsen* anser att det bör vara rimligt att en leverantör som upptäcker ett fel i förfrågningsunderlaget också påtalar det så tidigt som möjligt. EG-domstolen har i sin praxis bekräftat att preklusionsfrister är förenliga med gemenskapsrätten, däribland de båda rättsmedelsdirektiven. Vidare har domstolen bekräftat att skyndsamhets- och effektivitetsmålen i direktiven inte är uppfyllda då en leverantör väntar med en ansökan om överprövning tills tilldelningsbeslutet fattats om det leverantören vill klaga på är hänförligt till beslut i upphandlingsprocessen innan tilldelningsbeslut fattats, t.ex. i förfrågningsunderlaget. *Arbetsförmedlingen* anser att processen skulle bli effektivare, kvalitén höjas och belastningen på domstolarna skulle minska om preklusionsfrist infördes. *Stockholms stad* vill även framföra de icke klagande leverantörernas intressen. Även dessa torde föredra att upphandlingen inte överprövas i samband med tilldelningsbeslutet om frågan kan avgöras tidigare. Om felaktigheter i förfrågningsunderlaget upptäcks tidigare besparar de sig arbetet att skriva anbud i en upphandling som sedan inte får avslutas. *Östersunds kommun* och *Region Skåne* anser att det är alltför vanligt förekommande i dag att leverantörer uppfattar något oklart i förfrågningsunderlaget, men väljer att avvakta tilldelningsbeslutet och därefter begära överprövning om de inte tilldelas kontraktet. *Sveriges Offentliga Inköpare (SOI)* menar att en positiv effekt med preklusionsfrist är att leverantören de facto ger sig tid att läsa förfrågningsunderlaget, sätta sig in i myndighetens behov, väcka frågor och ifrågasätta dess innehåll. *SOI* bedömer att detta skulle medföra att

misstag kan rättas till utan domstolsprövning och en efterfrågad dialog med leverantören kommer på plats.

## **Skälen för regeringens bedömning**

### *Inledning*

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 kunde leda till ökade kostnader för upphandlingsförfarandet.

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 korrigering, 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 skadeståndsprövning, vill drabbas av en invändning från motparten om att leverantören inte sökt begränsa sin skada.

Avslutningsvis anfördes att en preklusionsfrist väcker vissa sekretessfrågor. För uppgift som rör anbudsansökningar eller anbud gäller absolut sekretess till dess att samtliga anbud offentliggjorts eller tilldelningsbeslut fattats eller upphandlingen avbrutits, (dåvarande 6 kap. 2 § tredje stycket sekretesslagen [1980:100]). Därefter gäller inte längre den absoluta sekretessen utan uppgifterna är offentliga, förutsatt att någon annan sekretessbestämmelse 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. Remissutfallet i fråga om utredningens slutsats om en preklusionsfrist var blandat. Flertalet av de remissinstanser som yttrade sig var positiva till att införa en preklusionsfrist. Många remissinstanser delade emellertid utredningens bedömning att en preklusionsfrist inte borde införas. Några remissinstanser uttryckte att ändringarna i rättsmedelsdirektiven borde avvaktas och att frågan därefter utredas ytterligare.

#### *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 EU-domstolens dom i målet C-470/99 *Universale-Bau AG* m.fl.

Frågan om införandet av en preklusionsfrist kan numera bedömas med beaktande av de förslag till genomförande av ändringsdirektivet, vilket Upphandlingsutredningen saknade möjlighet att göra.

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. Det var väntat att de regeländringar som trädde i kraft 2002 skulle medföra en ökning av antalet överprövningsmål.<sup>21</sup> Enligt Konkurrensverkets rapport *Länsrätternas domar om offentlig upphandling (2007:2)* överprövas mellan två och tre procent av de annonserade upphandlingarna.<sup>22</sup> 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.

<sup>21</sup> Prop. 2002/02:142 s. 90 ff.

<sup>22</sup> Konkurrensverket, *Länsrätternas domar om offentlig upphandling (2007:2)*, s. 7.

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, bl.a. från *Försvarsmakten* och *Göteborgs stad*, 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 återopade grunderna i de granskade avgörandena är att förfrågningsunderlaget varit behäftat med fel i något avseende.<sup>23</sup> 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 som upptäcker eventuella fel i de inledande momenten, tvingas agera i stället för att avvakta hur ett senare tilldelningsbeslut utfaller för deras del innan de ansöker om överprövning. Bestämmelser om preklusionsfrister 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, något som bl.a. *ESV* och *Fortifikationsverket* framhållit. EG-domstolen har i flera avgöranden, t.ex. målen *Universale-Bau AG m.fl.* och *C-327/00 Santex*, REG 2003 s. I-01877, uttalat intresset av en effektiv och skyndsamt 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 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 EU-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 unionsrättsliga 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, enligt regeringens mening, framför allt följande. I Konkurrensverkets rapport påtalas som nämnts att det ofta är de inledande momenten i en upphandling, såsom

<sup>23</sup> Konkurrensverket, Länsrätternas domar om offentlig upphandling (2007:2), s. 57.

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.<sup>24</sup> I linje med vad *Konkurrenskommissionen* anför i sitt remissvar har det även i andra sammanhang framförts att det inte är ovanligt att en anbudsgivare först vid tilldelningsbeslutet får klart för sig vad förfrågningsunderlaget har betytt för utvärderingen och först då har tillräcklig information för att avgöra om det finns anledning att begära överprövning eller inte.

Som flera remissinstanser framför får det 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 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 enligt regeringens mening en viss risk för ett ökat antal överprövningar som sker för säkerhets skull, eftersom leverantören kanske inte alltid vågar avvakta tilldelningsbeslutet. Utredningen påpekar också 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 korrigering och att detta inte skulle bidra till en korrekt tillämpning av de unionsrättsliga 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

<sup>24</sup> Konkurrensverket, Länsrätternas domar om offentlig upphandling (2007:2), s. 72.

kontakta 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 anser regeringen att nackdelarna får anses överväga de fördelar som finns. Även enligt nu gällande ordning 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. Mot denna bakgrund gör regeringen bedömningen att det för närvarande inte föreligger skäl för att införa preklusionsfrister i upphandlingslagstiftningen.

## 8.5 Underrättelse om en ansökan om överprövning

**Regeringens bedömning:** Krav bör inte ställas på att leverantören ska underrätta den upphandlande myndigheten eller enheten om sin avsikt att begära överprövning.

**Promemorians bedömning** överensstämmer med regeringens.

**Remissinstanserna:** Remissutfallet är blandat. *Fortifikationsverket*, *Konkurrensverket*, *Transportstyrelsen*, *Företagarna*, *Sveriges Kommuner och Landsting (SKL)* och *Konkurrenskommissionen* instämmer i bedömningen. *Sveriges Offentliga Inköpare (SOI)* anser att ett sådant krav skulle möjliggöra en bättre dialog med leverantören kring skälen för överprövningen, vilket skapar en ömsesidig förståelse för respektive parts ståndpunkter och bidrar till långsiktiga och hållbara förbättringar. *Länsrätten i Stockholms län* anser att det bör ställas krav på leverantörer att underrätta den upphandlande myndigheten eller enheten om sin avsikt att begära överprövning och att de närmare formerna för sådan underrättelse bör utredas ytterligare. Genom de föreslagna förändringarna om förlängd avtalsspärr och ogiltighet av avtal kommer det sannolikt att framstå som mycket angeläget för en upphandlande myndighet att, innan avtal ingås, få en bekräftelse på att någon ansökan om överprövning inte kommit in till domstol. Länsrätten ställer sig frågande till hur denna information ska komma den upphandlande myndigheten till handa. Med den nu föreslagna ordningen kan det förväntas att förvaltningsrätten kommer att få ta emot många förfrågningar om huruvida en ansökan om överprövning kommit in till domstolen. Att förmedla denna information kan befaras medföra en stor arbetsbelastning för rätten. Ordningen riskerar att även medföra frågor om ansvar och skadeståndsskyldighet. *Arbetsförmedlingen* anför att en skyldighet att underrätta den upphandlande myndigheten med stor sannolikhet skulle minska belastningen på domstolen. *Advokatfirman Delphi* anför att förfarandet att kontakta den upphandlande myndigheten respektive enheten för att bereda denna möjlighet att, efter att ha tagit del av leverantörens

argument, vidta frivillig rättelse (omprövning) ofta kan vara ett effektivt sätt att undvika en dyr och lång överprövning.

**Skälen för regeringens bedömning:** 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.

Regeringen föreslår nu att lagen (1930:173) om lagstadgad tid ska beaktas vid beräkningen av avtalsspärren och tidsfristen för att ansöka om överprövning, se avsnitt 8.8. Förslaget 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 effektivt denna administration i dag och ska även fortsättningsvis ombesörja detta. Regeringen bedömer, även med beaktande av de kritiska synpunkter som framförts, att den nuvarande ordningen inte behöver 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.

## 8.6 Ska en ansökan om överprövning först lämnas till upphandlande myndighet eller enhet?

<p><b>Regeringens bedömning:</b> Krav bör inte ställas på att en ansökan om överprövning först lämnas till den upphandlande myndigheten eller enheten.</p>
--

**Promemorians bedömning** överensstämmer med regeringens.

**Remissinstanserna:** Flertalet av de remissinstanser som yttrat sig särskilt i frågan, bl.a. *Fortifikationsverket*, *Transportstyrelsen*, *Arbetsförmedlingen*, *Sveriges Kommuner och Landsting*, *Sveriges Offentliga Inköpare*, *Advokatfirman Delphi* och *Konkurrenskommissionen*, instämmer i bedömningen. *Länsrätten i Östergötlands län* anser att frågan borde utredas vidare. Enligt domstolen visar erfarenheten att många gånger är den upphandlande myndigheten respektive enheten minst lika angelägen om en skyndsam handläggning som sökanden. Omprövningsförfarandet torde därmed ske skyndsamt och inte påverka den totala handläggningstiden av en begäran om överprövning nämnvärt. Tvärtom finns möjlighet att vissa yrkanden om

överprövningar inte behöver komma under förvaltningsdomstolarnas prövning.

**Skälen för regeringens bedömning:** 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 upphandlingslagarna. 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. De krav på snabb handläggning som hänvisats till tidigare gör sig alltjämt gällande och, i likhet med det stora flertalet av de remissinstanser som har yttrat sig i frågan, gör regeringen bedömningen att övervägande skäl talar för att behålla nuvarande ordning för upphandlingsprocessen. Det föreslås därför inte att en ansökan om överprövning först ska lämnas till den upphandlande myndigheten eller enheten.

## 8.7 Tidsfrister för ansökan om överprövning

### 8.7.1 Tidsfrist för ansökan om överprövning av en upphandling

**Regeringens förslag:** En ansökan om överprövning av en upphandling ska ha kommit in till förvaltningsrätten före utgången av avtalsspärren.

**Promemorians förslag:** Överensstämmer i allt väsentligt med regeringens. I promemorian föreslogs dock att det skulle anges att en ansökan om överprövning av ett beslut om upphandling ska ha kommit in till länsrätten före utgången av avtalsspärren.

**Remissinstanserna:** Flera remissinstanser tillstyrker förslaget, bl.a. *Konkurrensverket*, som dock förutsätter att bestämmelsen om avtalsspärr klargörs på lämpligt sätt. *Kammarrätten i Stockholm* anför att det ter sig främmande i det svenska rättssystemet att den upphandlande myndigheten kan välja avtalsspärr under en längre period och på detta sätt påverka fristen för överprövning. *Sveriges advokatsamfund* anför att



det för att anbudssökande och anbudsgivare inte ska gå miste om sin rätt till en effektiv prövning, är väsentligt att bestämmelserna om tidsfrister är tydliga och föreslår därför en tidsfrist om 15 dagar från det att underrättelse om tilldelningsbeslut skickats, oavsett på vilket sätt underrättelse har skickats. *Stockholms Handelskammare* anser att tiodagarsfristen för att ansöka om överprövning ska avse arbetsdagar i stället för kalenderdagar. *Advokatfirman Delphi* avstyrker förslaget och anser att ordningen som gäller i dag, dvs. att domstolen alltid är behörig att pröva ett överprövningsmål så länge upphandlingskontrakt inte har tecknats, bör bestå. Om detta inte är tänkt att gälla enligt förslaget måste lagtexten justeras eftersom den i detta avseende är högst oklar och motstridig. Även *Sveriges Offentliga Inköpare (SOI)* framför liknande synpunkter.

**Skälen för regeringens förslag:** 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 medel 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 förvaltningsrätten 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 avgörande 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 andra kommunikationsmedel används för att underrätta anbudssökandena

och anbudsgivarna om tilldelningsbeslutet. Om en kombination av elektroniska och andra kommunikationsmedel används är avtalsspärren 15 dagar. En längre tidsfrist för att ansöka om överprövning, utöver den tid under vilken avtalsspärren löper, bör inte vara nödvändig. Att tidsfristen för att ansöka om överprövning av en upphandling överensstämmer med avtalsspärren bedöms enkelt och tydligt för upphandlande myndigheter och enheter samt leverantörer. Regeringen anser, till skillnad från *Sveriges advokatsamfund*, att fristens längd inte bör vara oberoende av hur underrättelsen om tilldelningsbeslutet skickats. Om fristens längd skulle bestämmas till 15 dagar oberoende av hur tilldelningsbeslutet skickas, anser regeringen att fristen skulle bli väl lång med hänsyn till upphandlingsmålens förturskaraktär. 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. Vidare innebär i vissa fall förslaget om att den s.k. söndagsregeln ska tillämpas en förlängning av tidsfristen för att ansöka om överprövning jämfört med i dag, se avsnitt 8.8. Således kan minimifristerna i ändringsdirektivet användas och tidsfristen för ansökan om överprövning av en upphandling enligt LOU och LUF ska bestämmas till den period under vilken avtalsspärr gäller.

Om en ansökan om överprövning av en upphandling kommer in till förvaltningsrätten efter det att spärrperioden löpt ut, ska ansökan avvisas.

För upphandlingar där någon avtalsspärr inte gäller föreslås inte någon fastställd tidsfrist för att komma in med en ansökan om överprövning av upphandlingen. Av förslaget till 16 kap. 13 § LOU och LUF följer att domstolen inte ska pröva ett sådant mål om avtal har ingåtts, se avsnitt 8.9.

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 en 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.

## 8.7.2 Tidsfrist för ansökan om överprövning av ett beslut att avbryta en upphandling

**Regeringens förslag:** En ansökan om överprövning av ett beslut att avbryta en upphandling ska ha kommit in till förvaltningsrätten innan tio dagar har gått från det att den upphandlande myndigheten eller enheten skickat en underrättelse om beslutet att avbryta upphandlingen med något elektroniskt medel. Om underrättelsen skickats på annat sätt, eller genom en kombination av ett elektroniskt medel och något annat kommunikationsmedel, ska en ansökan om överprövning ha kommit in till förvaltningsrätten innan 15 dagar har gått.

**Promemorians förslag** överensstämmer med regeringens.

**Remissinstanserna:** Det stora flertalet av de remissinstanser som har yttrat sig särskilt i frågan tillstyrker förslaget. *Sveriges advokatsamfund* föreslår att tidsfristen ska vara 15 dagar från det att underrättelse skickats om beslutet att avbryta upphandlingen, oavsett på vilket sätt underrättelse har skickats.

**Skälen för regeringens förslag:** 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.

Det bedöms otillfredsställande att tiden för att ansöka om överprövning av ett beslut att avbryta en upphandling är obegränsad. I likhet med vad som förslagits i promemorian och som tillstyrkts av flera remissinstanser gör regeringen därför bedömningen 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. Regeringen anser, till skillnad från *Sveriges advokatsamfund*, att det är mest ändamålsenligt att fristens längd bör bero på hur underrättelsen om beslutet har skickats. Tidsfristen för att ansöka om överprövning av ett beslut att avbryta en upphandling kommer då att motsvara tidsfristen för att ansöka om överprövning av en upphandling (jfr föregående avsnitt).

### 8.7.3 Tidsfrister för ansökan om överprövning av ett avtals giltighet

**Regeringens förslag:** En ansökan om överprövning av giltigheten av ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet respektive enhet och en eller flera leverantörer med anledning av en otillåten direktupphandling, överträdelse av bestämmelserna om avtalsspärr eller av bestämmelserna om förnyad konkurrensutsättning inom ett ramavtal ska ha kommit in till förvaltningsrätten

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 ett 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.

**Promemorians förslag** överensstämmer i sak med regeringens.

**Remissinstanserna:** En majoritet av de remissinstanser som yttrat sig särskilt i frågan tillstyrker förslaget, bl.a. *Stockholms stad*, *Uppsala kommun*, *Sveriges Offentliga Inköpare (SOI)* och *Advokatfirman Delphi*. *Fortifikationsverket*, *Malmö kommun*, *Region Skåne* och *Sveriges Kommuner och Landsting (SKL)* tillstyrker förslaget, med undantaget att ogiltighet inte bör gälla för upphandlingar utanför direktivstyrt område. *Transportstyrelsen* anser att tidsfristen för ansökan om överprövning av avtal kommer att innebära en onödigt lång tid av ovisshet såväl för myndigheten som för den valde leverantören beträffande avtalets giltighet. Det måste anses vara i strid med effektivitetsprincipen i rättsmedelsdirektiven och EG-domstolens praxis. *Arbetsförmedlingen* anser att tidsfristen borde harmonisera med de tider som gäller för beslut om upphandling, förutom punkten 3 som får anses vara rimlig. Eftersom ändringsdirektivet föreskriver minimifrister tillstyrker Arbetsförmedlingen förslaget med anmärkning. *Stockholms Handelskammare* anser att sexmånadersfristen är för kort. En upphandlande enhet som vill förkorta möjligheten till överklagande agerar vanligtvis på så sätt att den föreslagna 30-dagarsfristen gäller. Direktupphandling kan också undanhållas uppmärksamhet under en

längre tid. I vissa branscher börjar inte avtalen tillämpas förrän efter flera månader.

**Skälen för regeringens förslag:** 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. Detta gäller under förutsättning att meddelandet 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 anser regeringen därför att det i LOU och LUF ska införas tidsfrister för att ansöka om överprövning av giltigheten av ett avtal. Regeringen har i avsnitt 7.1 föreslagit att även avtal under tröskelvärdena ska kunna förklaras ogiltiga.

De i ändringsdirektivet angivna minimifristerna bedöms, även med beaktande av remisskritiken, vara väl avvägda och längre tidsfrister bör därför inte införas i LOU och LUF. Tidsfristen för att ansöka om överprövning av giltigheten 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 giltigheten 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.

## 8.8 Beräkning av avtalsspärren och tidsfrister för ansökan om överprövning

**Regeringens 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.

**Promemorians förslag** överensstämmer med regeringens.

**Remissinstanserna:** I stort sett samtliga remissinstanser som yttrat sig särskilt om förslaget tillstyrker det. *Advokatfirman Sundstrand* anser att det bör klargöras att de frister som anges i LOU och LUF och som har sin grund i ett av EG-direktiven på området, omfattas av rådets förordning nr 1182/71/EEG av den 3 juni 1971 om regler för bestämning av perioder, datum och frister. I förordningen anges, till skillnad från i lagen om lagstadgad tid, att dag löper ut kl. 24.00. Det kan, uppger advokatfirman, tyckas självklart, men har i flera fall lett till att tidsfrister felaktigt ansetts löpa ut vid olika klockslag under dagen.

**Skälen för regeringens förslag:** 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 prövas till 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.

Det 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). 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 att tidsfrister för när en ansökan om överprövning av en upphandling ska ha kommit in till förvaltningsrätten (se avsnitt 8.7.1). Den tidsfristen kopplas direkt till avtalsspärren. En tidsfrist föreslås även för när en ansökan om överprövning av giltigheten av ett avtal ska ha kommit in till förvaltningsrätten (se avsnitt 8.7.3). Tidsfristerna för att ansöka om överprövning innebär att en ansökan ska ha kommit in till förvaltningsrätten 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 en 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 förvaltningsrätten förrän följande måndag. Regeringen föreslår att en ansökan om överprövning av en upphandling inte ska prövas efter den tidpunkt då avtal har 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.

Rådets förordning nr 1182/71/EEG av den 3 juni 1971 om regler för bestämning av perioder, datum och frister ska tillämpas på de rättsakter som har antagits eller kommer antas av rådet eller kommissionen (jfr artikel 1 i förordningen). Som *Advokatfirman Sundstrand* har anfört gäller förordningen således för de frister som har sin grund i ett direktiv. Som regeringen tidigare uttalat (prop. 1992/93:88 s. 51 och 2001/02:142 s. 101) innehåller förordningen inte några regler som i sak avviker från lagen om lagstadgad tid. I artikel 3.4 i förordningen anges att om sista dagen av en tidsfrist som inte uttrycks i timmar infaller på en helldag, söndag eller lördag ska upphöra vid påföljande arbetsdags sista timme. Detta torde enligt regeringens mening överensstämma med hur den s.k. söndagsregeln i lagen om lagstadgad tid tillämpas.

## 8.9 Domstolens prövning när avtal har ingåtts

**Regeringens förslag:** En ansökan om överprövning av en upphandling ska inte prövas efter den tidpunkt då avtal har slutits mellan en upphandlande myndighet respektive enhet och en eller flera leverantörer.

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 förvaltningsrätts avgörande eller efter upphävande av ett interimistiskt beslut ska rätten, på yrkande av en leverantör, överpröva avtalets giltighet.

**Promemorians förslag** överensstämmer i sak med regeringens.

**Remissinstanserna:** Remissutfallet är blandat. *Fortifikationsverket* och *Arbetsförmedlingen* tillstyrker förslaget. Även *Konkurrensverket* tillstyrker förslaget, men efterfrågar ett närmare angivande av omfattningen av domstolens processledningsskyldighet och anför att det eventuellt kan tydliggöras i lagtexten att domstolen är skyldig att bereda

leverantören tillfälle att ändra sin talan till att avse överprövning av avtal. *Konkurrenskommissionen* tillstyrker förslaget, men anser att en bestämmelse bör införas som ger domstolen skyldighet att upplysa klaganden att talan bör ändras till att avse överprövning av avtalet i stället för av beslutet om upphandling. *Kammarrätten i Sundsvall* anför att det av lagtexten inte framgår vad som gäller avseende domstolens processledning. Enligt promemorian är det domstolen som ska bereda leverantören möjlighet att justera sin talan. Det bör framgå av lagtexten. I promemorian har vidare inte berörts i vilken utsträckning partsställningen påverkas av att en taleändring sker, t.ex. om ett avtal berör flera leverantörer. *Kammarrätten i Göteborg* uttrycker tveksamhet inför förslaget, särskilt vad gäller taleändring i överinstans och anför att förslaget dessutom medför en ökad administrativ belastning för domstolarna. *Länsrätten i Stockholms län* tillstyrker förslaget att ett beslut om upphandling inte ska prövas efter den tidpunkt då avtal har slutits mellan upphandlande myndighet eller enhet och leverantör. Länsrätten anser emellertid att förslaget är otydligt i den del det gäller leverantörers ändring av talan från att avse överprövning av tilldelningsbeslut till att avse överprövning av ett avtal. Det bedöms lämpligt att en leverantör, som får kännedom om att avtal har slutits, på eget initiativ kan justera sin talan, men förslaget avstyrks i den mån det avser en skyldighet för rätten att aktivt agera för att erbjuda en leverantör möjlighet att ändra sin talan till att avse annan rättsföljd. *Transportstyrelsen* anser att om en leverantör medges ändra sin talan under en pågående överprövning av ett upphandlingsbeslut finns det risk dels för att många leverantörer kommer att försöka ändra sin talan, dels för att leverantörerna kommer att lämna dubbla yrkanden, å ena sidan för upphandlingsbeslutet och å andra sidan för ogiltighet av avtalet. En sådan ordning främjar inte en effektiv processhantering.

**Skälen för regeringens förslag:** 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 (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).

Det föreslås i enlighet med ändringsdirektivet att ett avtal i vissa fall ska kunna förklaras ogiltigt. Med hänsyn till att avtal ska kunna ogiltigförklaras, gör regeringen 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 ovan påverkar en överprövning av upphandlingen inte den civilrättsliga giltigheten av ett avtal. Eftersom möjligheten att ogiltigförklara ett avtal införs, är det enligt regeringens mening mer lämpligt att leverantören när avtal ingåtts ansöker om överprövning av avtalet, varvid rätten kan komma att ogiltigförklara det ingångna avtalet. Överprövning av en upphandling föreslås därför inte kunna ske sedan avtal slutits.

Som tidigare redogjorts för föreslås att det i LOU och LUF införs förbud att ingå avtal vid avtalsspärr (se avsnitt 6.1), när rätten meddelat interimistiskt beslut om att avtal inte får ingås (se avsnitt 8.2) och under en viss period efter det att förvaltningsrätten avgjort målet eller efter det att en domstol upphävt ett interimistiskt beslut om att avtal inte får ingås (se avsnitt 6.5). 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 upphandlingen. Ett pågående mål skulle således få skrivas av från vidare handläggning och leverantören skulle vara hänvisad till att ge in en ny ansökan till förvaltningsrätten och i stället yrka att avtalets giltighet ska överprövas. 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 en upphandlande myndighet eller enhet ingår avtal när domstolsprövning inletts, föreslås att leverantören ska kunna ändra sin talan. Leverantören ska alltså medges möjlighet att justera yrkandet om överprövning av en upphandling till att yrka överprövning av avtalets giltighet. Enligt regeringens mening överväger fördelarna med en sådan ordning nackdelarna när som i den beskrivna situationen alternativet är att målet skrivs av från vidare handläggning. 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. Partsställningen påverkas, vilket *Kammarrätten i Sundsvall* ifrågasatt, inte av att målet i stället kommer att avse avtalets giltighet. 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.

En leverantör som får kännedom om att ett avtal har slutits i strid med någon av de aktuella bestämmelserna kan i ett mål om överprövning av en upphandling på eget initiativ framställa ett yrkande om att överprövningen i stället ska avse avtalets giltighet. Några remissinstanser har tagit upp frågan om en skyldighet för rätten att bereda en leverantör tillfälle att ändra sin talan. En sådan ordning skulle visserligen innebära vissa fördelar för leverantören. En påtaglig nackdel är dock enligt regeringens mening att skyldigheten skulle vara allt för betungande för domstolen. Vidare innebär det att ett mål om överprövning av en upphandling avskrivs i en sådan situation inte någon rättsförlust för leverantören eftersom denne fortfarande har möjlighet att ansöka om överprövning av avtalet. Mot bakgrund av det anförda anser regeringen att det i LOU och LUF inte bör införas någon skyldighet för rätten att bereda en leverantör tillfälle att justera sitt yrkande till att avse överprövning av avtalets giltighet. Det torde dock, enligt regeringens mening, i de flesta fall vara lämpligt att en domstol som får kännedom om att avtal har slutits underrättar leverantören om detta. Därmed får leverantören kännedom om att avtal har ingåtts och får möjlighet att justera sitt yrkande.

## 8.10 Talerätt i mål om överprövning

**Regeringens bedömning:** Konkursverket eller branschorganisationer bör inte ges talerätt i mål om överprövning enligt LOU och LUF.

**Promemorians bedömning** överensstämmer med regeringens.

**Remissinstanserna:** Remissutslaget är blandat. Något fler remissinstanser tillstyrker förslaget än avstyrker det. *Ekonomistyrningsverket (ESV)*, *Fortifikationsverket*, *Verket för högskoleservice (VHS)*, *Arbetsförmedlingen*, *Malmö kommun*, *Region Skåne*, *Sveriges Kommuner och Landsting (SKL)* och *Sveriges Offentliga Inköpare (SOI)* tillstyrker förslaget. *Konkurrensverket* och *Länsrätten i Skåne län* har inget att erinra mot att verket och branschorganisationer inte ska ges talerätt i överprövningsmål. *Konkurrensverket* anför att så länge verkets möjligheter att ingripa är inriktade på allvarliga överträdelse och principiellt viktiga frågor samt är verkningsfulla och praktiskt genomförbara, torde det inte vara påkallat att verket kan föra talan i överprövningsmål. En talerätt i överprövningsmål kan enligt *Konkurrensverket* antas medföra förväntningar hos leverantörer som inte står i överensstämmelse med som skulle vara praktiskt möjligt att tillgodose. *Svenskt Näringsliv* och *Konkurrenskommissionen* avstyrker förslaget. *Svenskt Näringsliv* anför att de missförhållanden som länge förevarit mer än väl torde motivera att tillsynsmyndigheten ges möjlighet att driva mål där utgången är av särskilt intresse för rättstillämpningen samt att Upphandlingskommitténs förslag om talerätt för branschorganisationer borde genomföras. *Konkurrenskommissionen* anför att genom att medge även tillsynsmyndigheten och berörda branschorganisationer talerätt skulle obalansen mellan leverantörer och

upphandlande myndigheter respektive enheter minska. Vidare skulle domstolarnas arbete underlättas genom en genomgående högre kvalitet på ansökningarna om överprövning. *Transportstyrelsen* avstyrker förslaget om att Konkurrensverket inte ska få talerätt och anser att en talerätt för verket vore bra för att få upp principiellt viktiga frågor till bedömning och bidra till en mer enhetlig praxis. *Byggherrarna* förordar utökade möjligheter till ingripanden från Konkurrensverket under förutsättning att av *Byggherrarna* föreslagna regelförenklingar under tröskelvärdena vinner gehör. *Tillväxtverket* anser att resonemangen om att exempelvis Konkurrensverket eller branschorganisationer får talerätt är tilltalande och anser att det är bra att Konkurrensverket får möjlighet att föra talan vid otillåten direktupphandling, men att förslagen kunde ha varit mer långtgående även inom andra delar av upphandlingsområdet. *Almega* och *Almega Serviceentreprenörerna* anser att tillsynsmyndigheten bör ha möjlighet att driva överprövningsmål och, i andra hand, att branschorganisationer ska få rätt att föra talan. *Företagarna* anser att det är av stor vikt att Konkurrensverket som tillsynsmyndighet ges tillräckligt mandat för att effektivt kunna övervaka och ingripa mot överträdelser av upphandlingsreglerna. Om Konkurrensverket ges sådan talerätt kan accepteras att branschorganisationer inte ges talerätt i upphandlingsmål. *Sveriges Arkitekter* anser att det i och för sig finns skäl som talar för att ge branschorganisationer talerätt i mål om överprövning. Samtidigt inser *Sveriges Arkitekter* att skäl också talar emot varför förbundet avstår att entydigt uttala sig för införande av en talerätt för branschorganisationer. Beträffande talerätt för leverantörer efterlyser *Kammarrätten i Göteborg* en närmare analys av rättsläget och behovet av eventuell lagändring vad gäller talerätt för en leverantör som först tilldelats kontrakt men vars anbud efter överprövning uteslutits från utvärdering. *Stockholms läns landsting* har framfört att det vid talan om ogiltighet av avtal bör klarläggas vem som kan vara part i målet. Det bör finnas en lagfäst möjlighet för den leverantör som ingick avtalet att yttra sig i målet. Denne leverantör är i allra högst grad berörd av saken. *Konkurrenskommissionen* anser att lagstiftaren bör överväga att införa bestämmelser som medger rätt för leverantör som är part i det aktuella avtalet att intervensera i mål om överprövning, och där ges möjlighet att argumentera i egen sak innan frågan om ogiltighet slutligt prövas av rätten (jfr 14 kap. 9 § rättegångsbalken). *Banverket* anser att under förutsättning att förslaget om överprövning av avtal under tröskelvärdena inte införs och att avtalsspärren inte ska gälla under vissa nedan angivna gränsvärden, bör Konkurrensverket ges ökade befogenheter att föra talan mot upphandlande instanser.

*Region Skåne* och *SKL* anser att regeringen bör överväga att införa en ansökningsavgift i mål om överprövning. *Sveriges Allmännyttiga Bostadsföretag (SABO)* anser att problemet med de talrika ansökningarna om överprövning behöver uppmärksammas och åtgärdas. Ett sätt skulle kunna vara att införa en ansökningsavgift och ett annat sätt skulle kunna vara att låta den förlorande parten stå för motpartens rättegångskostnader.

## Skälen för regeringens bedömning

### *Tidigare överväganden*

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, förutom de leverantörer som anses ha talerätt enligt nu gällande ordning, 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 behöva övervägas ytterligare och Upphandlingskommitténs förslag ledde inte till lagstiftning. Upphandlingsutredningen 2004 behandlade inte frågan om talerätt i sitt slutbetänkande. Några remissinstanser 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 Konkurrensverket samt för

näringslivs- och branschorganisationer för överprövning av upphandling-särenden.

### *Talerätt för Konkurrensverket*

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 enligt gällande rätt befogenheter att tvinga en upphandlande myndighet eller enhet att vidta en viss åtgärd vid en regelöverträdelse utan är hänvisad 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.

Enligt regeringen kan argumentet om s.k. svartlistning inte anses väga tungt. Det torde 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 enligt regeringens mening inte skäl att av denna anledning ge Konkurrensverket möjlighet att ansöka om överprövning. Ett argument för talerätt som enligt regeringen väger tyngre är om Konkurrensverket skulle kunna föra talan i mål av mer principiellt intresse eller där det annars finns särskilda skäl för Konkurrensverket att föra talan. Vidare skulle eventuellt en talerätt för Konkurrensverket i överprövningsmål 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.

Argument mot att ge Konkursverket talerätt är att möjligheterna till ingripande inom ramen för överprövningsprocessen – att en upphandling ska göras om eller inte får avslutas förrän rättelse gjorts och ogiltigförklaring av avtal – utgör ingrepp i avtalsförhållandet mellan den upphandlande myndigheten eller enheten och den vinnande leverantören. Dessa åtgärder passar enligt regeringen mindre bra för ingripande genom det allmänna 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 tidigare nämnts är tanken i rättsmedelsdirektiven att prövningsförfarandena inom upphandlingsområdet i allt väsentligt ska vara leverantörsdrivna. Den leverantörsdrivna överprövningsprocessen föreslås nu kompletteras med en rätt för Konkursverket att väcka talan om en sanktion bl.a. vid otillåten direktupphandling, som är en särskilt allvarlig överträdelse av upphandlingsbestämmelserna.

Vid en sammanvägning av olika synpunkter anser regeringen att det i och för sig finns argument som gör sig gällande för att ge Konkursverket talerätt i överprövningsmål, och då främst när det gäller principiellt viktiga mål. Dessa argument är dock enligt regeringens mening inte tillräckligt starka för att frånga de utgångspunkter som såväl direktiven som upphandlingslagarna bygger på, dvs. att det i princip ska vara leverantörerna som bestämmer om en upphandling ska överprövas i domstol. Dessutom föreslås denna ordning kompletteras med att Konkursverket i vissa fall får möjlighet att föra talan om en sanktion. Det bör även beaktas att inte heller Konkursverket är övertygade om fördelarna med en rätt för verket att föra talan i överprövningsmål. Sammanfattningsvis anser regeringen således att Konkursverket inte bör få talerätt i mål om överprövning.

#### *Talerätt för branschorganisationer eller leverantörer i vissa fall*

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 s.k. stor-litenförhållande 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 anförs angående Konkurrensverkets talerätt. Även när det gäller huruvida branschorganisationer ska medges talerätt, gör sig principen i direktiven om leverantörsdrivna processer gällande. Om ingen leverantör är intresserad av att begära överprövning, kan det ifrågasättas om det är lämpligt att en branschorganisation ska kunna välja det. En branschorganisation kan även förmodas ha flera lojaliteter på så sätt att även den vinnande leverantören i en upphandling kanske tillhör den aktuella branschorganisationen. Mot denna bakgrund är enligt regeringens mening de argument som framförs för talerätt för branschorganisationer inte tillräckligt övertygande för att föreslå en sådan ändring.

Vad gäller frågan om talerätt för leverantörer bör utvidgas jämfört med vad som gäller för närvarande har bl.a. *Kammarrätten i Göteborg* efterlyst en närmare analys av det uppkomna rättsläget. Domstolen anser att behovet av en eventuell lagändring bör övervägas när det gäller talerätten för en leverantör som först tilldelats ett kontrakt, men vars anbud efter överprövning uteslutits från utvärdering. Praxis i kammarrätterna skiljer sig åt beträffande om denne leverantör kan ansöka om överprövning av det nya tilldelningsbeslutet. *Stockholms läns landsting* har framfört att det vid talan om ogiltighet av avtal bör klarläggas vem som kan vara part i målet. Det bör enligt landstinget finnas en lagfäst möjlighet för den leverantör som ingick avtalet att yttra sig i målet. Denne leverantör är i allra högsta grad berörd av saken. *Konkurrenskommissionen* har angett att det bör övervägas om bestämmelser ska införas som medger rätt för leverantör som är part i det aktuella avtalet att intervensera i mål om överprövning, och där ges möjlighet att argumentera i egen sak innan frågan om ogiltighet slutligt prövas av rätten (jfr 14 kap. 9 § rättegångsbalken).

När det gäller dessa frågor kan konstateras att det i promemorian inte finns några övervägande eller förslag i övrigt. Det saknas därför tillräckligt underlag för att ta ställning ett eventuellt behov av reglering i lag av dessa frågor. Regeringen avser därför att följa rättsutvecklingen på området för att eventuellt återkomma om frågorna inte blir avgjorda genom en enhetlig praxis.

Beträffande den av *Region Skåne* och *SKL* framförda synpunkten om att det bör enligt regeringens mening övervägas om ansökningsavgift ska införas i mål om överprövning, har inte heller denna fråga övervägts i promemorian. Frågan om ansökningsavgifter bör övervägas i ett annat sammanhang än i nu aktuellt lagstiftningsärende. Det kan konstateras att ansökningsavgifter inte förekommer i förvaltningsprocessen och det skulle således vara fråga om avsteg från vad som normalt gäller inom

denna processordning. *SABO* har framfört att det kan finnas skäl att införa ordningen att förlorande part får stå för motpartens kostnader. Detta skulle kunna vara ett sätt att åtgärda det problem som, enligt *SABO*, råder med talrika ansökningar om överprövning. Regeringen anser dock att denna fråga, likhet med ansökningsavgifter, får övervägas i ett annat sammanhang. Det bör emellertid noteras att fördelning av rättegångskostnader numera inte förekommer i förvaltningsprocessen.

## 9 Särskild avgift

### 9.1 En särskild avgift (marknadsskadeavgift) på upphandlingsområdet

**Regeringens förslag:** En möjlighet att påföra upphandlande myndigheter och enheter en särskild avgift (marknadsskadeavgift) ska införas.

**Promemorians förslag** överensstämmer med regeringens.

**Remissinstanserna:** De flesta remissinstanser som yttrat sig i frågan är positiva till förslaget. *Försvarets Materielverk (FMV)* och *Stockholms stad* delar promemorians bedömning att en avgift är lämpligare och mindre komplicerat än förkortning av avtalstidens längd. *Kammarrätten i Göteborg*, *Kammarkollegiet*, *Sveriges Offentliga Inköpare (SOI)* och *Verket för högskoleservice (VHS)* anför att en utvärdering av effekterna bör göras efter viss tid. *Skövde kommun* ställer sig tveksam till införandet av marknadsskadeavgift. *Advokatfirman Sundstrand* anför att förkortad avtalstid ska väljas som sanktion i stället. *Försvarmakten* anser att marknadsskadeavgift borde fungera som en alternativ sanktion till skadestånd. *Kammarrätten i Göteborg* anför att benämningen kan leda till begreppsförväxling med marknadsstörningsavgift enligt marknadsföringslagen (2008:486).

**Skälen för regeringens förslag:** 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 avtalspärr 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 uppsåtliga eller av oaksamhet 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 verkningfulla 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 över Upphandlingskommitténs förslag om att införa sanktionsmöjligheter för tillsynsmyndigheten (prop. 1999/2000:128 s. 18 f.). 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.

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. Mot denna bakgrund anser regeringen att endast en alternativ sanktion bör 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, enligt regeringens mening, 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. Ansvar 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 Justitiekommittén 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 regelöverträdelse 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 överträdelsen, 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.

Som berörts inledningsvis i detta avsnitt har 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 positivt av flertalet remissinstanser. Vidare förekommer sanktionsavgifter på flera rättsområden i Sverige. Sammanfattningsvis anser regeringen därför att övervägande skäl talar för att en sanktionsavgift bör väljas som den alternativa sanktionen enligt ändringsdirektivet. Det bör påpekas att sanktionsavgiften är en alternativ sanktion till ogiltighet och att skadestånd, som ju kan utgå till en leverantör är en annan fråga. Om möjligheten att påföra en sanktion skulle införas som ett alternativ till skadestånd, vilket framförs av *Försvarsmakten*, skulle det kunna drabba leverantörer som lidit skada på grund av upphandlande myndighets respektive enhets överträdelse om de i vissa fall inte skulle kunna medges skadestånd. Någon sådan ändring av rätten till skadestånd bör inte införas.

När det gäller benämningen av sanktionsavgiften kan konstateras att det begrepp som föreslagits i promemorian är marknadsskadeavgift, vilket är det begrepp som använts under en längre tid vid diskussion om en sanktionsavgift inom upphandlingsområdet. Även om det, som påpekas av *Kammarrätten i Göteborg*, finns en viss förväxlingsrisk med marknadsstörningsavgift får begreppet marknadsskadeavgift numera anses vara ett så välkänt och inarbetat begrepp att övervägande skäl talar för att benämna sanktionsavgiften så.

I likhet med vad som påpekats av *Kammarrätten i Göteborg*, *Kammarkollegiet*, *SOI* och *VHS* anser regeringen att det efter viss tid bör ske en utvärdering av användningen av sanktionsavgift på upphandlingsområdet.

## 9.2 Överträdelser som ska kunna leda till marknadsskadeavgift

**Regeringens förslag:** Marknadsskadeavgift ska påföras en upphandlande myndighet och enhet om rätten i ett lagakraftvunnet avgörande har slagit fast att ett avtal får bestå

1. trots att avtalet har slutits utan att avtalsspärren iakttagits, eller
2. på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse.

Marknadsskadeavgift ska få påföras när en upphandlande myndighet eller enhet och en eller flera leverantörer har slutit avtal utan att upphandlingen har annonserats på sätt som är föreskrivet i LOU eller LUF.

**Regeringens bedömning:** Övriga överträdelser av LOU eller LUF bör inte föranleda någon marknadsskadeavgift.

**Promemorians förslag och bedömning** överensstämmer med regeringens.

**Remissinstanserna:** Flertalet av remissinstanserna har inte haft några invändningar mot förslaget eller bedömningen. *Läkemedelsindustriföreningen* välkomnar marknadsskadeavgift vid otillåtna direktupphandlingar. *Konkurrensverket* tillstyrker att marknadsskadeavgift ska kunna påföras såväl inom som utanför det direktivstyrda området. Verket anser vidare att marknadsskadeavgift ska kunna aktualiseras även vid domstolstrots och vid vissa andra överträdelser som styrande och otillbörligt gynnande kravspecifikationer, användning av godtyckliga utvärderingskriterier och manipulerade anbudsprövningar. En möjlighet att påföra marknadsskadeavgift vid grova åsidosättanden av de grundläggande EG-rättsliga principerna framstår enligt Konkurrensverket som angelägen. *Advokatfirman Delphi* anser att marknadsskadeavgift bör kunna påföras vid domstolstrots och andra allvarliga överträdelser. *Länsrätten i Värmlands län* anser att marknadsskadeavgift ska kunna påföras vid domstolstrots och *Sveriges advokatsamfund* samt *Företagarna* anser att detta bör övervägas.

*Kammarrätten i Göteborg* anser att det kan finnas anledning att närmare utreda behovet av att införa en marknadsskadeavgift i de situationer som inte regleras i ändringsdirektivet, dvs. vid upphandlingar under tröskelvärdena och vid otillåtna direktupphandlingar. *Domstolsverket* avstyrker starkt införandet av marknadsskadeavgift i andra situationer än vad ändringsdirektivet föreskriver. *Göteborgs stad* och *Stockholms stad* avstyrker förslaget att införa marknadsskadeavgift för otillåtna direktupphandlingar. *Kammarrätten i Sundsvall* anser att införandet av sanktionsavgift bör koncentreras till grova åsidosättanden av grundläggande EG-rättsliga principer. *Banverket* avstyrker förslaget att införa ytterligare rättsmedel utanför det direktivstyrda området, dvs. under tröskelvärdena. *Region Skåne* anser att inga ytterligare åtgärder behövs mot domstolstrots. *Advokatfirman Delphi* anför att det bör

tydliggöras att talan om marknadsskadeavgift ska kunna föras även om förhandsinsynsförfarandet iakttagits om grund för det inte har förelegat. *Företagarna* utgår från att förhandsinsynen inte påverkar möjligheten för tillsynsmyndigheten att vid behov ingripa med marknadsskadeavgift.

## **Skälen för regeringens förslag och bedömning**

### *Överträdelse av avtalsspärr*

Som behandlats i avsnitt 7.2.2 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 avtalsspärr 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 avtalsspärr. 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 avtalsspärr, ska tillsynsmyndigheten med åberopande av lagakraftvunnet avgörande ansöka om påförande av marknadsskadeavgift.

När det gäller frågan om sanktionen ska införas även i fråga om upphandlingar som inte omfattas av förfarandedirektiven, dvs. under tröskelvärdena och för s.k. B-tjänster, avstyrker *Domstolsverket* och *Banverket* förslaget i promemorian om att även sådana upphandlingar ska omfattas av systemet med marknadsskadeavgift. Frågan om vilka rättsmedel och vilka regleringar som behövs utanför det direktivstyrda området har aktualiserats tidigare. Någon samstämmig uppfattning bland berörda parter har emellertid inte uppnåtts beträffande vad som bör gälla på det inte direktivstyrda området. De flesta upphandlingar som genomförs är upphandlingar som inte uppgår till tröskelvärdena i förfarandedirektiven och det är enligt regeringens mening mycket viktigt att upphandlingsreglerna följs även när fråga är om upphandlingar som uppgår till lägre belopp. Det kan konstateras att hittills har gällt samma rättsmedel enligt LOU och LUF för det direktivstyrda som det inte direktivstyrda området. Regeringen finner med hänsyn till det anförda inte heller att det beträffande nu aktuell fråga finns skäl att frångå denna ordning och föreslår därför att marknadsskadeavgift ska kunna påföras även vid upphandlingar 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.

#### *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 på grund av tvingande hänsyn till allmänintresse. Vad som kan avses med tvingande hänsyn till ett allmänintresse 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 ett lagakraftvunnet avgörande konstaterat att ett avtal ska bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse.

Av de skäl som framförts anser regeringen att marknadsskadeavgift ska kunna påföras även för upphandlingar som inte omfattas av för-farandedirektiven.

#### *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 7.1).

Skälet för att dessutom införa en administrativ sanktion i dessa fall är enligt promemorian 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. Några remissinstanser, bl.a. *Göteborgs stad* och *Stockholms stad*, anser att man inte bör gå utöver direktivet i detta hänseende och anser således att marknadsskadeavgift inte ska kunna påföras vid otillåten direktupphandling. Stockholms stad hänför sig till det i promemorian angivna exemplet på otillåten direktupphandling när upphandlande myndighet fortsätter att köpa från ett avtal som löpt ut och som saknar förlängningsmöjligheter. Stockholms stad anser att i de fall en överprövning yrkas är det svårt att veta hur lång tid domstolsprocessen kommer att ta. Resultatet blir allt som oftast, uppger Stockholms stad vidare, att en upphandlande myndighet befinner sig i en situation där det gamla avtalet löpt ut och en ny upphandling inte är avslutad. Att i en sådan situation bli påförd marknadsskadeavgift på grund av otillåten direktupphandling gagnar varken leverantörer eller upphandlande myndigheter /enheter.

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 allvarigaste överträdelseerna 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 ersättningskyldig 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.

Det får enligt regeringens mening anses klart att det finns ett problem med otillåtna direktupphandlingar. Det kan vidare antas att leverantörer i viss utsträckning har mindre incitament att föra talan om ogiltighet i dessa fall än i de fall när en upphandling faktiskt har genomförts. Vid en otillåten direktupphandling har de inte deltagit i någon upphandling och känner därför kanske inte till de närmare omständigheterna vid förvärvet av varan eller tjänsten. Mot denna bakgrund gör regeringen bedömningen att möjligheten att föra talan om ogiltighet i dessa fall inte är tillräckligt 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. Ett annat fall är om en upphandlande myndighet eller enhet, för att undgå risken att få ett avtal ogiltigförklarat, har iakttagit bestämmelserna om s.k. förhandsinsyn (4 kap. 5–9 §§ LOU eller 4 kap. 2 och 3 §§ LUF). I ett sådant fall ska

marknadsskadeavgift kunna påföras om det visar sig att det inte var fråga om någon av de situationer när förhandsinsyn får användas.

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 i 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. Ett ingripande med marknadsskadeavgift föreslås kunna ske för upphandlingar som överstiger den direktupphandlingsgräns som föreslås i 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 ett nytt avtal sluts, 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 har slutit avtalet. Som ett sista exempel kan anges det fallet då en domstol förklarat 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. Beträffande den av *Stockholms stad* anförda synpunkten om marknadsskadeavgift i fall när t.ex. en domstolsprocess pågår, kan nämnas att överträdelse som kan leda till marknadsskadeavgift föreslås sanktioneras olika hårt beroende på vilket sanktionsvärde överträdelsen kan anses ha (se vidare avsnitt 9.6).

Vid otillåten direktupphandling kan tillsynsmyndigheten ansöka om påförande av marknadsskadeavgift utan att det dessförinnan har fastslagits i ett avgörande att en sådan överträdelse har skett.

### *Marknadsskadeavgift vid andra överträdelse av LOU och LUF*

Som framgått av föregående avsnitt föreslår regeringen, i likhet med förslaget i promemorian, att marknadsskadeavgift ska kunna påföras i de fall då det i ändringsdirektivet är föreskrivet att medlemsstaterna ska införa alternativa sanktioner till ogiltighet av avtal. I promemorian har även föreslagits att marknadsskadeavgift ska kunna påföras även vid otillåten direktupphandling. Många remissinstanser tillstyrker förslaget eller har inte haft några invändningar mot detta. Regeringen instämmer i den bedömningen och föreslår därför att marknadsskadeavgift ska kunna påföras även i dessa fall. Vissa remissinstanser, bl.a. *Konkurrensverket* och *Advokatfirman Delphi*, anser dock att marknadsskadeavgift även ska kunna påföras i andra fall och särskilt har det framförts att domstolstrots



borde kunna leda till att marknadsskadeavgift påförs. Konkurrensverket har tidigare, i rapporten Åtgärder för bättre konkurrens Delrapport 2, föreslagit 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 fråga ansluter sig dock regeringen till den bedömning som gjorts i promemorian, nämligen att de nya rättsmedel som införs i form av möjlighet att förklara ett ingånget avtal ogiltigt samt i vissa fall påföra marknadsskadeavgift redan är så stora förändringar i upphandlingslagarna att effekterna av dessa bör utvärderas innan det övervägs om ytterligare överträdelser borde kunna bli föremål för sanktioner. Regeringen avser att återkomma i frågan om hur och när en utvärdering av reglerna om marknadsskadeavgift bör göras.

### 9.3 Upphandlande myndigheter respektive enheter som kan påföras marknadsskadeavgift

**Regeringens förslag:** Marknadsskadeavgift ska kunna påföras upphandlande myndigheter respektive upphandlande enheter.

**Promemorians förslag** överensstämmer med regeringens.

**Remissinstanserna:** Inga remissinstanser har yttrat sig särskilt i denna fråga.

**Skälen för regeringens förslag:** Upphandlande myndigheter är benämningen på de myndigheter och organ som ska 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. Lagen 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 elva 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 har åtagit sig uppdraget att upphandla. I exemplet med den statliga inköpssamordningen är det således de elva 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 eller enhet under sådana förhållanden bära ansvar endast för sin andel av den otillåtna åtgärd som kan anses föranleda påförandet av marknadsskadeavgift.

#### 9.4 Strikt ansvar kontra uppsåt eller oaktsamhet

**Regeringens förslag:** Marknadsskadeavgift ska kunna tas ut oberoende av om överträdelsen har skett uppsåtligt eller av oaktsamhet. Strikt ansvar ska alltså gälla.

**Promemorians förslag** överensstämmer med regeringens.

**Remissinstanserna:** Majoriteten av remissinstanserna har inte haft några invändningar mot förslaget. *Konkurrensverket, Sveriges*

*Kommuner och Landsting (SKL), Stockholms Handelskammare och Konkurrenskommissionen* tillstyrker strikt ansvar. *Försvarets materielverk (FMV)* anför att det kan finnas skäl att ifrågasätta skälen för promemorians val av strikt ansvar. De sanktionssystem som förefaller förete mest likheter med de nu föreslagna och som finns inom konkurrensrätten och marknadsrätten och produktsäkerhetsområdet erfordrar subjektiva rekvisit såsom uppsåt och oaktsamhet för tillämpning. Resonemanget i promemorian om att upphandlande myndigheter och enheter har god kännedom om regelverket och att överträdelser därför kan antas bero på uppsåt eller oaktsamhet ifrågasätts, särskilt mot bakgrund av de nu aktuella lagförslagen och kommande särskilda reglering på försvarsområdet. Lagregleringarna kommer att medföra ytterligare komplexitet.

**Skälen för regeringens förslag:** 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 avgift borde aktualiseras. Att sanktionen var kopplad till ett krav på uppsåt eller oaktsamhet hos den upphandlande enhetens företrädare var efter mönster från konkurrenslagen (SOU 1999:139 s. 325 f). Utredningen gjorde inga överväganden om ett administrativt sanktionssystem med strikt ansvar.

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 (prop. 1992/93:56 s. 30). Inom marknadsrätten och produktsäkerhetsområdet har man valt konstruktioner som uppvisar stora likheter med 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. Bedömningsinlaget blir betydligt mindre än om det för ansvar skulle krävas oaktsamhet eller uppsåt. För att en konstruktion med strikt ansvar ska vara försvarbar från rättsäkerhetssynpunkt 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 rättsäkerhetssynpunkt. Det uppställs normalt inte riktigt samma krav på rättsäkerhet 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 rättsäkerhet 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 (prop. 2001/02:122 s. 24).

Även med beaktande av vad som anförts av *FMV* om komplexiteten i regelverket bör inte förutsättas annat än att upphandlande myndigheter och enheter kan förväntas ha god kännedom om upphandlingsreglerna. I enlighet med regeringens tidigare, i detta avsnitt återgivna, uttalanden i samband med införande av konkurrenslagen bör således inte anses erforderligt att uppställa ett krav på uppsåt eller oaktsamhet för att sanktionsavgift ska kunna påföras. Mot bakgrund av det anförda föreslår regeringen således att strikt ansvar ska 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.

## 9.5 Beräkning av marknadsskadeavgiftens storlek

**Regeringens förslag:** Marknadsavgiften ska uppgå till lägst 10 000 kronor och högst tio miljoner kronor, dock maximalt tio procent av kontraktsvärdet.

**Promemorians förslag:** Marknadsskadeavgiften ska uppgå till lägst 10 000 kr och högst fem miljoner kronor, dock maximalt till tio procent av kontraktsvärdet.

**Remissinstanserna:** Remissutfallet är blandat. Många remissinstanser har inte yttrat sig särskilt i frågan. *Försvarets materielverk (FMV)*, *Fortifikationsverket*, *Verket för högskolservice (VHS)*, *Transportstyrelsen*, *Arbetsförmedlingen*, *Sveriges Kommuner och*

*Landsting (SKL) och Malmö stad och Region Skåne* tillstyrker förslaget. *Rikstrafiken* anför att förslaget ligger på en väl avvägd nivå. *Täby kommun* anser att för en kommun med begränsade resurser finns en avskräckande effekt redan med belopp på lägre nivå än fem miljoner kronor. *Kammarrätten i Sundsvall, Länsrätten i Östergötlands län och Länsrätten i Värmlands län* anser dock att föreslaget övre belopp är för lågt. *Länsrätten i Skåne län* anser att det övre taket är ett påfallande lågt belopp. *Juridiska fakultetsnämnden vid Stockholms universitet* är kritisk till föreslaget belopp och anför att det framstår som alltför ringa för att få avsedd verkan och nämner den norska regleringen enligt vilken taket är 15 procent av kontraktetsbeloppet. *Kammarrätten i Jönköping, Kommerskollegiet, Post- och telestyrelsen (PTS), Konkurrensverket, Företagarna och Advokatfirman Delphi* anser att det inte behövs dubbla tak utan att marknadsskadeavgift alltid ska kunna utgå med maximalt tio procent av kontraktetsvärdet. *Svenskt Näringsliv* anser att högsta beloppet bör vara 20 miljoner kronor. *Stockholms Handelskammare* anser att det helst inte bör finnas någon högsta nivå angiven. *Konkurrenskommissionen* förordar att marknadsskadeavgiften alltid ska utgå med tio procent av kontraktetsvärdet och att någon övre beloppsgräns inte behövs.

När det gäller avgiftens nedre gräns anser *Länsrätten i Skåne län* att den är påfallande låg. *Almega* anser att den bör vara 200 000 kr och dessutom alltid tio procent av kontraktetsvärdet. *Svenskt Näringsliv* anser att föreslaget belopp framstår som orimligt lågt och knappast kan anses avskräckande. Beloppet bör fastställas till minst 200 000 kr. *Kammarrätten i Göteborg och Länsrätten i Stockholms län* anser att det måste anges hur kontraktetsvärdet ska beräknas. *Konkurrensverket* anför att det ska tydliggöras att förlängningsklausuler och optioner ska räknas med vid kontraktets värde.

**Skälen för regeringens förslag:** 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 får konkurrensskadeavgiften inte överstiga tio procent av företagets omsättning föregående räkenskapsår. I marknadsföringslagen (2008:486) föreskrivs att marknadsstörringsavgiften ska fastställas till lägst 5 000 kronor och högst fem miljoner kronor. Avgiften får dock inte överstiga tio 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 tio 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 en miljon kronor. I föreskrifter till miljöbalken föreskrivs att miljöstraffavgift ska uppgå till lägst 1 000 kronor och högst en miljon kronor. Skattetillägg enligt taxeringslagen (1990:324) ska bestämmas till 40 eller i vissa fall tio procent av skatten

på det belopp som, om den oriktiga uppgiften godtagits, vid taxeringen inte skulle ha påförts den skattskyldige.

Flera remissinstanser, bl.a. flera domstolar, *Konkurrensverket*, *Företagarna* och *Svenskt Näringsliv*, anför att det i promemorian föreslagna taket angivet i antal kronor är för lågt belopp som, när det gäller större upphandlingar, inte kan anses vara så effektivt och avskräckande som krävs i ändringsdirektivet. Vad gäller valet mellan att ha ett tak som anges i ett belopp eller en procentsats konstaterar regeringen att det i svensk lagstiftning finns exempel på båda alternativen. Vissa remissinstanser anser att taket endast bör anges i procentsats av kontraktsvärdet. Följden blir annars, anser dessa, att upphandlingar vars kontraktsvärde är mycket högt behandlas relativt lindrigt jämfört med upphandlingar till lägre värden. Regeringen instämmer till viss del i dessa synpunkter och understryker därför att det inte är avsikten att upphandlingar till lägre värden proportionellt ska sanktioneras hårdare än upphandlingar som uppgår till mer betydande värden. Beträffande otillåtna direktupphandlingar, där tillsynsmyndigheten kan välja om en ansökan ska göras, kan det tvärtom antas att det kommer att bli upphandlingar som uppgår till förhållandevis höga värden som i störst utsträckning kommer att bli föremål för ansökningar om marknadsskadeavgift.

När det, som i förevarande fall, är fråga om att införa en ny sanktion på ett rättsområde kan det finnas goda skäl för att, i likhet med vad som gäller för beräkningen av en sanktionsavgift på flera andra rättsområden, ha ett beloppsbestämt intervall. Det ger, som framfördes i promemorian, ett tydligare formulerat och förutsägbart sanktionssystem. Regeringen anser således att beloppsgränser får anses fylla en viktig funktion på detta område. Vid bestämmande av till vilket belopp marknadsskadeavgift som högst ska kunna uppgå, måste hänsyn tas till att de flesta upphandlande myndigheter respektive enheter är skattefinansierade. Det är således ytterst skattemedel som i många fall kommer att användas för att betala en påförd sanktion, vilket enligt regeringens uppfattning är en omständighet som särskilt bör beaktas. Det förhållandet att det främst är fråga om skattefinansierade verksamheter som kan komma att få betala marknadsskadeavgift, innebär dock även att det är viktigt att avgiften kan bestämmas till ett så högt belopp att det blir avskräckande. Ett av syftena med marknadsskadeavgift är att säkerställa att upphandlingsreglerna iakttas och att skattemedlen används på ett korrekt sätt. Regeringen anser bl.a. med hänsyn till den kritik som framförts, att det i promemorian föreslagna beloppstaket är allt för lågt. Det finns därför anledning att överväga om detta bör bestämmas till högre belopp än föreslagna fem miljoner kronor. Även ändringsdirektivets krav på att sanktionen ska vara effektiv och avskräckande måste som påtalats beaktas i detta avseende. Med hänsyn till det anförda finner regeringen sammanfattningsvis att det föreslagna beloppstaket bör fördubblas och uppgå till tio miljoner kronor. Som regeringen uttalat ovan i avsnitt 9.2 bör en utvärdering göras av reglerna om marknadsskadeavgift när dessa har tillämpats någon tid och erfarenhet kan dras av utfallet. En sådan utvärdering bör naturligen även omfatta avgiftens storlek och beräkningen av den.

När det gäller det lägsta beloppet för marknadsskadeavgiften har vissa remissinstanser ansett att det bör bestämmas till väsentligt högre belopp än det i promemorian föreslagna beloppet om 10 000 kronor. Regeringen anser dock även med beaktande av vad som anförts i detta sammanhang att det inte finns skäl att föreslå en högre lägsta gräns. Avsikten är dock inte att marknadsskadeavgift ska påföras med belopp som är i nivå med det lägsta beloppet. Vad som bör påverka beloppets storlek behandlas i nästa avsnitt om sanktionsvärdet.

Den föreslagna lösningen med beloppsintervall innebär en hög grad av förutsebarhet och blir även förhållandevis enkel att tillämpa. För att minska risken för en orimligt hög avgift vid upphandlingar som uppgår till förhållandevis låga värden, bör avgiften även knytas till värdet på den aktuella upphandlingen. Regeringen anser därför att avgiften inte bör kunna uppgå till högre belopp än tio procent av värdet på upphandlingen i fråga, dvs. kontraktsvärdet. Som påpekats av *Kammarrätten i Göteborg*, *Länsrätten i Stockholms län* och *Konkurrensverket* är det viktigt att veta hur fastställande av kontraktsvärdet närmare ska ske. I 3 kap. 3 § LOU respektive 3 kap. 2 § LUF beskrivs hur kontraktsvärdet beräknas. Denna bestämmelse bör enligt regeringens mening vara utgångspunkt även när det gäller beräkning av kontraktsvärdet vid fastställande av marknadsavgiftens storlek. I bestämmelsen anges vidare att optioner och förlängningsklausuler ska beaktas som om de utnyttjats.

## 9.6 Överträdelsens sanktionsvärde

**Regeringens förslag:** Vid fastställande av marknadsskadeavgiftens storlek ska särskild hänsyn tas till sanktionsvärdet. I ringa fall ska någon avgift inte påföras. Om det finns synnerliga skäl ska avgiften få efterges.

**Promemorians förslag** överensstämmer med regeringens.

**Remissinstanserna:** Flertalet remissinstanser har inte framfört några invändningar mot förslaget. *Kammarrätten i Stockholm* anser att det bör framgå av bestämmelsen att övriga ekonomiska konsekvenser regelmässigt ska beaktas eftersom det anges i författningskommentaren. *Konkurrensverket* anför att det är viktigt att utgångspunkterna för bedömningen av sanktionsvärdet tydliggörs i lagens förarbeten så att den framtida tillämpningen blir förutsägbar. Promemorian ger inte tillräcklig vägledning i detta avseende. Den aktuella upphandlingens värde bör enligt verket vara utgångspunkten vid bedömningen av avgiftens storlek. *Länsrätten i Stockholms län* anser att synnerliga skäl måste definieras. *Almega* och *Svenskt Näringsliv* anser att inga överträdelser av den typ som kan föranleda marknadsskadeavgift kan betraktas som ringa och ställer sig frågan till resonemanget i promemorian att avgiften helt skulle kunna falla bort. *Företagarna* ifrågasätter att man öppnar för att avgift inte ska utgå i ringa fall. Det är svårt att föreställa sig vad som skulle kunna vara ett ringa fall, åtminstone när det handlar om otillåten direktupphandling. *Konkurrenskommissionen* avstyrker att hänsyn ska tas till sanktionsvärdet eller att avgift inte ska påföras i ringa fall och anser att motiveringen är otydlig och inte ger tillräcklig vägledning. En ordning

med subjektiva rekvisit och skälighetsbedömningar passar inte när avgiften ska påföras det allmänna och tillfalla staten.

**Skälen för regeringens förslag:** 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. Det bör dock erinras om att det i ändringsdirektivet föreskrivs att de alternativa sanktionerna ska vara effektiva, proportionerliga och avskräckande. Syftet med förslaget är 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 tidigare (se avsnitt 9.2) anses exempelvis otillåtna direktupphandlingar vara en av de allvarligaste överträdelseerna inom upphandlingsområdet, vilket bör leda till att sanktionsvärdet i dessa fall ofta kan anses vara högt. Om det däremot i visst fall 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. Detsamma bör gälla i en situation, som påpekats av *Stockholms stad*, då upphandlande myndighet fortsätter att köpa varor eller tjänster från ett avtal som löpt ut, men där ett nytt avtal inte kan ingås på grund av en pågående överprövningsprocess. 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. När det är fråga om avtal som löper under lång tid kan det antas att andra leverantörer som skulle ha kunnat komma i fråga löper större skada än vid ett kortvarigt avtal som möjliggjort en upphandling med konkurrensutsättning ha gjorts efter en kortare tid.

När ett avtal får bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse kan det antas att det åtminstone i vissa fall kan vara fråga om en överträdelse där sanktionsvärdet är förhållandevis lågt. Överträdelse kan i en del av dessa fall snarare antas bero på de allmänna omständigheterna än på ett medvetet kringgående av upphandlingslagstiftningen. Det är dock viktigt att påpeka att det följer av ändringsdirektivet att en sanktion ska påföras även i dessa fall.

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 försvarande omständighet. Det förhållandet att upphandlande myndighet eller enhet på annat sätt drabbats negativt kan däremot i vissa fall ses som en förmildrande omständighet.

I sällsynta fall, när överträdelsen får anses ringa, bör det kunna aktualiseras om någon avgift över huvud taget ska påföras. Några remissinstanser, *Almega*, *Svenskt Näringsliv* och *Företagarna*, ställer sig



frågande till att avgiften skulle kunna falla bort helt med hänsyn till att marknadsskadeavgift ska påföras i allvarliga fall. Regeringen vill med anledning av dessa synpunkter understrykas att utgångspunkten är att bestämmelsen bör komma till användning endast i sällsynta fall och det ska i detta sammanhang även erinras om att det i de direktivstyrda fallen följer att det ska finnas en alternativ sanktion till ogiltighet i dessa fall, varför utrymmet att anse en överträdelse som ringa och underlåta att påföra en avgift är ytterst begränsat. Trots detta anser regeringen att det, i överensstämmelse med vad som gäller enligt många andra svenska system med sanktionsavgifter, exempelvis enligt marknadsföringslagen och konkurrenslagen är motiverat med en bestämmelse av detta slag. Att ge ett exempel på vad som skulle kunna vara ett ringa fall låter sig svårligen göras på förhand, men vid tillämpningen bör således beaktas att det i de direktivstyrda fallen är föreskrivet en sanktion och det bör därför vara i rena undantagsfall som en överträdelse kan anses vara ringa.

Om det i det enskilda fallet föreligger synnerliga skäl ska avgiften kunna efterges. *Länsrätten i Stockholms län* anser att synnerliga skäl måste definieras. Med synnerliga skäl åsyftas närmast situationer där det skulle framstå som orimligt eller stötande att ta ut avgiften. Det får således ses som en form av ventil som, i likhet med vad regeringen anfört ovan, inte är avsedd att tillämpas annat än i rena undantagsfall. Även i detta sammanhang bör erinras om att det i de direktivstyrda fallen enligt direktivet krävs att en sanktion ska påföras. Den närmare innebörden av begreppet får lämpligen utvecklas i rättspraxis.

## 9.7 Uppbärare av marknadsskadeavgift

<b>Regeringens förslag:</b> Marknadsskadeavgifter ska tillfalla staten.
---

**Promemorians förslag** överensstämmer med regeringens.

**Remissinstanserna** har inte haft några invändningar mot förslaget.

**Skälen för regeringens förslag:** Av beaktandesats 19 i ändringsdirektivet framgår att sanktionsavgifter ska betalas till ett organ som är oberoende av den upphandlande myndigheten eller enheten.

Särskilda avgifter tillfaller normalt staten. 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 verkningsfullt att påföra statliga myndigheter en statlig sanktionsavgift.

Upphandlingskommittén föreslog att en marknadsskadeavgift skulle tillfalla staten. Några remissinstanser tog 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 offentligt rättslig verksamhet. I den delen måste andra överväganden göras.

Det nu sagda kan belysas enligt följande. Beträffande konkurrens-skadeavgift har det i förarbetena till konkurrenslagen (2008:579) anförts att sådan avgift kan tas ut också av offentligt rättsliga subjekt såsom kommunala och statliga inrättningar av olika slag i den mån de agerar som företag (prop. 1992/93:56 s. 91). 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 marknadsstörmingsavgift. Detta gäller även offentligt rättsliga subjekt såsom kommunala eller statliga inrättningar om de är att betrakta som näringsidkare (prop. 2007/08:115 s. 66). Också företagsbot enligt 36 kap. 7 § brottsbalken kan komma i fråga mot en näringsidkare som utgörs av ett statligt affärsdrivande verk (prop. 1985/86:23 s. 26 f. och s. 62). Enligt befintlig lagstiftning är det således möjligt att ålägga offentligt rättsliga 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. Sammanfattningsvis föreslår regeringen således att marknadsskadeavgift ska tillfalla staten.

## 9.8 Handläggande myndighet

<p><b>Regeringens förslag:</b> Tillsynsmyndigheten ska handlägga ärenden om marknadsskadeavgift.</p>
--

**Promemorians förslag** överensstämmer med regeringens.

**Remissinstanserna** har inte haft några synpunkter i frågan.

**Skälen för regeringens förslag:** 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 verket 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.

Regeringen ansluter sig till den bedömning som gjordes i promemorian att det är lämpligt att tillsynsmyndigheten ska handlägga ärenden om marknadsskadeavgift, vilket därför föreslås. Förslaget innebär att tillsynsmyndigheten ska eller får 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 ska inte behöva avvakta ett avgörande i vilken fastslagits att upphandlingsbestämmelserna inte iakttagits.

## 9.9 Domstols prövning av marknadsskadeavgift

**Regeringens förslag:** Tillsynsmyndigheten ska ansöka hos förvaltningsrätten om att marknadsskadeavgift ska påföras.

Mål om marknadsskadeavgift ska omfattas av systemet med prövningstillstånd vid överklagande till kammarrätten.

**Regeringens bedömning:** Mål om marknadsskadeavgift bör inte specialdestineras till viss förvaltningsrätt.

**Promemorians förslag:** Överensstämmer med regeringens. I promemorian behandlades inte frågan om specialdestinering av mål om marknadsskadeavgift.

**Remissinstanserna:** Flertalet av remissinstanserna yttrar sig inte särskilt i frågan. *Länsrätten i Skåne län* instämmer i promemorians bedömning att det är lämpligast att avgiften utdöms av domstol efter ansökan av tillsynsmyndigheten samt att ansökningarna hanteras av allmänna förvaltningsdomstolar. *Kammarrätten i Göteborg* ifrågasätter om de rättsliga och processekonomiska vinsterna med att pröva mål om marknadsskadeavgift i allmän förvaltningsdomstol är så stora att de talar för en sådan lösning. Det finns, anser kammarrätten, stora likheter med konkurrensskadeavgift som prövas av Stockholms tingsrätt som första instans. *Advokatfirman Lindahl KB* föreslår att lagstiftaren närmare analyserar vilket domstolsslag som lämpligast bör handlägga målen om upphandlingsrättsliga sanktioner. Det är mycket möjligt att dagens ordning, med allmänna förvaltningsdomstolar som hanterar överprövningsmålen och allmänna domstolar som hanterar skadeståndsmålen, är den lämpligaste. I den situationen framstår det som mest ändamålsenligt att allmän förvaltningsdomstol även handlägger målen om marknadsskadeavgift. Särskilt med hänsyn till att en ogiltighetspåföljd ska införas, som kan få civilrättslig verkan, finns det emellertid anledning för lagstiftaren att på nytt pröva om det är lämpligt att ha kvar en ordning som innebär att mål om sanktioner mot upphandlingsreglerna är fördelade på olika domstolsslag. Vidare föreslår man att lagstiftaren ser över behovet av åtgärder för att främja en snabb och effektiv handläggning av överprövningsmål samt möjligheten att

förlägga dessa mål till särskilda avdelningar och prövas av domare som är specialiserade på detta rättsområde.

*Kammarrätten i Göteborg, Konkurrensverket och Konkurrenskommissionen* anser att målen om marknadsskadeavgift ska hanteras av endast en av förvaltningsrätterna med hänsyn till att det kan antas att dessa mål kan bli relativt få till antalet och att det skulle bidra till en enhetligare rättstillämpning. *Konkurrensverket* föreslår Förvaltningsrätten i Stockholm. *Kammarrätten i Stockholm* anför att dessa mål med största sannolikhet inte kommer att bli frekventa och hanteringen bör då efter modell av hanteringen i Marknadsdomstolen, ske i en särskild utpekad förvaltningsrätt med möjlighet att överklaga till tillämplig kammarrätt. *Ekonomistyrningsverket (ESV)* vill understryka vikten av enhetlig rättstillämpning och anser att upphandlingsmålen generellt ska koncentreras till en eller mycket få domstolar. *Kammarrätten i Jönköping, Kammarrätten i Sundsvall* och *Länsrätten i Värmlands län* anser emellertid att målen inte ska specialdestineras.

*Kammarrätten i Sundsvall* ifrågasätter om skyndsamhetskravet i direktiven är uppfyllt. Upphandlingsmål är visserligen enligt domstolarnas arbetsordningar klassificerade som förtursmål, men frågan är om det räcker för att åstadkomma en prövning inom rimlig tid, detta också mot bakgrund av länsrätternas arbetsbörda och då upphandlingsmålen inte är de enda mål som ska handläggas med förtur. Enligt kammarrättens erfarenhet kan länsrätternas handläggning dra ut på tiden utan att det kan anses motiverat. För att garantera att förfarandet inte drar ut på tiden kunde en reglering i LOU övervägas, enligt vilken länsrätten ska pröva målen skyndsamt eller att målen ska avgöras inom viss tid. Vidare efterlyser kammarrätten en djupare rättslig analys om vad som gäller processuellt i upphandlingsmål i relation till reglerna i förvaltningsprocesslagen (1971:291). En sådan analys skulle kunna innehålla en bedömning av rättsläget när det gäller vilken typ av talan som förs i upphandlingsmål, hur kraven på egenhändigt undertecknande i förvaltningsprocesslagen ska tolkas, vilka beviskrav som ställs och vidare hur tydligt ett åberopande av part måste vara för att kunna beaktas. Eftersom alla parter enligt kammarrättens mening inte utan vidare kan anses jämställda kan vidare ifrågasättas vilket utrymme det finns för domstolens processledning i upphandlingsmål och vilket utrymme utredningsskyldigheten enligt 8 § förvaltningsprocesslagen har. *Banverket* förordar att förvaltningsdomstolarna förstärks med representanter från beställar- och utförarsidan för att ytterligare höja förståelsen och kvalitén på avgörandena från länsrätterna.

**Skälen för regeringens förslag och bedömning:** 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 har iakttagits eller om en otillåten direktupphandling har gjorts, prövas av domstol i första instans i målen om överprövning. Det finns mot den bakgrunden skäl för att detsamma ska gälla även när det gäller påförande av marknads-

skadeavgift. Hänsyn bör även tas till vad som bäst främjar rätts-säkerheten. 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 marknads-skadeavgift gör regeringen 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. *Kammarrätten i Göteborg* och *Advokatfirman Lindahl KB* ifrågasätter om det bör vara allmänna förvaltningsdomstolar och inte allmänna domstolar eller en av de allmänna domstolarna, som hanterar dessa mål. Sistnämnda remissinstans påpekar att frågan gör sig särskilt aktuell när sanktionen ogiltighet av avtal införs. Regeringen gör i denna fråga, i likhet med det resonemang som har utvecklats närmare i avsnitt 7.1 bedömningen att överprövning av upphandling och överprövning av avtal bör göras av samma slag av domstol och att detta bör vara allmänna förvaltningsdomstolar. När det gäller mål om marknadsskadeavgift i anledning av otillåten direktupphandling måste, i de fall frågan om otillåten direktupphandling inte har prövats i ett överprövningsmål, först prövas om otillåten direktupphandling skett. Ett sådant mål överensstämmer i denna del mycket med ett överprövningsmål. Det talar för att samtliga mål om marknadsskadeavgift ska handläggas av det domstolsslag som hanterar överprövningsmålen. Till detta kommer det argument som framfördes i promemorian, nämligen att merparten av målen enligt LOU och LUF hanteras av de allmänna förvaltningsdomstolarna. Under de fyra senaste åren rör det sig hos länsrätterna om cirka 1 250 överprövningar årligen. De allmänna domstolarna hanterar skadeståndsmål till följd av felaktig upphandling och dessa mål uppgår till några få mål per år. Enligt regeringen finns således både rättsliga och processekonomiska fördelar med att mål om marknadsskadeavgift prövas av de allmänna förvaltningsdomstolarna. Mot denna bakgrund föreslår regeringen därför att målen om marknadsskadeavgift ska prövas av de allmänna förvaltningsdomstolarna.

Därefter uppkommer frågan om dessa mål, i likhet med vad som gäller för överprövningsmålen, bör hanteras av samtliga förvaltningsdomstolar eller om de, som framförs av *Kammarrätten i Stockholm*, *Kammarrätten i Göteborg*, *Konkurrensverket*, *Ekonomistyrningsverket (ESV)* och *Konkurrenskommissionen* bör handläggas av endast en av underinstanserna respektive en av kammarrätterna. Det som lyfts fram av vissa av remissinstanserna i denna fråga är att en specialdestinering skulle leda till enhetligare rättstillämpning och att det dessutom kan antas komma att röra sig om relativt få mål.

Den 15 februari 2010 träder en lagändring i kraft enligt vilken flertalet länsrätter läggs samman och i stället för nuvarande 23 länsrätter skapas tolv förvaltningsrätter, vilket är den nya benämningen på dessa domstolar (se t.ex. SFS 2009:853 respektive 2009:854). Syftet med denna förändring är bl.a. att skapa en verksamhet som långsiktigt håller en hög kvalitet och effektivitet. För att kunna garantera en hög kvalitet är det regeringens uppfattning att domstolarna bör vara dimensionerade på ett sätt som ger möjlighet till specialisering, kompetensutveckling och en väl

fungerande beredningsorganisation (prop. 2008/09:165 s. 108-109, bet. 2008/09 JuU23, rskr 2008/09:290). Vidare har regeringen lämnat ett uppdrag till en särskild utredare som bl.a. ska analysera om det finns ett behov av särskilda åtgärder för vissa måltyper i organisatoriskt eller processuellt hänseende i syfte att åstadkomma särskild snabbhet eller särskild kompetens i domstolsförfarandet, den s.k. Målutredningen (Ju 2008:11). Uppdraget ska redovisas senast den 31 december 2009 (dir. 2008:49). Organisationsförändringen i första instans skapar ökade förutsättningar för att hantera även nya måltyper som mål om marknadsskadeavgift på ett effektivt och rättssäkert sätt. Med hänsyn härtill och till det pågående arbetet i nämnda utredning, anser regeringen att det inte finns tillräckligt starka skäl som talar för att nu frångå ordningen att specialdestinering av vissa måltyper till vissa domstolar som huvudregel bör undvikas. Målen om marknadsskadeavgift föreslås därför hanteras av den domstol som har prövat eller skulle ha prövat ett mål om överprövning avseende den aktuella upphandlande myndigheten eller enheten.

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 utdömmande av marknadsskadeavgift. Systemet med prövnings-tillstånd vid överklagande till kammarrätt ska därför även omfatta dessa mål.

När det härefter gäller det av *Banverket* lämnade förslaget om ”representanter från beställar- respektive utförarsidan”, dvs. en form av särskilda ledamöter i upphandlingsmål och *Advokatfirman Lindalhs* förslag om fördelning av effektivitetsskäl av överprövningsmålen till vissa avdelningar anser regeringen, med hänsyn till den tidigare nämnda Målutredningen, att det inte finns anledning att nu ta ställning till dessa synpunkter. Detsamma gäller *Kammarrättens i Sundsvall* påpekande att det bör övervägas införande av regler om skyndsamt hantering av mål enligt upphandlingslagarna.

*Kammarrätten i Sundsvall* efterlyser vidare en djupare analys om vad som gäller processuellt i upphandlingsmål och ger exempel på olika frågeställningar som bör ingå i en sådan analys. Det ifrågasätts bl.a. vilket utrymme som finns för domstolens processledning respektive utrednings-skyldighet i upphandlingsmålen. Regeringen instämmer i bedömningen att det finns en rad processuella frågor beträffande upphandlingsmålen som är olösta. När det gäller frågor om processledning och rättens utredningsskyldighet, är den tidigare nämnda domen från Regeringsrätten av intresse (dom den 13 november 2009, mål nr 7287-08). I målet var fråga om länsrätten hade rätt att grunda sin dom på omständigheter som inte åberopats av det bolag som yrkat överprövning. Regeringsrätten konstaterade bl.a. att frågan om en domstol har rätt att lägga omständigheter som sökanden inte åberopat till grund för prövningen inte bestäms av EG-rätten utan regleras i den nationella rätten. Eftersom det inte finns någon specialreglering i LOU är det de allmänna bestämmelserna i förvaltningsprocesslagen (FPL) som ska

tillämpas. Bestämmelserna i FPL om domstolarnas utredningsansvar ger uttryck för den s.k. officialprincipen. Motsatsen till denna princip är förhandlingsprincipen enligt vilken, i dess renodlade form, ansvaret för utredningen helt ligger på parterna. Regeringsrätten konstaterade att när FPL infördes, var det förmodligen inte aktuellt att den skulle reglera handläggningen av mål om tvister mellan två enskilda. Mål om offentlig upphandling, anförde Regeringsrätten vidare, gäller i princip ekonomiska förhållanden mellan enskilda näringsidkare. De har alltså större likhet med sådana mål där man inom allmänna processrätten tillämpar förhandlingsprincipen än med mål som är typiska i förvaltningsdomstolarna och för vilka FPL har konstruerats. Det leder enligt Regeringsrätten till slutsatsen att officialprincipen måste tillämpas försiktigt i mål om offentlig upphandling. Som huvudprincip bör krävas att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt anger vilka omständigheter han grundar sin talan på.

Genom detta avgörande anser regeringen att en del av de frågeställningar som *Kammarrätten i Sundsvall* har pekat på, har belysts av Regeringsrätten.

### *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) på eget initiativ 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 avtalsspårerna 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 anser regeringen att det är en lämpligare ordning 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.

## 9.10 Tidsfrister för talan om marknadsskadeavgift m.m.

**Regeringens förslag:** En ansökan om att påföra marknadsskadeavgift ska, när ansökan grundas på 17 kap. 2 § 1 eller 2, ha kommit in till förvaltningsrätten 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 förvaltningsrätten 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 förvaltningsrätten inom ett år från den tidpunkt då avtalet slöts.

**Regeringens bedömning:** I förordning bör föreskrivas att tillsynsmyndigheten ska erhålla domstolarnas avgöranden i mål om upphandling.

**Promemorians förslag och bedömning** överensstämmer med regeringens, utom såvitt gäller att det i promemorian föreslogs att tidsfristen ska vara två år i de fall ingen leverantör har ansökt om överprövning.

**Remissinstanserna:** Flertalet av remissinstanserna har inte yttrat sig i frågan. *Länsrätten i Stockholms län* och *Konkurrenskommissionen* tillstyrker förslaget. *Ekonomistyrningsverket (ESV)*, *Fortifikationsverket* och *Sveriges Allmännyttiga Bostadsföretag (SABO)* föreslår att tidsgränsen om två år ska sänkas till sex månader. *Försvarsmakten*, *Sveriges Kommuner och Landsting (SKL)*, *Region Skåne* och *Stockholms läns landsting* föreslår ett år.

**Skälen för regeringens förslag och bedömning:** 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 överträdelser 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 (SOU 1999:139 s. 326). 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 avtalets giltighet under denna tidsrymd. Därtill kan en leverantör väcka talan om skadestånd inom ett år.

Det är viktigt att framhålla att förslaget 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 om en talan om sanktion kommer att väckas.

När det gäller tillsynsmyndighetens ansökan om marknadsskadeavgift, ska beaktas att förhållandena skiljer sig mellan å ena sidan de fall då en ansökan grundas på att en avtalsspärr inte har iakttagits respektive då ett avtal förklarats få bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse och å andra sidan otillåten direktupphandling. 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 förvaltningsrätten. För att undvika parallella processer föreslås därför att tillsynsmyndighetens ansökan ska ha kommit in till förvaltningsrätten 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 förvaltningsrätten 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 regeringen föreslår 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 förvaltningsrätten inom sex månader från det att beslut om överprövning har 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 föreskrivna tiden (16 kap. 17 §), kan det många gånger tänkas att tillsynsmyndigheten får svårare både att få vetskap om förvärvet i fråga samt de närmare omständigheterna kring detta. I promemorian föreslogs att tillsynsmyndigheten i dessa fall skulle få två år på sig att ge in en ansökan. Vissa remissinstanser har framfört att den föreslagna tidsfristen är för lång. *Stockholms läns landsting* anför t.ex. att det inte kan anses rimligt att en upphandlande myndighet ska behöva leva i ovisshet i två år när det gäller eventuellt påförande av marknadsskadeavgift. Det skulle enligt landstinget vara mer skäligt att tidsfristen sammanfaller med leverantörers tidsfrist att väcka talan om skadestånd, dvs. ett år från den tidpunkt då avtalet slöts. *Försvarsmakten* anför att kombinationen av strikt ansvar och en tidsfrist om två år är väldigt långtgående.

Ett alternativ till i promemorian 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 om detta, skulle avvakta med att ge in en ansökan till 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. Det finns enligt regeringens mening goda grunder för att samma tidsfrist bör gälla för att ge in en ansökan om påförande av marknadsskadeavgift som för att väcka talan om skadestånd. I likhet med vad flera remissinstanser har framfört anser regeringen att tidsfristen i dessa fall bör begränsas till ett

år från den tidpunkt då avtalet slöts. Det får anses vara tillräckligt med tid för att tillsynsmyndigheten ska kunna införskaffa tillräcklig utredning för att ge in en ansökan till domstolen.

Beträffande tillsynsarbetet är det viktigt att ha i åtanke att tillsynsmyndigheten inte har samma insyn beträffande en upphandling som en leverantör normalt har. För att underlätta arbetet för tillsynsmyndigheten görs därför bedömningen att det i förordning bör föreskrivas att domstolarna ska sända samtliga avgöranden i upphandlingsmål till tillsynsmyndigheten.

## 9.11 Vissa övriga frågor om förfarandet hos tillsynsmyndigheten och domstolarna

**Regeringens bedömning:** Rätten till muntlig förhandling bör inte regleras särskilt i LOU och LUF.

Bestämmelserna om marknadsskadeavgift uppfyller Europakonventionens krav på rättssäkerhetsgarantier.

**Promemorians bedömning** överensstämmer med regeringens.

**Remissinstanserna:** Det stora flertalet av remissinstanserna har inte haft några invändningar mot bedömningen. *Länsrätten i Skåne län* instämmer i bedömningen att det beträffande muntlig förhandling inte behövs någon särreglering när det gäller mål om marknadsskadeavgift. *Kammarrätten i Göteborg* ställer sig tveksam till om artikel 6 i Europakonventionen är tillämplig i den aktuella situationen och efterlyser en utförligare analys i frågan.

**Skälen för regeringens bedömning:** 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).

Beträffande frågan om tillämpligheten av artikel 6 i den europeiska konventionen den 4 november 1950 om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (Europakonventionen) kan bl.a. följande sägas. Europakonventionen gäller sedan den 1 januari 1995 som svensk lag. Artikel 6 i konventionen garanterar var och en rätten till domstolsprövning och en rättssäker process i en opartisk domstol som upprättats enligt lag, vid prövningen av hans civila rättigheter och skyldigheter eller av en anklagelse mot honom för brott.

Det får enligt regeringens mening anses sannolikt att marknadsskadeavgift skulle anses innefatta en anklagelse om brott. Vidare står det klart att det finns privata aktörer som ska tillämpa LUF och som tillhör den krets som omfattas av tillämpningsområdet för artikel 6 i Europakonventionen. Redan detta förhållande utgör tillräckliga skäl att säkerställa att regleringen om marknadsskadeavgift är förenlig med konventionens krav på rättssäkerhetsgarantier. Med beaktande av värdet av en enhetlig reglering och då det inte kan uteslutas att det även kan finnas andra aktörer som omfattas av konventionens tillämpningsområde, bör bestämmelserna dock gälla generellt och utformas på samma

sätt i båda lagarna. Den särskilda frågan om rätten till muntlig förhandling i mål om marknadsskadeavgift, som föreslås inte regleras särskilt, får därmed avgöras enligt förvaltningsprocesslagens bestämmelser och då tolkas i ljuset av artikel 6 i konventionen i det enskilda fallet.

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. I vissa fall åläggs tillsynsmyndigheten en skyldighet att ingripa (se avsnitt 9.2). Tillsynsmyndighetens beslut om hur verket ska förfara i ett visst 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 (1986:223). 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 (prop. 1985/86:80 s. 59, prop. 1971:30, del 2 s. 334).

## 9.12 Betalning av marknadsskadeavgift

**Regeringens förslag:** I LOU och LUF ska införas 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 avgörandet 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 avgörandet har vunnit laga kraft.

Om avgiften inte betalas i tid, ska tillsynsmyndigheten lämna den obetalda avgiften för indrivning.

**Promemorians förslag** överensstämmer med regeringens.

**Remissinstanserna:** Det stora flertalet av remissinstanserna har inte yttrat sig särskilt i dessa frågor. *Länsrätten i Skåne län* tillstyrker förslaget att domstolen ska få besluta om att betalning av avgiften får ske senare än i lagen angiven tid.

**Skälen för regeringens förslag:** Konkurrensverket är tillsynsmyndighet och administrerar inbetalningar av konkurrensskadeavgift (3 kap. 22 § konkurrenslagen). Tillsynsmyndigheten bör ges ansvaret även för hanteringen av inbetalning av marknadsskadeavgift. En i andra lagar redan förekommande väl avvägd tid för att betala avgiften är 30 dagar från det att avgörandet har vunnit 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 avgörandet. I likhet med vad som gäller för betalning av bl.a. konkurrensskadeavgift enligt konkurrenslagen och sanktionsavgift enligt 43 § produktsäkerhetslagen (2004:451) föreslår därför regeringen en möjlighet för domstolen att besluta att inbetalningen av marknadsskadeavgift får ske senare än den angivna tiden om trettio dagar.

Utgångspunkten är att den som påförs marknadsskadeavgift kommer att betala i tid. För det fall detta i något fall inte sker, ska tillsynsmyndigheten lämna den obetalda avgiften för indrivning. Bestämmelser om indrivning finns i lagen (1993:891) om indrivning av statliga fordringar m.m.

## 9.13 Preskription

**Regeringens förslag:** Ett krav på marknadsskadeavgift ska falla bort om verkställighet inte har skett inom fem år från det att avgörandet har vunnit laga kraft.

**Promemorians förslag** överensstämmer med regeringens.

**Remissinstanserna:** Flertalet av remissinstanserna har inte yttrat sig i frågan. *Skövde kommun* ställer sig positiv till att påförd avgift ska bortfalla om domen inte har kunnat verkställas inom fem år. *Svenskt Näringsliv* anser att den föreslagna bestämmelsen är ovärdig ett samhälle som gör anspråk på att ställa höga rättsliga krav på sina myndigheter och borde inte behövas. *Konkurrenskommissionen* avstyrker förslaget. Av samma skäl som att en bestämmelse om kvarstad inte behöver införas i lagarna kan det rimligen krävas att upphandlande myndigheter och enheter, vilka till övervägande del utgör myndigheter och offentliga företag, ska göra rätt för sig i fråga om utdömda marknadsskadeavgifter och inte undkomma sanktionen genom att underlåta betalning och göra sig oåtkomliga för exekutiva åtgärder.

**Skälen för regeringens förslag:** I promemorian gjordes bedömningen att det bör finnas en gräns för under hur lång tid ett beslut om marknadsskadeavgift ska få verkställas. Förutom privata företag som kan vara upphandlande enheter enligt LUF, är det offentliga organ som kan komma att påföras marknadsskadeavgift. Till skillnad från vad vissa remissinstanser gett uttryck för anser regeringen att den omständigheten inte ska medföra att det inte ska finnas en borte gräns för när verkställighet senast ska få ske. Enligt 35 kap. 7 § brottsbalken bortfaller ådömda böter och utdömt vite när fem år har förflutit från det att

avgörandet vann laga kraft. Denna tidsfrist för verkställighet tjänar även som förebild inom ett flertal administrativa sanktionssystem, som i vissa fall också omfattar offentliga organ, och bör därför gälla även enligt upphandlingslagstiftningen. Tidsfristen för verkställighet av beslutad marknadsskadeavgift föreslås vara fem år i enlighet med vad som gäller enligt nämnda bestämmelse i brottsbalken och i flera andra författningar (t.ex. 3 kap. 23 § konkurrenslagen [2008:579]). En utdömd marknadsskadeavgift ska därför falla bort om verkställighet inte skett inom fem år från det att avgörandet har vunnit laga kraft.

## 9.14 Kvarstad

**Regeringens bedömning:** Det finns inte något behov av att säkerställa anspråk på marknadsskadeavgift genom beslut om kvarstad.

**Promemorians bedömning** överensstämmer med regeringens.

**Remissinstanserna:** *Konkurrenskommissionen* tillstyrker promemorians bedömning. I övrigt har remissinstanserna inte yttrat sig i frågan.

**Skälen för regeringens bedömning:** 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. I likhet med *Konkurrenskommissionen* gör regeringen bedömningen att det inte föreligger något behov av bestämmelser om att säkerställa anspråk på marknadsskadeavgift som åläggs någon i denna krets.

## 9.15 Skatterättsliga konsekvenser

**Regeringens bedömning:** Marknadsskadeavgiften bör inte vara avdragsgill vid inkomsttaxeringen.

**Promemorians bedömning** överensstämmer med regeringens.

**Remissinstanserna:** *Konkurrenskommissionen* tillstyrker promemorians bedömning. I övrigt har remissinstanserna inte yttrat sig särskilt i frågan.

**Skälen för regeringens bedömning:** 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 (prop. 1999/2000:2 del 2, s. 110 ff). För att marknadsskadeavgiften ska få avsedd effekt ska utgiften inte vara avdragsgill. Det behövs ingen ytterligare reglering för att uppnå det önskade resultatet.

## 10 Tillsynsfrågor m.m.

### 10.1 Föreläggande att lämna uppgift eller handling m.m.

**Regeringens förslag:** Tillsynsmyndighetens möjlighet att hämta in upplysningar från upphandlande myndigheter och enheter ska kompletteras med en möjlighet att hämta in upplysningar även från den som kan antas vara en 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 dem som är eller kan antas vara upphandlande myndigheter eller enheter att lämna uppgift, att visa upp en handling eller att lämna över en kopia av handlingen.

Föreläggandet ska kunna överklagas hos allmän förvaltningsdomstol.

Tillsynsmyndigheten ska vara motpart i domstol.

De aktuella målen ska omfattas av systemet med prövningstillstånd vid överklagande till kammarrätten.

**Promemorians förslag** överensstämmer med regeringens.

**Remissinstanserna:** Majoriteten av remissinstanserna tillstyrker eller har inte haft något att erinra mot förslagen. *Kammarrätten i Stockholm* anser att grunderna för förvaltningsdomstolarnas prövning av föreläggandet ska framgå av lagtexten. *Länsrätten i Skåne län*, *Fortifikationsverket*, *Transportstyrelsen* och *Konkurrenskommissionen* tillstyrker förslaget. *Konkurrensverket* avstyrker förslaget i dess nuvarande utformning och anför att ett föreläggande om att tillhandahålla upplysningar bör kunna förenas med vite för att vara effektivt. Såväl *Konkurrensverket* som den tidigare tillsynsmyndigheten, *Nämnden för offentlig upphandling (NOU)*, har vid upprepade tillfällen haft problem med att upphandlande myndigheter eller enheter inte efterkommit tillsynsmyndighetens begäran om information; detta gäller såväl statliga som kommunala myndigheter och bolag. Det faktum att tillsynsmyndigheten nu föreslås kunna föra tala om påförande av marknadsskadeavgift torde inte öka upphandlande myndigheters benägenhet att tillhandahålla informationen. Vidare kan befaras att vissa upphandlande myndigheter och enheter kommer att sakna intresse att överklaga osanktionerade förelägganden. Det har framförts argument om att ett föreläggande gentemot offentliga och privata rättssubjekt vid äventyr av vite att lämna uppgift eller handling i vissa situationer skulle kunna vara tveksamt med hänsyn till skyddet mot självangivelse i Europakonventionen eller rätten till försvar i EG-rätten. Av praxis från Europadomstolen och EG-domstolen följer emellertid att skyldighet med tvång för företag att tillhandahålla skriftlig och muntlig dokumentation är förenligt med skyddet mot självangivelse, så länge företaget därigenom inte tvingas erkänna förekomsten av en lagöverträdelse som det ankommer på tillsynsmyndigheten att bevisa. En tillsynsmyndighet har

följaktligen rätt att vid vite ålägga ett företag att lämna alla nödvändiga upplysningar om faktiska omständigheter som företaget kan ha kännedom om samt överlämna därtill hörande dokumentation som företaget kan ha kännedom om som företaget innehar även om den utlämnade informationen kan användas i ett senare ärende om lagöverträdelse. Verket har behov av att vitesförelägga avseende handlingar av bokförings- och avtalskaraktär för att få utrett det faktiska förloppet och de faktiska omständigheterna i ett enskilt ärende. Ett vitesföreläggande skulle enligt verkets uppfattning inte ta sikte på handlingar eller upplysningar som tvingar den upphandlande myndigheten att utveckla sin inställning eller på annat sätt riskera att medge eller erkänna en överträdelse.

**Skälen för regeringens förslag:** Enligt 16 kap. 7 § LOU respektive 16 kap. 9 § LUF får tillsynsmyndigheten, dvs. Konkurrensverket, 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 omfattning, 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 förutskickades att tillsynsmyndigheten borde få en sådan rätt (prop. 1992/93:88 s. 44 f.). I förarbetena till den ändring av ÄLOU genom vilken tillsynsmyndigheten fick rätt att få del av upplysningar 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 (prop. 1993/94:227 s. 19 f. och 26 f.).

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 förekommer även att vissa organ, som ostridigt är upphandlande myndigheter eller enheter, inte på ett effektivt sätt tillmötesgår tillsynsmyndighetens begäran om få ut handlingar som behövs för tillsynen.



För att åtgärda problemet bör tillsynsmyndighetens befogenheter skärpas. Regeringen föreslår därför att tillsynsmyndigheten får möjlighet att förelägga en upphandlande myndighet eller enhet att lämna uppgifter och handlingar. För att komma till rätta med att vissa organ inte anser sig vara upphandlande myndigheter eller enheter och därför inte efterkommer tillsynsmyndighetens begäran, föreslås vidare att ett sådant föreläggande även ska 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. Det kan dock nämnas att det även förekommer domstolsavgöranden där frågan om ett visst organ är skyldigt att tillämpa upphandlingslagstiftningen uttryckligen har prövats. Högsta domstolen har exempelvis i ett skadeståndsmål enligt ÄLOU prövat om en samfällighetsförening för väghållning var en upphandlande enhet (se NJA 2003 s. 683). Vidare har under år 2009 avgjorts mål i länsrätt och kammarrätt, där frågan har ställts på sin spets (se avsnitt 10.2).

*Konkurrensverket* efterlyser en möjlighet att förena föreläggandet med vite för att öka effektiviteten. Regeringen instämmer i bedömningen att ett vite i vissa fall skulle kunna öka föreläggandets effektivitet när det gäller tillsynen enligt LOU och LUF. Vidare anser regeringen att det är viktigt att tillsynsmyndigheten kan bedriva en tillsyn som är så effektiv som är möjligt och rimligt, med beaktande av de krav på rättssäkerhet som följer av bl.a. Sveriges internationella åtaganden. Frågan är om det med beaktande av det anförda kan och bör införas en möjlighet till föreläggande vid vite i LOU och LUF.

Utgångspunkten för tillsynsverksamheten måste vara att tillsynen kan leda till att tillsynsmyndigheten upptäcker att det har begåtts överträdelse mot LOU eller LUF. Vissa överträdelse av lagstiftningen kan leda till att tillsynsmyndigheten ansöker om marknadsskadeavgift. Som tidigare anförts (avsnitt 9.11) gör regeringen bedömningen att den föreslagna regleringen om marknadsskadeavgift är förenlig med kraven på rättssäkerhetsgrantier enligt bl.a. artikel 6 i Europakonventionen.

Regeringen har bl.a. när det gäller skattetillägg enligt taxeringslagen (1990:324) övervägt de rättssäkerhetskrav som följer av att en sanktionsavgift omfattas av nämnda artikel (prop. 2002/03:106 s. 61 ff, 178 ff). Således har gjorts bedömningen att den s.k. passivitetsrätten innebär att bestämmelser som reglerar enskildas skyldighet att medverka i skatteutredningar ska utformas på ett sådant sätt att inte åtgärder kan vidtas i skatteutredningen som står i strid med den skattskyldiges rätt att inte behöva belasta sig själv när det finns risk för att skattetillägg ska tas ut. Den enskilde får rimligen inte tvingas att lämna uppgifter i en skatteutredning som sedan kan användas mot honom i en skattetilläggsprocess. Detta hindrar emellertid inte att frågor ställs eller att uppgifter begärs in. Regeringen hänvisade vidare till överväganden kring vitesförbud och artikel 6 som gjordes i förarbetena till lagen (2001:1227) om självdeklarationer och kontrolluppgifter (prop. 2001/02:25) och vidhöll sin uppfattning att det inte kan anses i sig oförenligt med Europakonventionen att förelägga en enskild att komma in med handlingar och uppgifter, inbegripet deklareringshandlingar när

föreläggandet inte är vitessanktionerat. Det ansågs vidare inte heller finnas något principiellt hinder mot att vitesförelägga den skattskyldige att lämna uppgifter om andra frågor än den frågan som har betydelse för om grund för skattetillägg föreligger, dvs. den oriktiga uppgiften. När det däremot finns anledning att anta att den skattskyldige begått en gärning som kan leda till skattetillägg och föreläggandet avser en utredning av en fråga som har samband med den misstänkta gärningen, ska den enskilde inte få föreläggas vid vite. Den aktuella bestämmelsen i 3 kap. 6 § taxeringslagen har följande lydelse:

”Ett föreläggande enligt 5 § får förenas med vite, om det finns anledning att anta att det annars inte följs.

Första stycket gäller inte, om det finns anledning att anta att den skattskyldige eller, om denne är en juridisk person, ställföreträdare för den skattskyldige har begått en gärning som är straffbelagd eller kan leda till skattetillägg och föreläggandet avser utredning av en fråga som har samband med den misstänkta gärningen.”

När det gäller tillsynen enligt LOU och LUF kan de uppgifter som tillsynsmyndigheten begär utlämnade antas ha betydelse för bedömningen av om grund för marknadsskadeavgift föreligger. I de fallen anser regeringen, i likhet med ovan redovisade överväganden kring skattetillägg, att ett vitessanktionerat föreläggande inte bör införas. I den mån tillsynsmyndigheten önskar få in uppgifter om andra frågor än sådana som kan leda till marknadsskadeavgift, torde det emellertid enligt regeringens tidigare resonemang inte finnas hinder mot att vitesförelägga myndigheten eller enheten. Som framgår av den återgivna bestämmelsen, skulle det vara möjligt att föreskriva att det i vissa fall är tillåtet med ett vitessanktionerat föreläggande.

Det torde emellertid enligt regeringens mening vara förenat med betydande tillämpningssvårigheter för tillsynsmyndigheten att avgöra i vad mån ett föreläggande gäller uppgifter som inte kan leda till marknadsskadeavgift och därför kan förenas med vite eller i vad mån det är fråga om uppgifter som skulle kunna leda till en talan om marknadsskadeavgift och ett vitessanktionerat föreläggande därför inte är tillåtet. En bestämmelse av det angivna slaget skulle även kunna tänkas leda till fall då ett vitessanktionerat föreläggande lett till att tillsynsmyndigheten erhåller uppgifter som den inte kan använda i ett mål om marknadsskadeavgift. Det skulle t.ex. kunna stå klart att en allvarlig överträdelse av LOU eller LUF skett, men talan om marknadsskadeavgift kan ändå inte väckas p.g.a. vitesföreläggandet. Vid en bedömning av skälen för och emot möjligheten att införa ett vitessanktionerat föreläggande att användas i vissa fall, anser regeringen att de tidigare angivna effektivitetsskälen för vite inte uppväger de tillämpningssvårigheter som kan förutses. Mot denna bakgrund föreslår regeringen därför inte att tillsynsmyndigheten i några fall ska kunna meddela vitessanktionerade förelägganden.

Frågan om sekretess för uppgifter som lämnades till dåvarande NOU har behandlats i förarbetena till den ändring av ÅLOU 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 föreslår regeringen att bestämmelser som reglerar detta tas in i LOU och LUF. Överklagande bör ske till allmän förvaltningsdomstol och målen bör omfattas av systemet med prövningstillstånd vid överklagande till kammarrätten.

Av 7 a § förvaltningsprocesslagen (1971:291) framgår att om en enskild överklagar en förvaltningsmyndighets beslut hos förvaltningsrätten 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 myndighetens motpart. En bestämmelse som föreskriver att tillsynsmyndigheten blir motpart i domstol om ett föreläggande överklagas bör därför tas in i LOU och LUF.

## 10.2 Ytterligare möjligheter att ingripa vid upphandlingar

**Regeringens bedömning:** Tillsynsmyndigheten bör inte ges några ytterligare möjligheter att ingripa vid upphandlingar.

**Promemorians bedömning** överensstämmer med regeringens.

**Remissinstanserna:** Det stora flertalet av remissinstanserna har inte uttalat sig särskilt i frågan. *Konkurrensverket* instämmer inte i bedömningen och anför att verket bör ges möjlighet att föra fastställsetalan i frågan om ett visst organs upphandlingsrättsliga status samt möjlighet att vid vite kunna ålägga en upphandlande myndighet att upphöra med eller inte upprepa ett visst beteende. När det gäller frågan att få den upphandlingsrättsliga statusen fastställd anger verket att det i ett överprövningsmål kan uppstå en situation när domstol bedömer att ett visst rättssubjekt är att betrakta som en upphandlande myndighet, men att ansökan om överprövning ska avslås av andra skäl. I ett sådant läge kan den upphandlande myndigheten, enligt verket, inte överklaga domen eftersom den inte gått myndigheten emot. Verket anför att rättsverkningarna av en sådan dom får anses tämligen oklara. En fastställelseprocess skulle bli av renodlat rättslig karaktär och därmed enligt verket ge processekonomiska fördelar. Eventuella svårigheter till följd av att ett visst organ som tidigare fastställts utgöra en upphandlande myndighet genomgår förändringar som är av betydelse för den upphandlingsrättsliga statusen, kan enligt verket undvikas genom att organ ges en generell rätt att föra en negativ fastställsetalan avseende sin egen status där Konkurrensverket uppträder som motpart. Förbudsvite är ett framtidsytande rättsmedel och har en omedelbar handlingsdirigerande effekt i det enskilda fallet. Ett förbudsvite skulle enligt verket kunna användas exempelvis när en upphandlande myndighet eller enhet vid upprepade tillfällen använder sig av otillbörligt styrande kravspecifikationer som i praktiken innebär att endast en viss leverantör eller kategori av leverantörer kan komma i fråga, eller tillämpar godtyckliga eller preciserade utvärderingskriterier som inte motsvarar kraven på likabehandling och transparens.

**Skälen för regeringens bedömning:** Som framgår av avsnitt 9.1 föreslås att tillsynsmyndigheten ska få föra talan om marknads-skadeavgift bl.a. vid otillåten direktupphandling. 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). Dessutom ska leverantörer kunna föra talan om ett avtal ska ogiltigförklaras. Sammantaget är det således en rad förändringar som kan förväntas innebära att regelefterlevnaden vid upphandlingar ökar.

I de fall det råder delade meningar om ett visst organ är en upphandlande myndighet respektive enhet eller inte, måste rätten redan enligt nu gällande ordning ta ställning till den frågan i mål om överprövning. Som exempel på mål där frågan om ett organ utgör en upphandlande myndighet eller inte på senare tid uttryckligen har prövats, kan nämnas avgöranden från Länsrätten i Stockholms län, dom den 27 februari 2009 i mål nr 24751-08, avseende Jernhusen AB och Kammarrätten i Stockholm, dom den 19 november 2009 i mål nr 6937-09, avseende Svenska Spel AB. Den upphandlingsrättsliga statusen kommer på samma sätt kunna aktualiseras i mål om marknads-skadeavgift. Eftersom det är Konkurrensverket som har talerätt, så är verket inte längre hänvisad till att någon leverantör väcker talan om överprövning. I de fall Konkurrensverket anser att ett organ är en upphandlande myndighet eller enhet som inte iakttar upphandlingslagstiftningen och verket därför anser att otillåten direktupphandling skett, kan verket ansöka om påförande av marknadsskadeavgift.

Mot denna bakgrund gör regeringen bedömningen att det åtminstone för närvarande inte finns behov att ge tillsynsmyndigheten möjlighet att föra en fastställsetalan eller att förelägga en upphandlande myndighet eller enhet att upphöra med eller att inte upprepa ett visst beteende. Det bedöms inte heller i övrigt finnas behov av någon ytterligare möjlighet för tillsynsmyndigheten att ingripa vid upphandlingar.

### 10.3 Åtgärder mot domstolstrots

<p><b>Regeringens bedömning:</b> Det bör inte införas några särskilda bestämmelser riktade mot upphandlande myndigheter eller enheter som underlåter att rätta sig efter en domstols avgörande (domstolstrots).</p>
---

**Promemorians förslag** överensstämmer med regeringens.

**Remissinstanserna:** Majoriteten av remissinstanserna har inte yttrat sig särskilt i frågan. *Konkurrensverket* anser att marknadsskadeavgift ska kunna dömas ut även när en upphandlande myndighet eller enhet underlåter att efterkomma ett lagakraftvunnet domstolsavgörande i mål enligt 16 kap. LOU eller LUF. *Länsrätten i Värmlands län* och *Advokatfirman Delphi* anser att marknadsskadeavgift ska kunna påföras vid domstolstrots och *Sveriges advokatsamfund* samt *Företagarna* anser att detta bör övervägas.

**Skälen för regeringens bedömning:** Det saknas sanktioner i LOU om en upphandlande myndighet underlåter att följa domstols avgörande 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 8.3), att denna bestämmelse tas bort.

Det har från olika håll påpekats att det förekommer att upphandlande myndigheter eller enheter väljer att inte följa domstolars avgöranden 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 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 avgörandet är givetvis högst otillfredsställande och väcker frågan hur detta problem, när det uppstår, kan lösas. Regeringen föreslår, i nu aktuellt lagstiftningsärende, införande av nya rättsmedel. Dels föreslås att det införs bestämmelser som möjliggör för allmän förvaltningsdomstol att i vissa angivna situationer, på talan av leverantör, ska förklara ett avtal ogiltigt (se avsnitt 7), dels på talan av Konkurrensverket döma ut marknadsskadeavgift (se avsnitt 9). Dessa nya rättsmedel syftar till att förbättra regelefterlevnaden vid offentlig

upphandling och att öka möjligheterna för effektiva ingripanden vid överträdelse av upphandlingsbestämmelserna.

De föreslagna rättsmedlen ogiltighet av avtal och marknadsskadeavgift torde kunna tillgripas även i vissa fall när domstolstrots föreligger. Om en upphandlande myndighet eller enhet, i strid mot en domstols avgörande, 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 bör således även vara effektiva för att åtgärda en eventuell ovilja hos en upphandlande myndighet eller enhet att följa en domstols avgörande. Rättsmedelsdirektivens krav på att medlemsstaterna ska se till att domstolars avgöranden verkligen följs får härigenom anses vara uppfyllda.

Mot bakgrund av det anförda gör regeringen bedömningen att de nya rättsmedlen som föreslås, även bör kunna få effekt om en upphandlande myndighet eller enhet gör sig skyldig till domstolstrots. Som anförts i avsnitt 9.2 ska en utvärdering av marknadsskadeavgift göras efter viss tid. I en sådan utvärdering bör, som anförts av Företagarna och *Sveriges advokatsamfund*, ingå att överväga om marknadsskadeavgift ska kunna påföras även vid domstolstrots.

## 10.4 Granskning och medling

**Regeringens förslag:** Bestämmelserna i LUF om möjlighet att begära granskning och medling ska tas bort.

**Promemorians förslag** överensstämmer med promemorians.

**Remissinstanserna:** Majoriteten av remissinstanserna har inte yttrat sig i denna fråga. *Transportstyrelsen*, *Arbetsförmedlingen* och *Konkurrenskommissionen* tillstyrker förslaget.

**Skälen för regeringens förslag:** 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 är känt har bestämmelserna om granskning och medling i LUF inte heller använts i någon nämnvärd utsträckning. Regeringen gör därför bedömningen att dessa bestämmelser kan tas bort.

## 11 Skadestånd

### 11.1 Skadestånd till anbudsgivare och anbudssökande som har deltagit i en upphandling

**Regeringens förslag:** Reglerna om skadestånd i LOU ska 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.

**Promemorians förslag** överensstämmer med regeringens.

**Remissinstanserna:** Det stora flertalet av remissinstanserna har inte yttrat sig i frågan. Av dem som yttrat sig är majoriteten positiva till förslaget. *Försvarets materielverk (FMV)*, *Transportstyrelsen*, *Arbetsförmedlingen* och *Konkurrenskommissionen* tillstyrker förslaget. *Tillväxtverket* anser att det är positivt att även leverantörer som deltagit i upphandling och lämnat anbud får möjlighet att få skadestånd för de kostnader som anbudsförfarandet har åsamkat. *Stockholms stad* har inget att erinra mot att tidigare gällande praxis om skadestånd kodifieras. *Skatteverket* anser att föreslagna reglering får anses konsekvent, men det skulle behövas en tydligare reglering av vad som kan anses som liden skada. Gränsen för vad som kan anses som risk för skada är alldeles för låg. *Stockholms läns landsting* avstyrker förslaget då ändringen inte kan motiveras av direktivet och kan medföra stora kostnader för upphandlande myndigheter. *Konkurrenskommissionen* förordar att den s.k. ettårsfristen för att väcka talan om skadestånd enligt LOU och LUF upphävs och ersätts med att talan om skadestånd ska kunna väckas så länge det upphandlade avtalsförhållandet pågår. Talan ska dock alltid kunna väckas inom ett år från den tidpunkt som följer av 16 kap. 1 § andra–fjärde styckena LOU eller LUF.

**Skälen för regeringens förslag:** Enligt 16 kap. 7 § LUF är anbudsgivare och anbudssökande som deltagit i en upphandling berättigade 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 försörjningsdirektivet.

Lagen om offentlig upphandling 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 inklusive det positiva kontraktsintresset (prop. 1992/93:88 sid. 102 f).

I samband med införandet av 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.

Högsta domstolen (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 sakskalet 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. Domstolen prövade frågan om skadeståndets storlek och beräkning vid upphandling inom den klassiska sektorn där endast den generella skadeståndsbestämmelsen grundar rätt till ersättning. Domstolen konstaterade 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 domstolen 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 ersättningsskyldigheter. 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 domstolen 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 ÅLOU, 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 ÅLOU. 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 klagörs 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 gör sig gällande i lika hög grad vid upphandlingar inom denna sektor bör enligt regeringens mening en kompletterande regel efter mönster av bestämmelsen om ersättning för det negativa intresset i LUF föras in i LOU.

Den nya bestämmelsen om skadestånd till anbudssökande och anbudsgivare som har deltagit i en upphandling är inte avsedd att påverka den praxis som utvecklats avseende den generella skadeståndsbestämmelsen i LOU.

## 11.2 Skadestånd när ett avtal har ogiltigförklarats

**Regeringens förslag:** Bestämmelserna i LOU och LUF om inom vilken tid en talan om skadestånd ska väckas ska kompletteras så att en skadeståndstalan med anledning av att ett avtal har förklarats ogiltigt ska väckas inom ett år från den tidpunkt då avtalet ogiltigförklarades.

**Regeringens bedömning:** En leverantör som har lidit skada till följd av att ett avtal har förklarats ogiltigt kan ha rätt till skadestånd enligt befintliga skadeståndsbestämmelser i LOU och LUF.

**Promemorians bedömning:** Överensstämmer inte med regeringens. I promemorian uttalades att frågan om skadestånd får avgöras mot bakgrund av allmänna skadeståndsrättsliga principer. Promemorian innehöll inte något förslag om komplettering av tidsfristen för att väcka skadeståndstalan.

**Remissinstanserna:** *Konkurrensverket* och *Västra Götalands läns landsting* delar bedömningen i promemorian att någon särskild lagstiftning inte behöver införas. Den avvägning som ska göras vid bedömningen av krav från leverantörer bör kunna ske utifrån allmänna skadeståndsrättsliga principer i skadeståndslagen. *Domstolsverket*, *Konkurrensverket* och *Juridiska fakultetsnämnden vid Stockholms universitet* anser att det i motiven bör tydliggöras att allmänna skadeståndsrättsliga regler ska gälla eftersom det inte framgår av ordalydelsen till den föreslagna bestämmelsen i 16 kap. 19 §. *Region Skåne* och *Sveriges Kommuner och Landsting (SKL)* delar uppfattningen i promemorian, men anför att enligt allmänna skadeståndsrättsliga principer kan den som är berättigad till ersättning för det positiva kontraktsintresset inte få ersättning också för det negativa kontraktsintresset, som sägs i promemorian.

*Konkurrenskommissionen* förordar att den s.k. ettårsfristen för talan om skadestånd vid offentlig upphandling enligt 16 kap. 6 § LOU och 16 kap. 8 § LUF upphävs och ersätts med att talan om skadestånd ska kunna väckas vid allmän domstol så länge det upphandlande avtalsförhållandet pågår. Talan ska dock alltid kunna väckas inom ett år från den tidpunkt som följer av 16 kap. 1 § andra till fjärde styckena LOU eller LUF.

**Skälen för regeringens förslag och bedömning:** Enligt 16 kap. 5 § LOU och 16 kap. 6 § LUF ska en upphandlande myndighet eller enhet som inte har följt bestämmelserna i respektive lag ersätta därigenom uppkommen skada för leverantör. 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 situationen att en leverantör till följd av överträdelse av bestämmelserna om upphandling inte har tilldelats ett kontrakt och därför lidit skada.

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.

Regeringen anser att det är rimligt att det finns möjlighet att få skadestånd för en leverantör som lider skada på grund av att en upphandlande myndighet eller enhet under en upphandling har begått ett fel som medfört att avtalet förklarats ogiltigt. Inte minst preventiva skäl talar för en sådan ordning.

Skadeståndsbestämmelserna i 16 kap. 5 § LOU och 16 kap. 6 § LUF är till sin ordalydelse tillämpliga även på en sådan situation och det bedöms lämpligt att en leverantör som lidit skada på grund av att ett avtal har förklarats ogiltigt ska kunna ansöka om skadestånd enligt de bestämmelserna. Någon lagändring är därför inte nödvändig. Bestämmelserna om ogiltighet innebär att nya situationer kan uppkomma. Det kan tänkas att en leverantör som har ingått ett avtal och börjat fullgöra enligt detta har haft andra kostnader än en leverantör som inte har tilldelats kontraktet. Som exempel kan nämnas att leverantören har ingått hyresavtal eller anställningsavtal som löper med uppsägningstid oaktat att leverantörens avtal med myndigheten har förklarats ogiltigt. Det kan även uppkomma kostnader med anledning av avtal som ingåtts med underleverantörer. I vilken mån skadestånd ska utgå i ett enskilt fall får även fortsättningsvis bli en fråga för rättstillämpningen.

De kriterier för skadeståndsskyldighet och skadeståndets beräkning som HD fastställt i sin praxis bör kunna ge vägledning även för bedömningen av de nytillkomna fallen. Därav kan utläsas att ersättningen som regel bör utgå med uppskattat skäligt belopp, med hänsyn till bl.a. överträdelsens karaktär, nedlagda kostnader och utsikter till vinst (se rättsfallen NJA 2000 s. 712 och 2007 s. 349). Vid den skälighetsbedömning som enligt rättspraxis ska göras bör frågan om en leverantör varit i god eller ond tro i förhållande till myndighetens regelöverträdelse kunna beaktas.

Enligt gällande preskriptionsregler i LOU och LUF ska en talan om skadestånd väckas inom ett år från den tidpunkt då avtal slutits mellan upphandlande myndighet och leverantör. Ett avtal kan, med hänsyn till bl.a. domstolens handläggningstid, ha löpt ut under viss tid innan det ogiltigförklaras. Detta kan i vissa fall leda till att en leverantörs skadeståndsanspråk är preskriberat när avtalet förklarats ogiltigt. För att en leverantör som drabbas av att ett avtal förklarats ogiltigt ska ha möjlighet att hinna väcka talan om skadestånd bör tidsfristen i LOU och LUF för talans väckande därför kompletteras. Regeringen anser att tidsfristen i dessa fall bör fastställas till ett år från den tidpunkt avtalet förklarades ogiltigt. Den kommer därmed att motsvara den tid om ett år från det att ett avtal slöts som gäller för en leverantör som inte tilldelats ett kontrakt. För att införa ytterligare ändringar av preskriptionstiden,

som påtalas av *Konkurrenskommissionen*, saknas emellertid underlag i nu aktuellt lagstiftningsärende.

## 12 Konkurrenspräglad dialog

### 12.1 Konkurrenspräglad dialog införs

**Regeringens förslag:** Upphandlingsförfarandet konkurrenspräglad dialog ska införas i LOU.

Förfarandet ska kunna användas vid upphandling såväl inom som utanför det direktivstyrda området.

**Utredningens förslag** överensstämmer med regeringens.

**Remissinstanserna:** Majoriteten av remissinstanserna tillstyrker förslaget. *Svenska Bussbranschens Riksförbund* avstyrker förslaget såvitt avser upphandling av tjänster som skolskjutstrafik m.m. *Länsrätten i Östergötlands län*, dåvarande *Nämnden för offentlig upphandling (NOU)*, och *Konkurrenskommissionen* avstyrker att förfarandet ska göras tillgängligt även för de upphandlingar som genomförs av bestämmelserna i nuvarande 15 kap. Dåvarande *Verket för förvaltningsutveckling (Verva)* har mycket svårt att tro att konkurrenspräglad dialog kommer att få något större genomslag i Sverige, men anser trots detta att det inte finns anledning att avstå från möjligheten att tillämpa förfarandet. *Kammarrätten i Göteborg*, *NOU* och *Sveriges Offentliga Inköpare (SOI)* avstyrker benämningen på förfarandet. Alternativa förslag på namn som lämnas är dialogupphandling och flexibelt upphandlingsförfarande. *Länsrätten i Östergötlands län* anför vidare att bestämmelserna torde bli svårtillämpade för såväl de som ska upphandla som för rättstillämpningen. Mer vägledande förarbetsuttalanden är därför av värde.

**Skälen för regeringens förslag:** Enligt artikel 29 i det klassiska direktivet får medlemsstaterna genomföra bestämmelser om konkurrenspräglad dialog. Detta förfarande får användas, enligt de närmare förutsättningar som anges i artikeln, av en upphandlande myndighet som genomför särskilt komplicerade kontrakt, om myndigheten i fråga anser att användningen av öppet eller selektivt förfarande inte medger tilldelning av kontraktet. Den upphandlande myndigheten ska offentliggöra ett meddelande om upphandling och inleda en dialog med de anbudssökande som valts ut på närmare föreskrivet sätt. Syftet med dialogen är att identifiera och definiera hur myndighetens behov bäst kan tillgodoses. Under dialogen får den upphandlande myndigheten inte röja för de övriga deltagarna vilka lösningar en deltagare har föreslagit. Efter att ha förklarat dialogen avslutad ska myndigheten uppmana deltagarna att lämna sitt slutgiltiga anbud. Tilldelning av kontrakt ska ske enbart på det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

Enligt gällande bestämmelser i LOU kan upphandlingar ske genom något av förfarandena öppet eller selektivt förfarande. Därutöver finns möjlighet att upphandla genom förhandlat förfarande med föregående

annonsering eller förhandlat förfarande utan föregående annonsering under vissa i lagen givna förutsättningar. Vid upphandling som inte omfattas av direktivet kan upphandlande myndighet även använda förenklat förfarande, urvalsförfarande, samt under vissa givna förutsättningar direktupphandling.

Förfarandet konkurrenspräglad dialog är ett komplement till redan befintliga former av upphandling. Förfarandet präglas särskilt, som berörts, av att det innefattar möjlighet för den upphandlande myndigheten att föra en dialog med utvalda leverantörer i syfte att identifiera och definiera hur myndighetens behov bäst ska kunna tillgodoses. Det ska vara möjligt att använda oavsett om upphandlingen avser byggtreprenader, varor eller tjänster. Avsikten är att konkurrenspräglad dialog ska vara en flexibel procedur för tilldelning av särskilt komplicerade kontrakt när ett öppet eller selektivt förfarande inte medger tilldelning av kontrakt. Förfarandet ska bidra till att skapa goda förutsättningar för ett effektivt resursutnyttjande och förmånliga inköpsvillkor för det allmänna. Konkurrenspräglad dialog kommer att kunna användas när det är omöjligt att utforma någon mer exakt specifikation, samt i de fall när det inte går att utforma specifikationer som gör det möjligt att värdera alla lösningar som marknaden kan erbjuda. Förfarandet är möjligt att använda när den upphandlande myndigheten i stort känner till vilket slutresultat som ska uppnås, men där myndigheten inte i förväg kan fastställa hur resultatet ska uppnås på bästa sätt i form av t.ex. finansiering, rättsfrågor eller tekniska lösningar.

Genom att leverantörerna använder dialogfasen för att presentera sina egna individuella lösningar, kan förfarandet antas leda till ökad kompetens och erfarenhet hos upphandlande myndigheter. Dialogen ökar också möjligheten att beakta t.ex. tekniska innovationer när den upphandlande myndigheten fortlöpande kan diskutera och väga unika lösningar mot varandra. Det är således sannolikt att upphandling genom konkurrenspräglad dialog kan stimulera framväxten av ny teknik.

Upphandlingsutredningen redovisade i sitt betänkande vad som framkommit vid en undersökning av hur några andra medlemsstater ställt sig till förfarandet och därvid närmare studerat hur Belgien, Danmark, Finland, Nederländerna Storbritannien och Österrike genomfört direktivet i denna del (SOU 2006:28). Även Norge har infört möjligheten att använda detta upphandlingsförfarande. Bland andra Danmark och Norge har infört förfarandet endast inom det direktivstyrda området. I Norge framhålls emellertid att förhandlad upphandling även kan nyttjas för upphandling enligt modellen för konkurrenspräglad dialog och att det därmed är möjligt för uppdragsgivaren att använda konkurrenspräglad dialog även under EU:s tröskelvärden (Höringsnotat den 6 april 2005 med forslag till ny forskrift om offentliga anskaffelser, s. 30).

Vissa remissinstanser, *Länsrätten i Östergötlands län*, dåvarande *NOU* och *Konkurrenskommissionen*, har varit kritiska till utredningens förslag att förfarandet skulle vara tillgängligt även för upphandlingar utanför det direktivstyrda området, dvs. som genomförs med stöd av bestämmelserna i nuvarande 15 kap. LOU. Det måste emellertid beaktas att det inte endast är byggtreprenaden, varan eller tjänsten i sig som kan vara komplicerad att upphandla. Många gånger kan frågeställningen i stället röra vilken finansieringsform eller i vilken rättslig form verksamheten

ska bedrivas. En utvärdering genom konkurrenspräglad dialog kan således många gånger vara en avvägning mellan att driva verksamhet i egen eller privat regi, alternativt i konstellationer av offentlig och privat samverkan. Regelverket för upphandling bör i vidaste mån möjliggöra att upphandlande myndigheter kan utvärdera och använda sig av privata alternativ vid all form av upphandling. Upphandling utanför det direktivstyrda området, dvs. upphandling enligt 15 kap. LOU, omfattar bl.a. upphandling av B-tjänster. Exempel på sådana tjänster är undervisning, hälsovård och socialtjänster. Det får anses angeläget ur konkurrenssynpunkt att upphandlande myndigheter medges ett så stort handlingsutrymme som möjligt att utvärdera nya former för samarbeten och finansiering, samt att öka det privata inslaget, även inom dessa sektorer. Den möjlighet som konkurrenspräglad dialog ger till diskussion med leverantörer innan de slutliga anbudena lämnas bör kunna bidra till att precisera den upphandlande myndighetens behov och krav och därigenom bidra också till att genomgående förbättra upphandlingens kvalitet i fråga om finansiering, rättsförhållanden, och tillvaratagande av ny teknik när det gäller särskilt komplicerade kontrakt. Sammanfattningsvis anser därför regeringen, i likhet med utredningen och majoriteten av remissinstanserna, att förfarandet konkurrenspräglad dialog ska vara möjligt att använda för upphandlande myndigheter såväl inom som utanför det direktivstyrda området.

När det gäller den av *Svenska Bussbranschens Riksförbund* lämnade synpunkten att förfarandet inte bör kunna användas i fråga om upphandling av skolskjuts etc., kan konstateras att kontrakt av nämnda slag normalt sett är relativt okomplicerade, vilket gör att det snarare är öppen eller selektiv upphandling som är lämpliga upphandlingsformer för nämnda tjänster. Upphandling genom konkurrenspräglad dialog torde därför normalt inte komma ifråga för upphandling av exempelvis skolskjuts eller sjukresor.

Vissa remissinstanser, *Kammarrätten i Göteborg*, *SOI* och dåvarande *NOU*, har föreslagit att det nya förfarandet inte ska kallas konkurrenspräglad dialog. De har bl.a. framfört att benämningen riskerar att leda tankarna fel eftersom det handlar om ett nytt upphandlingsförfarande och ordet ”-upphandling” därför bör finnas med i benämningen. När det gäller frågan vad förfarandet ska kallas gör regeringen emellertid bedömningen att uttrycket konkurrenspräglad dialog bör användas dels med tanke på att det numera är ett välkänt och inarbetat begrepp, dels med hänsyn till att det är hämtat från direktivet (beträffande befintliga bestämmelser har lagstiftaren valt att ligga så nära upphandlingsdirektiven som möjligt vid genomförandet, prop. 2006/07:128, del II, s. 595). Vidare visar placeringen av de aktuella bestämmelserna i 4 kapitlet LOU, vilket är ett kapitel som behandlar olika upphandlingsförfaranden, att det är fråga om ett särskilt förfarande.

## 12.2 Annonsering m.m.

**Regeringens förslag:** Den upphandlande myndigheten ska annonsera en upphandling som ska göras genom konkurrenspräglad dialog.

**Regeringens bedömning:** Uttrycket beskrivande dokument bör användas i lagtexten, men behöver inte definieras särskilt.

**Utredningens förslag** överensstämmer med regeringens.

**Remissinstanserna:** Dåvarande *Nämnden för offentlig upphandling (NOU)* anser att det tydligare bör framgå av lagstiftningen vad som menas med ett beskrivande dokument, t.ex. genom att begreppet definieras. Övriga remissinstanser har inte yttrat sig i frågan.

**Skälen för regeringens förslag och bedömning:** Utredningen föreslår en bestämmelse om att den upphandlande myndigheten ska annonsera en upphandling som ska göras genom konkurrenspräglad dialog. I annonsen eller i ett beskrivande dokument ska myndigheten ange sina behov och krav. Bestämmelsen motsvarar artikel 29.2 i det klassiska direktivet. I förslaget till författningskommentar uttalar utredningen bl.a. att ett beskrivande dokument är en kompletterande handling där uppdraget som upphandlingen avser beskrivs närmare (SOU 2006:28 s. 382).

Den upphandlande myndigheten ska annonsera en upphandling som ska göras genom konkurrenspräglad dialog. Den upphandlande myndighetens behov och krav kan anges redan i annonsen. Något beskrivande dokument behövs då inte. Om myndighetens krav och önskemål är mer omfattande än vad som framgår av en sedvanlig annonsering kan ett beskrivande dokument vara ett lämpligt underlag för en konkurrenspräglad dialog. Den upphandlande myndigheten bör kunna utforma ett beskrivande dokument på det sätt som den själv bedömer är behövligt i det aktuella fallet med iakttagande av de allmänna principer som gäller inom upphandlingslagstiftningen. Några särskilda krav på innehåll eller utformning av ett beskrivande dokument, utöver de som redan framgår av den föreslagna bestämmelsen, anser regeringen därför inte behövs. Någon särskild definition av begreppet beskrivande dokument föreslås därför inte.

## 12.3 Förutsättningar för att inleda en konkurrenspräglad dialog

**Regeringens förslag:** Konkurrenspräglad dialog ska få användas vid tilldelning av särskilt komplicerade kontrakt om öppet eller selektivt upphandlingsförfarande, alternativt förenklat förfarande eller urvalsförfarande inte medger tilldelning av kontrakt.

**Utredningens förslag:** Överensstämmer delvis med regeringens. Utredningen har föreslagit att en upphandlande myndighet ska få använda sig av konkurrenspräglad dialog vid tilldelning av särskilt

komplikerade kontrakt, om den anser att användningen av öppet eller selektivt upphandlingsförfarande inte medger tilldelning av kontrakt.

**Remissinstanserna:** Flertalet av remissinstanserna har inte framfört någon invändning mot förslaget. *Silf Competence* avstyrker utredningens förslag och anför att överväganden på objektiva grunder ska bestämma om konkurrenspräglad dialog får användas. *Riksgäldskontoret* påpekar att utredningen har en ”normalt kunnig och insiktsfull upphandlande enhet” som utgångspunkt för bedömningen av vad som är ett särskilt komplicerat kontrakt. Detta riskerar att bli svårtillämpat i praktiken eftersom upphandlande myndigheter kan vara allt från stora centrala myndigheter eller landsting till små myndigheter eller små kommuner. Fråga uppkommer om särskilt komplicerade kontrakt i praktiken endast är stora infrastruktur- eller försvarsprojekt eller även mer vardagliga projekt som införande av ett dokumenthanteringssystem på en medelstor myndighet. *Arbetsgivarföreningen KFO* anför att utredningen inte har givit någon klar definition av hur gränsen mellan särskilt komplicerade kontrakt och övriga kontrakt ska dras och att den bristen bör åtgärdas innan förfarandet införs.

**Skälen för regeringens förslag:** Enligt artikel 28 andra stycket andra meningen i det klassiska direktivet får, under de särskilda förhållanden som uttryckligen anges i artikel 29, en upphandlande myndighet vid offentlig upphandling tillämpa den konkurrenspräglade dialogen.

Vissa särskilda förutsättningar för att få tillämpa förfarandet konkurrenspräglad dialog måste således vara uppfyllda. I annat fall är den upphandlande myndigheten hänvisad till öppet eller selektivt förfarande eller annat lämpligt förfarande enligt LOU.

Av artikel 29.1 första stycket i direktivet framgår att vid särskilt komplicerade kontrakt får medlemsstaterna föreskriva att den upphandlande myndigheten, om den anser att användningen av öppet eller selektivt förfarande inte medger tilldelning av kontrakt, får använda sig av en konkurrenspräglad dialog.

I beaktandesats 31 i direktivet framgår bl.a. följande. Upphandlande myndigheter som genomför särskilt komplicerade projekt kan objektivt sett vara oförmögna att specificera vilka medel som kan tillgodose deras behov eller bedöma vad marknaden kan erbjuda i form av tekniska och/eller finansiella och rättsliga lösningar, utan att därmed behöva utsättas för någon kritik. Det understryks således att bedömningen av om konkurrenspräglad dialog får användas ska ske på objektiva grunder.

Utredningen framhåller att bedömningen av om ett kontrakt är särskilt komplicerat ska göras med utgångspunkt i kontraktet som sådant och inte i den upphandlande myndighetens subjektiva uppfattning om sin förmåga att genomföra en öppen eller selektiv upphandling. Bedömningen ska i stället ske utifrån vad som för en normalt kunnig och insiktsfull personal på en upphandlande myndighet framstår som särskilt komplicerat. Konkurrenspräglad dialog är ett upphandlingsförfarande vid sidan av andra förfaranden. De allmänna gemenskapsrättsliga principer som generellt ska tillämpas vid upphandling ska därför tillämpas också vid användning av konkurrenspräglad dialog (SOU 2006:28, s. 122 och 123).

Det ska således inte enbart vara den aktuella myndighetens uppfattning om vad som är ett särskilt komplicerat kontrakt som är avgörande för om konkurrenspräglad dialog ska få användas. Denna bedömning ska kunna



göras på mer objektiva grunder. Det sagda utesluter dock inte att det eventuellt i praktiken kommer att ställas lägre krav på en liten myndighet utan större resurser än på en större myndighet, vilket påpekas av *Riksgäldskontoret*. Utgångspunkten är dock som angetts att det är kontraktet i sig som ska vara särskilt komplicerat för att konkurrenspräglad dialog ska få användas.

Regeringen föreslår att bedömningen av när konkurrenspräglad dialog får tillämpas ska göras utifrån vad som rimligen kan krävas av den upphandlande myndigheten. Konkurrenspräglad dialog får således användas om det inte rimligen kan begäras att myndigheten ska kunna definiera de prestanda- och funktionskrav som kan tillgodose dess behov eller med vilka dess mål kan uppnås. Detsamma gäller när det inte rimligen kan begäras av myndigheten att den ska kunna ange den rättsliga eller finansiella utformningen av ett projekt.

När det gäller frågan vad som är särskilt komplicerade kontrakt är utgångspunkten att förfarandet är tänkt för situationer då den upphandlande myndigheten vet vad den önskar uppnå för resultat, men inte kan avgöra hur detta resultat ska uppnås. Utredningen hänvisade till att man i Danmark som exempel på särskilt komplicerade kontrakt angivit upphandlingar på områden där den tekniska utvecklingen går snabbt (a. bet. s. 117). Det är ofrånkomligt att frågan om vad som är särskilt komplicerade kontrakt får avgöras från fall till fall och att den närmare avgränsningen kommer att utvecklas i rättspraxis.

## 12.4 Genomförandet av en konkurrenspräglad dialog

**Regeringens förslag:** När förutsättningar för konkurrenspräglad dialog föreligger och den upphandlande myndigheten beslutat att använda sig av förfarandet ska den inleda en dialog med de anbudssökande som har valts ut. Dialogens syfte ska vara att identifiera och bestämma hur den upphandlande myndighetens behov bäst kan tillgodoses. Under dialogen ska myndigheten få diskutera alla aspekter av kontraktet med de utvalda anbudssökandena.

**Utredningens förslag** överensstämmer med regeringens.

**Remissinstanserna:** Det stora flertalet av remissinstanserna har inte yttrat sig särskilt i frågan. *Västra Götalands läns landsting*, dåvarande *Verket för förvaltningsutveckling (Verva)* och *Sveriges Kommuner och Landsting (SKL)* anför att det är en begränsande faktor att dialogen måste föras individuellt med varje enskild deltagare och endast avse den deltagarens lösning. Det är endast i de fall deltagaren ger sitt samtycke som en lösning kan bli föremål för diskussion och läggas till grund för själva anbudsgivningen. *Stockholms läns landsting* anför att förfarandet gör det möjligt för den upphandlande myndigheten att föra en dialog med utvalda leverantörer för att komma fram till hur myndighetens behov bäst kan tillgodoses. Dåvarande *Arbetsmarknadsstyrelsen (AMS)* ställer sig positiv och anför att möjligheten till diskussion med leverantörer innan de slutliga anbudena lämnas bör kunna bidra till att precisera den

upphandlande myndighetens behov och krav och därigenom bidra också till att förbättra upphandlingars kvalitet särskilt i komplicerade kontrakt.

**Skälen för regeringens förslag:** Enligt artikel 29.3 första stycket i det klassiska direktivet ska den upphandlande myndigheten inleda en dialog med de anbudssökande som valts ut enligt bestämmelserna i artiklarna 44–52, där dialogens syfte ska vara att identifiera och definiera hur dess behov bäst ska kunna tillgodoses. Under denna dialog får myndigheten diskutera alla aspekter av kontraktet med de utvalda anbudssökandena. I artikelns tredje stycke anges att den upphandlande myndigheten inte får röja för de andra deltagarna vilka lösningar en deltagare har föreslagit eller annan konfidentiell information som någon deltagare har lämnat utan dennes samtycke.

Syftet med förfarandet konkurrenspräglad dialog är just att genom att kunna föra dialoger med olika potentiella leverantörer kunna identifiera och definiera hur myndighetens behov bäst kan tillgodoses när detta inte står klart för myndigheten. Det är fråga om en dialog, dvs. som förs individuellt mellan den upphandlande myndigheten och varje enskild deltagare och endast avser den deltagarens lösning. Det kan som några remissinstanser, *Västra Götalands läns landsting*, *Verva* och *SKL*, anfört uppfattas som begränsande. Det får dock beaktas att det skulle kunna leda till att färre leverantörer önskar delta i en konkurrenspräglad dialog om en föreslagen lösning även skulle kunna offentliggöras för andra potentiella leverantörer. En ingiven lösning får den upphandlande myndigheten inte utan samtycke avslöja för andra deltagare. Avsikten i direktivet torde emellertid, med hänsyn till vad som uttrycks om samtycke i tredje stycket i artikeln, vara att om samtycke lämnas kan en lösning dock bli föremål för allmän diskussion mellan upphandlande myndighet och flera deltagare. Om en sådan allmän diskussion kan föras är således något som får bestämmas ifrån fall till fall beroende främst på anbudssökandenas önskemål och medgivanden.

## 12.5 Möjlighet att bestämma att dialogen ska genomföras i successiva steg

**Regeringens förslag:** Den upphandlande myndigheten ska kunna bestämma att dialogen ska genomföras i successiva steg för att begränsa antalet lösningar som ska diskuteras under dialogen. Detta ska anges i annonsen eller det beskrivande dokumentet.

**Utredningens förslag** överensstämmer med utredningens.

**Remissinstanserna:** Inga remissinstanser har yttrat sig särskilt i denna fråga.

**Skälen för regeringens förslag:** I beaktandesats 41 i det klassiska direktivet anges att det med hänsyn till den flexibilitet som kan behövas och till de alltför höga kostnaderna som hör samman med upphandlingsmetoder, bör tillåtas att den upphandlande myndigheten genomför förfarandet i successiva steg. Syftet är att på grundval av på förhand angivna tilldelningskriterier efterhand minska det antal anbud som myndigheten fortsätter att diskutera eller förhandla om.

Begränsningen bör garantera verklig konkurrens under förutsättning att det finns tillräckligt antal lämpliga lösningar eller anbudssökande.

Om den upphandlande myndigheten avser att genomföra dialogen i successiva steg, ska det anges i annonsen eller det beskrivande dokumentet. När det gäller genomförande av en dialog i successiva steg är det förslag på lösningar och inte leverantörer som ska väljas bort under dialogfasen. Om en leverantör har lämnat flera förslag till olika lösningar är denne således kvar i dialogen så länge inte samtliga av den leverantören lämnade lösningar har uteslutits.

## 12.6 Avslutande av dialogen och underrättelse om beslut under pågående dialog samt möjlighet till överprövning

**Regeringens förslag:** Den upphandlande myndigheten ska fortsätta dialogen fram till dess att myndigheten har funnit den eller de lösningar som tillgodoser dess behov. Dialogen ska då förklaras avslutad.

En upphandlande myndighet ska vara skyldig att underrätta de anbudssökande om att den konkurrenspräglade dialogen har avslutats.

**Utredningens förslag:** Överensstämmer endast delvis med regeringens. Utredningen har föreslagit att en upphandlande myndighet ska vara skyldig att underrätta anbudssökandena om beslut om att använda konkurrenspräglad dialog, att välja ut vissa leverantörer med vilka dialogen ska inledas, att utesluta en lösning, att avsluta dialogen, och beslut som avser ändringar i det valda anbudet.

**Remissinstanserna:** De remissinstanser som yttrat sig är i huvudsak kritiska. Flera av dem anser att möjligheterna till överprövning behöver klargöras. *Sveriges Akademikers Centralorganisation (SACO)* tillstyrker att det ska vara möjligt att överpröva ett beslut om att konkurrenspräglad dialog ska användas. *Kammarrätten i Jönköping* anför att utredningen öppnar för överprövningar i upp till sex led under förfarandet. Det framgår inte av betänkandet om en ansökan om överprövning ska kunna anhängiggöras så snart en missnöjd leverantör fått del av sådan underrättelse. Om så är tanken, bör det övervägas om en sådan ordning är den ur rättssäkerhets- och effektivitetshänseende mest optimala, inte minst mot bakgrund av den risk för samtidigt pågående överprövningar av olika delar av upphandlingen som utredningen själv anför som ett skäl mot ett införande av preklusionsfrister. *Skatteverket* avstyrker förslaget och anför att minst fyra beslut kan komma att bli föremål för överprövning, vars tidsutdräkt helt förtar den positiva effekten av att tillämpa förfarandet konkurrenspräglad dialog. *Ekonomistyrningsverket (ESV)* anser att det inte bör införas en underrättelseskyldighet för beslut om att välja ut vissa leverantörer för inledande av dialogen eller för beslut om att utesluta en lösning. Verket anser att det inte heller bör införas särskilda underrättelseskyldigheter för de beslut som fattas under förfarandet utöver de som är föreskrivna i direktivet. Vidare anför att en möjlighet att begära överprövning av beslutet att avsluta dialogen innebär

att det i praktiken är leverantören som kan avgöra när dialogen avslutas och inte den upphandlande myndigheten. Leverantören kan härigenom förlänga dialogen med upphandlande myndigheten även om den själv anser att den funnit en lösning som tillgodoser dess behov. *Silf Competence* avstyrker i huvudsak den föreslagna underrättelseskyldigheten. Inställningen motiveras med att förslagen inte har någon motsvarighet i direktivet samt att det saknas anledning att ställa strängare krav på upphandlande myndigheters informationsplikt vid konkurrenspräglad dialog än vid selektiv eller förhandlad upphandling. *Vägverket* anför bl.a. att om underrättelseskyldighet införs, bör det beaktas att motsvarande skyldighet bör införas även avseende förfarandena selektivt och förhandlat förfarande liksom urvalsupphandling, eftersom dessa förfaranden i vissa delar följer samma steg i en upphandling och skäl saknas för att hantera frågan olika i dessa förfaranden. *Sveriges Offentliga Inköpare (SOI)* anför bl.a. att det måste klargöras vilken möjlighet till överprövning som föreligger i olika faser av processen. *Riksgäldskontoret* och *Karlstads kommun* anför att vissa begränsningar bör införas för rätten till överprövning, eftersom upphandlingsformen annars kan bli väldigt utdragen. Riksgäldskontoret anför även att preklusionsfrister med fördel kan användas för denna upphandlingsprocess.

**Skälen för regeringens förslag:** Enligt artikel 29.6 första stycket i det klassiska direktivet ska den upphandlande myndigheten efter att ha förklarat dialogen avslutad och efter att ha informerat deltagarna om detta uppmana dem att lämna sitt slutgiltiga anbud på grundval av den eller de lösningar som lagts fram och specificerats under dialogen. Dessa anbud ska innehålla alla de faktorer och villkor som leverantören anser är nödvändiga för projektets genomförande.

Enligt de allmänna reglerna i artikel 41.1 i direktivet ska den upphandlande myndigheten underrätta anbudssökande och anbudsgivare om tilldelningen av ett kontrakt. Denna artikel är genomförd i 9 kap. 9 § LOU.

När det gäller konkurrenspräglad dialog anges i artikel 29.6 en skyldighet för den upphandlande myndigheten att informera deltagarna i en konkurrenspräglad dialog om sitt beslut att avsluta dialogen. Någon skyldighet att dessförinnan underrätta sökandena om beslut rörande en konkurrenspräglad dialog föreskrivs inte.

Frågan är om det finns anledning att gå utöver direktivet i detta hänseende och, såsom utredningen har föreslagit, föreskriva en skyldighet att underrätta anbudssökanden även rörande andra beslut. Utredningen föreslår en skyldighet för upphandlande myndighet att underrätta om en rad olika beslut under upphandlingsförfarandet som kan vara av särskilt intresse från leverantörernas perspektiv. Genom att formalisera processen på detta sätt finns det dock, som flera remissinstanser, bl.a. *Skatteverket*, har påpekat, en risk för att tidsutdräkten riskerar att bli så stor på grund av domstolsprocesser att det blir ointressant för upphandlande myndigheter att tillämpa det nya förfarandet.

Ett alternativ är att i stället överlåta på de upphandlande myndigheterna att hantera och planera den närmare utformningen av förfarandet. Samtidigt måste dock beaktas att konkurrenspräglad dialog kan involvera

stora kostnader och risker för såväl upphandlande myndigheter som leverantörer. Fel och brister i förfarandet bör därför påtalas och rättas så tidigt som möjligt i upphandlingsprocessen. Erfarenheter från Storbritannien visar t.ex. att en konkurrenspräglad dialog med tre anbudsgivare och tre dialogomgångar jämte utvärderingar tar i snitt 80 veckor att genomföra, oräknat den tid det tar för myndigheten att ta fram underlaget för förfarandet. Det normala förfarandet torde således vara att den upphandlande myndigheten håller en nära kontakt med de anbudssökande och underrättar om sina beslut fortlöpande under dialogen. Som anförs av *Riksgäldskontoret* och *Karlstads kommun* kan överprövningar under den pågående dialogen leda till att upphandlingsformen blir påtagligt utdragen. Detta talar enligt regeringens mening mot att i denna del gå utöver direktivet och införa bestämmelser om formell underrättelseskyldighet under förfarandet enligt utredningens förslag.

Det kan vidare tilläggas att det i avsnitt 8.7.1 föreslås bl.a. en generell möjlighet till överprövning inom tio eller 15 dagar från tilldelningsbeslutet när upphandling med avtalsspärr ska iakttas. Finns endast en anbudsgivare behöver avtalsspärr inte iakttas. De föreslagna bestämmelserna om överprövning är tillämpliga på alla upphandlingsförfaranden. Någon särreglering för konkurrenspräglad dialog föreslås således inte. Enligt förslaget finns inget som hindrar att en ansökan om överprövning av ett beslut ges in före tilldelningsbeslutet. Enligt förslaget finns det inte heller någon bestämmelse som utesluter möjligheten för leverantörer att åberopa omständigheter under upphandlingsförfarandet som har föregått tilldelningsbeslutet. Leverantörens möjlighet att angripa fel och brister i ett förfarande är således inte beroende av en föreskriven skyldighet att underrätta om beslut som föregår tilldelningsbeslutet. En nackdel med denna ordning är, som *Riksgäldskontoret* varit inne på, att en leverantör kan avvakta utvecklingen av dialogen och åberopa invändningar mot tidigare beslut i proceduren. Denna ordning gäller dock genomgående för alla förfaranden. I avsnitt 8.4 övervägs införande av en preklusionsfrist i LOU och LUF. Regeringen gör därvid bedömningen att det inte bör införas en preklusionsfrist generellt i LOU och LUF och det finns inte anledning att göra någon annan bedömning när det gäller konkurrenspräglad dialog. Skulle det förekomma fel i förfarandet, är det naturligtvis positivt för alla intressenter att det påtalas och rättas så tidigt som möjligt i förfarandet. Normalt torde detta ofta kunna ske under den dialog myndigheten för med anbudssökandena, alternativt genom överprövning.

Sammanfattningsvis gör regeringen således bedömningen att det inte finns något behov av att gå utöver den underrättelseskyldighet som direktivet föreskriver. Det föreslås därför en underrättelseskyldighet för beslut om att avsluta dialogen, men inte någon skyldighet att underrätta om andra beslut under förfarandet.

## 12.7 Uppmaning att klarlägga och precisera ett anbud

**Regeringens förslag:** Den upphandlande myndigheten ska få uppmana en deltagande anbudsgivare att klarlägga och precisera ett anbud. Detta får dock inte innebära att grundläggande delar av anbudet eller inbjudan att lämna anbud ändras så att det påverkar konkurrensen eller leder till diskriminering.

**Utredningens förslag** överensstämmer med regeringens.

**Remissinstanserna:** *Sveriges Kommuner och Landsting (SKL)* anför att det är en nackdel med förfarandet jämfört med förhandlat förfarande att det inte är tillåtet att förhandla eller att föra en dialog i tilldelningsfasen, dvs. när leverantörerna har lämnat sina slutliga anbud. Eftersom det handlar om särskilt komplicerade upphandlingar är det obegripligt varför det inte är tillåtet att förhandla med leverantörerna i tilldelningsfasen. Övriga remissinstanser har inte yttrat sig i frågan.

**Skälen för regeringens förslag:** Enligt artikel 29.6 andra stycket i det klassiska direktivet får slutgiltiga anbud klarläggas, preciseras och finjusteras på begäran av den upphandlande myndigheten. Sådana klarlägganden, preciseringar, finjusteringar eller kompletteringar får dock inte leda till att grundläggande delar av anbudet eller inbjudan att lämna anbud ändras, eftersom en sådan ändring riskerar att snedvrیدا konkurrensen eller ha en diskriminerande effekt.

För det fall mer omfattande förhandlingar eller ändringar av ett anbud skulle medges i detta skede, skulle det vara svårt att förhindra att konkurrensen mellan olika leverantörer skulle snedvridas och begränsning av konkurrensen uppstå. Utrymmet för att med stöd av denna bestämmelse ändra ett anbud är således mycket begränsat. Det gäller särskilt grundläggande delar av ett anbud.

## 12.8 Värdering och antagande av anbud

**Regeringens förslag:** Den upphandlande myndigheten ska värdera anbuden på grundval av tilldelningskriterierna, som ska anges i annonsen eller i det beskrivande dokumentet, och anta det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga. Den upphandlande myndigheten ska kunna uppmana den anbudsgivare vars anbud har identifierats som det ekonomiskt mest fördelaktiga att precisera vissa aspekter i anbudet eller att bekräfta åtaganden som anges där. Detta får dock inte leda till ändring av väsentliga delar av anbudet eller inbjudan, snedvridning av konkurrensen eller diskriminering.

**Utredningens förslag** överensstämmer med regeringens.

**Remissinstanserna** har inte haft några invändningar mot förslaget.

**Skälen för regeringens förslag:** I artikel 29.7 första stycket i det klassiska direktivet anges att den upphandlande myndigheten ska välja det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga enligt artikel 53. I artikel 53 anges olika kriterier som är kopplade till föremålet för det offentliga kontraktet i fråga, t.ex. kvalitet, pris, tekniska fördelar,

estetiska och funktionella egenskaper, miljöegenskaper, driftkostnader, kostnadseffektivitet, eftermarknadsservice och tekniskt stöd, leveransdag och leveranstid eller tid för fullgörandet. I artikel 29.7 andra stycket anges att på den upphandlande myndighetens begäran kan den anbudsgivare vars anbud har identifierats som det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet anmodas att klargöra vissa aspekter i anbudet eller att bekräfta åtaganden som anges i detta. Detta får dock ske under förutsättning att det inte leder till ändring av väsentliga delar av anbudet eller inbjudan att lämna anbud, snedvridning av konkurrensen eller diskriminering.

Med hänsyn till komplexiteten i upphandlingar av det aktuella slaget är det uteslutet att endast priset kan vara avgörande för val av leverantör. Som exempel på vad som vid sidan av priset kan ges betydelse ger uppräkningsen i artikel 53 en vägledning. Det är således en rad olika kriterier som kan tillmätas betydelse. Vilka som är aktuella i det enskilda fallet, får enligt regeringens mening fastställas beroende på vad dialogen avser.

## 12.9 Anbud på andra anbudsgivares förslag

**Regeringens bedömning:** Det är inte uteslutet att andra anbudsgivare kan få lägga anbud på konkurrerande anbudsgivares förslag till lösning. Detta förutsätter dock att den konkurrerande anbudsgivaren ger samtycke till att erforderlig information om lösningen lämnas som underlag för anbudsgivningen.

**Utredningen** har inte lämnat något förslag eller närmare uttalat sig i denna fråga.

**Remissinstanserna:** Bland andra *Riksgäldskontoret* påpekar att det inte är klarlagt om andra leverantörer får lägga anbud på annan leverantörs förslag till lösning.

**Skälen för regeringens bedömning:** Enligt artikel 29.6 första stycket i det klassiska direktivet ska den upphandlande myndigheten, efter att ha förklarat dialogen avslutad och efter att ha informerat deltagarna om detta, uppmana dem att lämna sina slutgiltiga anbud på grundval av den eller de lösningar som lagts fram och specificerats under dialogen. Dessa anbud ska innehålla alla de faktorer och villkor som är nödvändiga för projektets genomförande.

Upphandlingsutredningen anger att den utgår från att det i regel är fråga om att varje leverantörs slutliga anbud ska avse den leverantörens lösning (SOU 2006:28 s. 126). Regeringen anser dock att direktivet ska tolkas så att det inte är uteslutet att andra leverantörer ska få lägga anbud på konkurrerande leverantörens förslag till lösning. Eftersom de lösningar som föreslås ska behandlas konfidentiellt, förutsätter detta dock att den konkurrerande leverantören ger samtycke till att erforderlig information om lösningen lämnas som underlag för anbudsgivning. För en leverantör kan det vara förknippat med betydande risker att lämna ut information till konkurrenter. Det torde inte heller föreligga något intresse av att bjuda in till ytterligare konkurrens om den egna lösningen valts ut.

Sammanfattningsvis bör det dock enligt regeringens mening vara möjligt att bereda konkurrerande leverantörer att lämna anbud på en anbudsgivares förslag till lösning.

## 12.10 Krav på kompetens hos en upphandlande myndighet

**Regeringens bedömning:** Det bör inte ställas särskilda kompetenskrav på de personer som hanterar en konkurrenspräglad dialog.

**Utredningen** har inte yttrat sig i frågan.

**Remissinstanserna:** *Konkurrensverket* anför att införandet av möjligheten att använda t.ex. konkurrenspräglad dialog får anses innebära ytterligare krav på att de upphandlande myndigheterna har hög beställarkompetens. Den valda utformningen av konkurrenspräglad dialog kan t.ex. oavsiktligt medföra att konkurrensen helt eller delvis sätts ur spel mellan leverantörerna. Det finns t.ex. risk att inköparen ger en leverantör mer information än andra leverantörer om upphandlingens omfattning och inriktning. Risk finns också att leverantörer får tillgång till varandras idéer eller tekniska lösningar på ett sätt som undergräver förtroendet för den offentliga upphandlingen. *Sveriges Arkitekter* och *Svensk Teknik och Design* (STD) förordar ett kompetenskrav motsvarande det som ställs på en jury i en projekttävling på personer som handlar en konkurrenspräglad dialog.

**Skälen för regeringens bedömning:** Vid användandet av konkurrenspräglad dialog torde det ofta röra sig om betydande offentliga ekonomiska satsningar, vilket kräver gedigen kompetens hos dem som genomför upphandlingen för den upphandlande myndigheten. Sådan kompetens finns normalt hos myndigheterna. I den mån särskild kunskap på ett visst område behövs, kan myndigheten inhämta sådan kunskap särskilt för att tillförsäkra sig om att den offentliga investeringen utfaller på bästa möjliga sätt. Något behov av ett särskilt i författning föreskrivet krav på kompetens för att ombesörja en konkurrenspräglad dialog bedöms därför inte föreligga. Däremot avser regeringen, som framgår av följande avsnitt, att ge en myndighet i uppdrag att ta fram en vägledning för detta upphandlingsförfarande.

## 12.11 Vägledning

**Regeringens bedömning:** En myndighet bör ges i uppdrag att ta fram en vägledning för konkurrenspräglad dialog.

**Utredningen** har inte behandlat frågan.

**Remissinstanserna:** Flera remissinstanser anför att bestämmelserna om konkurrenspräglad dialog kan bli svårtillämpade och att det finns flera oklarheter som riskerar att skapa rättsosäkerhet. *Verket för högskoleservice (VHS)* föreslår att en vägledning tas fram. *Institutet för tillväxtpolitiska studier (ITPS)* föreslår att en handbok tas fram.



**Skälen för regeringens bedömning:** Konkurrenspräglad dialog ska vara en flexibel procedur för tilldelning av särskilt komplicerade kontrakt när ett öppet eller selektivt förfarande inte medger tilldelning av kontrakt. Förfarandet ska bidra till att skapa goda förutsättningar för ett effektivt resursutnyttjande och förmånliga inköpsvillkor för det allmänna. Konkurrenspräglad dialog får användas när den upphandlande myndigheten känner till vilket slutresultat som ska uppnås, men där myndigheten inte i förväg kan fastställa hur resultatet ska uppnås på bästa sätt i form av t.ex. finansiering, rättsfrågor såsom ägarförhållanden m.m. eller tekniska lösningar. Det är angeläget att denna upphandlingsform kan användas på ett ändamålsenligt sätt som gynnar alla inblandade. Konkurrenspräglad dialog innebär också ett nytt sätt för upphandlande myndigheter och leverantörer att kommunicera med varandra. Ur konkurrenssynpunkt innebär denna dialog både möjligheter och risker. Möjligheterna är bl.a. att dialogen ger ökat utrymme att beakta specifika lösningar som kan stimulera framväxten av ny teknik samt nya finansiella och rättsliga lösningar. Den erbjuder således gynnsamma förutsättningar för upphandlande myndigheter att driva fram nya och bättre alternativ för framtiden. Det finns dock risker med förfarandet, som några remissinstanser också har påpekat. Under dialogen kommer den upphandlande myndigheten att få ta del av leverantörernas förslag på lösningar. Sådan information kan ofta innehålla företagshemligheter som inte får spridas till konkurrenterna. Här finns således en risk att andra leverantörer får tillgång till varandras idéer eller tekniska lösningar på ett sätt som undergräver förtroendet för den offentliga upphandlingen. Vägledning om bra rutiner för att säkerställa att information hanteras på korrekt kan därför behövas. Det finns också en risk att konkurrensen helt eller delvis sätts ur spel mellan leverantörerna om en leverantör, oavsiktligt, får mer information än andra leverantörer om upphandlingens omfattning och inriktning. Konkurrensaspekten talar även här för vikten av rutiner som säkerställer likabehandling av leverantörerna.

Mot denna bakgrund gör regeringen, i likhet med *VHS* och *ITPS*, bedömningen att det bör tas fram en vägledning för konkurrenspräglad dialog. Enligt regeringens mening bör en myndighet ges i uppdrag att ta fram vägledningen. Vidare kan det övervägas om det, när lagstiftningen har varit i kraft en tid, bör göras en utvärdering av hur förfarandet kommit att användas.

## 12.12 Anbudsgivares rätt till ersättning

<p><b>Regeringens förslag:</b> Den upphandlande myndigheten ska bestämma om priser eller betalning ska ges till deltagarna i en konkurrenspräglad dialog.</p>
---

**Utredningens bedömning** överensstämmer med regeringens förslag.

**Remissinstanserna:** De remissinstanser som yttrat sig särskilt i frågan, *Sveriges Arkitekter* och *Svensk Teknik och Design*, föreslår att betalning ska utgå till deltagare i en konkurrenspräglad dialog.

**Skälen för regeringens förslag:** Enligt artikel 29.6 i det klassiska direktivet får den upphandlande myndigheten besluta om priser och betalning till deltagarna i dialogen.

Utredningen föreslår att direktivets bestämmelse genomförs i enlighet med dess lydelse.

Det kan inte anses vara ekonomiskt försvarbart att generellt föreskriva att deltagare, eller deltagare med förslag på lösningar som nått en viss nivå i förfarandet, ska tillerkännas ersättning. Det får i stället anses ligga inom ramen för de upphandlande myndigheternas kompetens att själva bestämma när det är befogat att låta ekonomisk kompensation utgå till deltagarna. Regeringen föreslår därför att den upphandlande myndigheten ska få bestämma i fråga om utdelning av priser eller fastställande av ersättning till deltagare i en konkurrenspräglad dialog.

### 12.13 Sekretess hos upphandlande myndighet för innehåll i förslag på lösningar

**Regeringens bedömning:** Nödvändiga bestämmelser om sekretess och skydd för företagshemligheter hos upphandlande myndighet finns i offentlighets- och sekretesslagen (2009:400) respektive lagen (1990:409) om skydd för företagshemligheter. Någon särskild bestämmelse om sekretess för innehåll som lämnas under pågående konkurrenspräglad dialog bör inte införas.

**Utredningens förslag:** Överensstämmer inte med regeringens bedömning. Utredningen föreslår en bestämmelse i LOU enligt vilken den upphandlande myndigheten ska se till att alla deltagande leverantörer behandlas lika under dialogen och därvid särskilt beakta att upplysningar inte får lämnas ut på sådant sätt att någon eller några leverantörer gynnas i förhållande till andra.

**Remissinstanserna:** Dåvarande *Nämnden för offentlig upphandling (NOU)* ifrågasätter om förslaget är helt utrett i förhållande till gällande sekretessregler, bl.a. när det gäller bibehållandet av företagshemligheter.

**Skälen för regeringens bedömning:** Enligt artikel 29.3 andra och tredje styckena i det klassiska direktivet ska den upphandlande myndigheten garantera lika behandling av samtliga anbudsgivare under dialogen. De ska i synnerhet inte särbehandla någon genom att lämna ut information som kan gynna vissa anbudsgivare i förhållande till andra. Den upphandlande myndigheten får inte röja för de övriga deltagarna vilka lösningar en deltagare har föreslagit eller annan konfidentiell information som någon deltagare har lämnat utan dennes samtycke. Utredningen föreslår att en bestämmelse tas in i LOU som motsvarar nämnda artiklar i direktivet.

Enligt 19 kap. 3 § andra stycket offentlighets- och sekretesslagen råder i ärenden om upphandling s.k. absolut sekretess för uppgifter som rör ett anbud. Denna sekretess gäller till skydd för det allmännas ekonomiska intressen men eftersom den är absolut – dvs. sekretessen gäller utan någon skadeprövning för de uppgifter som omfattas av bestämmelsen – blir följden att även uppgifter om enskildas ekonomiska förhållanden

skyddas under tiden fram till dess att alla anbud offentliggörs eller ett tilldelningsbeslut fattats. Uppgifterna omfattas alltid av sekretess.

Efter tilldelningsbeslutet tillgodoses enskildas behov av sekretess genom bestämmelserna i 31 kap. 16–18 §§ offentlighets- och sekretesslagen. Enligt dessa bestämmelser får enskilda affärs- eller driftförhållanden inte lämnas ut om det av särskild anledning kan antas att det är till skada för den enskilde. Sekretess gäller för uppgift i allmän handling i högst 20 år. Är det en handling som innehåller villkoren i ett slutet avtal gäller dock sekretessen längst till dess två år har förflutit från det avtalet slöts, eller högst fem år när fråga är om en sådan handling hos ett statligt affärsverk, Försvarets materielverk eller i en kommunal affärsverksamhet.

Enligt 31 kap. 19 § samma lag får dock regeringen för ett särskilt fall förordna om undantag från sekretessen, om den finner det vara av vikt att uppgiften lämnas. I 9 kap. 3 § offentlighets- och sekretesslagen erinras bl.a. om att även uppgifter om bestämmelser om tystnadsplikt för företagshemligheter finns, förutom i offentlighets- och sekretesslagen, även i lagen (1990:409) om skydd för företagshemligheter.

Enligt 1 § lagen om skydd för företagshemligheter avses med företagshemligheter i den lagen, sådan information om affärs- eller driftförhållanden i en näringsidkares rörelse som näringsidkaren håller hemlig och vars röjande är ägnat att medföra skada för honom i konkurrenshänseende. Enligt 6 § samma lag är den som uppsåtligen eller av oaktsamhet utnyttjar eller röjer en företagshemlighet hos en näringsidkare som han i förtroende har fått del av i samband med en affärsförbindelse med näringsidkaren skadeståndsskyldig gentemot honom.

Som framgår omfattar lagen ett skydd för företagshemligheter såväl i det privata näringslivet som i det allmännas verksamhet. För myndigheter och organ som omfattas av offentlighets- och sekretesslagen är lagen om skydd för företagshemligheter dock subsidiär till offentlighets- och sekretesslagen (prop. 1987/88:155, bet. 1989/90:LU37). En uppgift hos en myndighet kan anses utgöra en företagshemlighet bara så länge som sekretess enligt tillämplig sekretessbestämmelse gäller för uppgiften (se t.ex. Regner m.fl., Sekretesslagen – En kommentar, s. 1:37).

Uppgifter som omfattas av sekretess hos myndigheter regleras i offentlighets- och sekretesslagen. Därutöver finns vissa bestämmelser om tystnadsplikt i lagen om företagshemligheter. Mot denna bakgrund anser regeringen att det inte behövs några särskilda bestämmelser om sekretess för förfarandet konkurrenspräglad dialog hos upphandlande myndigheter.

Utredningens förslag på bestämmelse innehåller även krav på likabehandling av alla deltagande leverantörer. Av 1 kap. 9 § LOU framgår dock redan att leverantörer bl.a. ska behandlas likvärdigt och ickediskriminerande. Någon ytterligare reglering med krav på likabehandling vid konkurrenspräglad dialog behövs således inte.

## 13 Elektronisk auktion

### 13.1 Elektronisk auktion enligt direktiven

Enligt artikel 54.1 i det klassiska direktivet och artikel 56.1 i försörjningsdirektivet får medlemsstaterna tillåta användning av elektroniska auktioner vid upphandling. Av artikel 1.7 i det klassiska direktivet framgår vad som avses med begreppet.

”elektronisk auktion: en upprepad process med hjälp av elektroniska medel för att presentera nya lägre priser och/eller nya värden för vissa delar av anbudet, vilken genomförs efter en första fullständig utvärdering av anbudet och möjliggör en rangordning på grundval av automatiska utvärderingsmetoder.

Följaktligen kan vissa tjänstekontrakt och vissa byggtreprenadkontrakt som innehåller intellektuella prestationer, såsom projekteringen av byggtreprenader, inte bli föremål för elektronisk auktion.”

Motsvarande bestämmelse finns i artikel 1.6 i försörjningsdirektivet.

Elektroniska auktioner behandlas också i beaktandesats 14 i det klassiska direktivet.

”Eftersom förfarandet med elektroniska auktioner kommer att få ökad omfattning bör det införas en gemenskapsdefinition av sådana auktioner och fastställas särskilda regler för dessa för att garantera att de genomförs på ett sådant sätt att principerna om likabehandling, icke-diskriminering och öppenhet iaktas fullt ut. Det bör därför föreskrivas att de elektroniska auktionerna endast gäller sådana byggtreprenad- varu- och tjänstekontrakt för vilka det kan fastställas exakta specifikationer. Detta kan bland annat gälla i fråga om återkommande varu-, byggtreprenad- och tjänstekontrakt. I samma syfte bör det också föreskrivas att anbudsgivarnas rangordning måste kunna fastställas under hela den elektroniska auktionen. Användningen av elektroniska auktioner ger de upphandlande myndigheterna möjlighet att uppmana anbudsgivarna att erbjuda nya lägre priser och, när kontraktet tilldelas den anbudsgivare som lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, även att förbättra andra aspekter av anbudet än priset. För att säkerställa respekt för principen om öppenhet bör endast de aspekter som kan utvärderas automatiskt på elektronisk väg, utan ingripande och/eller bedömning från den upphandlande myndighetens sida, bli föremål för elektronisk auktion, dvs. sådana aspekter som kan kvantifieras så att de kan uttryckas i siffror eller procenttal. Däremot bör sådana aspekter av anbudsgivningen som innebär en bedömning av aspekter som inte kan kvantifieras inte bli föremål för elektronisk auktion. Följaktligen bör vissa byggtreprenadkontrakt som innehåller intellektuella prestationer, såsom projekteringen av byggtreprenader, inte bli föremål för elektronisk auktion.”

Motsvarande anges för försörjningssektorerna i beaktandesats 22 i försörjningsdirektivet.

Ytterligare bestämmelser om elektroniska auktioner finns i artikel 54.2–8 i det klassiska direktivet och i artikel 56.2–9 i försörjningsdirektivet.

## 13.2 Elektronisk auktion i upphandlingslagarna

**Regeringens förslag:** Bestämmelser om elektroniska auktioner ska införas i LOU och LUF.

Elektronisk auktion ska kunna användas såväl vid upphandling inom det direktivstyrda området som vid upphandling som faller utanför direktivens tillämpningsområde.

**Regeringens bedömning:** En myndighet bör ges i uppdrag att ta fram en vägledning för elektroniska auktioner.

**Utredningens förslag** överensstämmer i huvudsak med regeringens. Utredningen pekade på att den kommande utvecklingen av användningen av elektroniska auktioner bör följas och att eventuella negativa effekter bör uppmärksammas, men föreslog inte att någon vägledning ska tas fram.

**Remissinstanserna:** Flertalet av remissinstanserna tillstyrker förslaget. Dåvarande *Nämnden för offentlig upphandling (NOU)* saknar en beskrivning av de för- och nackdelar som kan finnas med användningen av elektroniska auktioner. *Arbetsgivarföreningen KFO* anser att de av utredningen noterade riskerna med elektroniska auktioner måste tas i beaktande på så sätt att effektiva övervakningssystem utformas innan beslut om ett införande. Flera remissinstanser påtalar att det är angeläget att användningen av elektroniska auktioner följs noggrant så att eventuella negativa effekter kan uppmärksammas och andra att en uppföljning eller utvärdering bör göras när det nya regelverket varit i kraft en tid. *Institutet för tillväxtpolitiska studier* anser att en handbok bör tas fram och *Verket för högskoleservice (VHS)* anser att en vägledning bör utarbetas med ett antal goda exempel på hur elektroniska auktioner kan genomföras. VHS anser även att en objektiv utvärdering bör göras av de elektroniska auktioner som påbörjats av ett antal upphandlande enheter. *Stockholms Handelskammare* anser att det vore önskvärt med en närmare beskrivning av hur systemet med elektroniska auktioner tillämpas i andra medlemsstater. Dåvarande *Verket för förvaltningsutveckling (Verva)* framhåller vikten av en samordnad styrning av utvecklingen.

**Skälen för regeringens förslag och bedömning:** En elektronisk auktion är inte ett fullständigt upphandlingsförfarande utan kan ingå som en avslutande del i ett annat upphandlingsförfarande. Användningen av elektroniska auktioner kan bidra till effektivitetsförbättringar och därmed till kostnadsminskningar samt kan dessutom leda till lägre priser på det som upphandlas. Eftersom ett av de krav som ska vara uppfyllda för att elektroniska auktioner ska få användas är att kontrakt kan tilldelas direkt

med ledning av resultatet av auktionen kommer förfrågningsunderlaget och tilldelningskriterierna att behöva fastställas med stor noggrannhet. Ett förfarande som innefattar en elektronisk auktion kan därför innebära att en bättre kvalitet i upphandlingarna uppnås. Vidare kräver användningen av elektroniska auktioner att de deltagande leverantörerna vid varje tidpunkt ska ha kännedom om sin plats i rangordningen, vilket kan bidra till en ökad öppenhet. Av naturliga skäl kommer priset sannolikt att få en dominerande betydelse vid upphandling där elektroniska auktioner används. En utveckling som innebär att detta sker på bekostnad av angelägna och rimliga krav på kvaliteten hos det som upphandlas är naturligtvis inte önskvärd. Sådana effekter följer dock inte nödvändigtvis av att elektroniska auktioner används.

Utredningen (SOU 2006:28 s. 149–152.) hänvisar till Statskontorets rapport Underlag till nationell plan för att införa elektronisk offentlig upphandling (2005:27). Vidare redovisar utredningen att möjligheten att använda elektroniska auktioner införts i Belgien, Finland, Nederländerna Storbritannien och Österrike i nära anslutning till direktivtexten. Utredningen redogör också för hur Danmark har genomfört möjligheten att använda elektronisk auktion vid upphandling och för ett förslag avseende genomförande i Norge.

Elektroniska auktioner används vid upphandling inom den privata sektorn. Det har också förekommit att elektroniska auktioner har använts vid upphandling inom den offentliga sektorn. Elektroniska auktioner förekommer således redan i dag och det kan antas att omfattningen kommer att öka. Att förfarandet kommer att få ökad omfattning har också angetts som skäl för att i direktiven ta in regler om förfarandet (beaktandesats 14 i det klassiska direktivet och beaktandesats 22 i försörjningsdirektivet). En lagreglering av möjligheten för upphandlande myndigheter och enheter att använda sig av elektronisk auktion är också efterfrågad av såväl företrädare för näringslivet som för den offentliga sektorn.

Mot denna bakgrund gör regeringen bedömningen att fördelarna med att kunna använda elektroniska auktioner överstiger nackdelarna. En nackdel kan, som beskrivits ovan, vara att priset får för stor betydelse i förhållande till rimliga kvalitetskrav. För att garantera att elektroniska auktioner genomförs på ett sådant sätt att principerna om likabehandling, icke-diskriminering och öppenhet iaktas fullt ut bör förfarandet författningsregleras. Bestämmelser om elektroniska auktioner bör därför införas i LOU och LUF. Det saknas enligt regeringens mening anledning att begränsa möjligheten att använda elektroniska auktioner till upphandling inom det direktivstyrda området. Elektroniska auktioner ska därför kunna genomföras även vid upphandlingar som faller utanför direktivens tillämpningsområde.

I likhet med utredningen och flera remissinstanser ser regeringen en risk för att elektroniska auktioner kan medföra vissa icke önskvärda effekter. En myndighet bör därför ges i uppdrag att utarbeta en vägledning avseende tillämpningen av bestämmelserna om elektroniska auktioner. Där torde bl.a. kunna behandlas vid vilka typer av upphandlingar det lämpar sig att genomföra elektroniska auktioner. Vidare kan det övervägas om det, när lagstiftningen har varit i kraft en

tid, bör göras en utvärdering av hur elektroniska auktioner kommit att användas för att uppmärksamma eventuella negativa effekter.

### 13.3 Förutsättningar för att använda elektronisk auktion m.m.

**Regeringens förslag:** En definition av begreppet elektronisk auktion ska tas in i LOU och LUF. En upphandlande myndighet eller enhet ska, om förfrågningsunderlaget kan fastställas med tillräcklig exakthet, få använda elektronisk auktion vid

1. öppet förfarande,
2. selektivt förfarande,
3. förhandlat förfarande med föregående annonsering enligt LUF,
4. förhandlat förfarande med föregående annonsering enligt LOU, om de anbud som lämnats vid ett öppet eller ett selektivt förfarande är ogiltiga eller inte kan godtas,
5. förnyad konkurrensutsättning inom ett ramavtal enligt LOU,
6. förenklat förfarande, och
7. urvalsförfarande.

En upphandlande myndighet eller enhet som avser använda elektronisk auktion ska ange det i annonsen om upphandling.

En elektronisk auktion ska grundas på

1. pris, när kontraktet ska tilldelas den leverantör som erbjuder det lägsta priset, eller
2. pris eller nya värden på de komponenter i anbudet som angetts i förfrågningsunderlaget, när kontraktet ska tilldelas den leverantör som lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

Av förfrågningsunderlaget ska framgå

1. de komponenter i anbudet vilkas värden kommer att vara föremål för den elektroniska auktionen,
2. de eventuella gränserna för de värden som kan presenteras, baserade på en bedömning av specifikationerna för föremålet för upphandlingen,
3. vilka uppgifter som kommer att göras tillgängliga för anbudsgivarna under den elektroniska auktionen och, i förekommande fall, när detta kommer att ske,
4. relevanta uppgifter om genomförandet av den elektroniska auktionen,
5. på vilka villkor anbudsgivarna kan lämna anbud, däribland de minsta skillnader mellan anbudet som kan ha bestämts, och
6. relevanta uppgifter om den elektroniska utrustning som används och om anslutningen till denna utrustning.

Komponenterna enligt punkten 1 ska kunna kvantifieras och uttryckas i siffror eller procenttal.

**Utredningens förslag:** Överensstämmer i huvudsak med regeringens. Utredningens definition av begreppet elektronisk auktion skiljer sig dock delvis från regeringens förslag. Vidare föreslog utredningen en bestämmelse i LUF om elektronisk auktion vid förnyad kon-

kurrensutsättning inom ett ramavtal. I utredningens förslag saknades även hänvisning till vid vilka icke-direktivstyrda upphandlingsförfaranden elektronisk auktion ska kunna användas.

**Remissinstanserna:** Några remissinstanser har haft synpunkter på utredningens förslag. *Sveriges Offentliga Inköpare (SOI)* anser att förfarandet ska kunna användas även för t.ex. intellektuella prestationer. Om kraven kan fastställas med tillräcklig precision torde, enligt SOI, inget hinder för tillämpningen föreligga avseende intellektuella prestationer. *Banverket* förutsätter att elektronisk auktion kan användas även inom försörjningssektorerna vid nyttjandet av förnyad konkurrensutsättning, men anser det värdefullt om regeringen klargör detta. *Silf Competence* anser att en begränsning av elektroniska auktioner till de fall då lägsta pris utgör den enda utvärderingsgrunden bör övervägas eftersom det skulle innebära större säkerhet vid anbudsutvärderingen och ytterligare öka transparensen. Ett annat alternativ är, enligt Silf Competence, att inskränka möjligheten att utvärdera anbud med tillämpning av utvärderingsgrunden det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet till fall då utvärderingskriterierna går att numeriskt jämföra mellan olika anbud exempelvis pris, leveranstid, bensinförbrukning, toxicitet m.m. Det torde knappast gå att i andra fall fastställa en formel för anbudsutvärderingen, som automatiskt går att tillämpa såsom direktivet kräver. Däravande *Nämnden för offentlig upphandling (NOU)* saknar anpassning av bestämmelserna till upphandling utanför det direktivstyrda området.

## Skälen för regeringens förslag

### *Definition*

Som ovan angetts (avsnitt 13.1) definieras begreppet elektronisk auktion i artikel 1.7 i det klassiska direktivet och i artikel 1.6 i försörjningsdirektivet. En definition av begreppet bör tas in i 2 kap. LOU och LUF. Utredningen föreslog en lydelse i nära anslutning till direktivens bestämmelser.

I andra stycket i artikel 1.7 i det klassiska direktivet respektive artikel 1.6 i försörjningsdirektivet anges att vissa tjänstekontrakt och vissa byggtreprenadkontrakt som innehåller intellektuella prestationer, såsom projekteringen av byggtreprenader, inte kan bli föremål för elektronisk auktion. Formuleringen är emellertid otydlig. Det framgår inte om avsikten är att utesluta vissa men inte alla kontrakt som innehåller intellektuella prestationer eller om vissa kontrakt ska uteslutas, nämligen alla sådana som innehåller intellektuella prestationer. De danska, engelska, franska och tyska språkversionerna skapar ingen klarhet på denna punkt. Inte heller beaktadesats 14 i det klassiska direktivet eller beaktadesats 22 i försörjningsdirektivet ger någon ledning. Det kan, som bl.a. *SOI* varit inne på, i vart fall teoretiskt tänkas att elektronisk auktion kan användas även vid tilldelning av kontrakt, som innehåller intellektuella prestationer. Det skulle förutsätta att de intellektuella prestationerna faktiskt kan åsättas ett värde som kan ligga till grund för de deltagande leverantörernas rangordning före auktionen och som antingen hålls utanför auktionen eller ingår i denna. En sådan



uppfattning strider inte mot formuleringen i direktiven. Begränsningen av användningen av elektroniska auktioner kommer i detta fall att ligga enbart i att användningen förutsätter att endast sådana värden som kan bedömas automatiskt får ingå i auktionen och ska ligga till grund för tilldelningen av kontraktet. På grund av den i direktivet valda utformningen av bestämmelsen synes det dock inte vara möjligt att använda elektronisk auktion som led i ett upphandlingsförfarande som innehåller projektering av byggtreprenader. Sammanfattningsvis gör regeringen bedömningen att det faktum att intellektuella prestationer ingår i föremålet för en upphandling inte i sig utesluter genomförande av en elektronisk auktion.

Andra styckena i artiklarna uttrycker en följd av vad som regleras i första styckena och i artikel 54.2 i det klassiska direktivet respektive artikel 56.2 i försörjningsdirektivet avseende att förfrågningsunderlaget ska fastställas med tillräcklig exakthet. Formuleringen lämpar sig, enligt regeringens mening, inte som en definition av begreppet elektronisk auktion. Definitionen i LOU och LUF bör därför utformas i enlighet med första styckena i artikel 1.7 i det klassiska direktivet och artikel 1.6 i försörjningsdirektivet. Definitionen föreslås alltså ha följande lydelse.

”Med *elektronisk auktion* avses en upprepad process med hjälp av elektroniska medel för att presentera nya lägre priser eller nya värden för vissa delar av anbudet, vilken genomförs efter en första fullständig utvärdering av anbudet och möjliggör en rangordning på grund av automatiska utvärderingsmetoder.”

### *Upphandlingsförfaranden*

Av artikel 54.2 i det klassiska direktivet<sup>25</sup> framgår att elektronisk auktion får användas vid öppna eller selektiva eller, under vissa förutsättningar, förhandlade förfaranden om förfrågningsunderlaget kan fastställas med tillräcklig exakthet. Under samma omständigheter får elektronisk auktion användas för förnyad konkurrensutsättning inom ett ramavtal. Den elektroniska auktionen ska grundas på antingen priser enbart, när kontraktet ges till det lägsta priset, eller priser och/eller nya värden på aspekter i anbudet som angetts i förfrågningsunderlaget när kontraktet ges till det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

Motsvarande bestämmelser finns i artikel 56.2 i försörjningsdirektivet. I försörjningsdirektivet saknas dock begränsningen vid förhandlat förfarande med föregående annonsering att vissa förutsättningar ska vara uppfyllda och bestämmelsen om förnyad konkurrensutsättning.

Vad gäller kravet på att förfrågningsunderlaget ska kunna fastställas med tillräcklig exakthet anges i direktivens beaktandesatser (14 i klassiska direktivet respektive 22 i försörjningsdirektivet) att det kan bl.a. gälla återkommande varu-, byggtreprenad- och tjänstekontrakt. Som ovan nämnts framgår av artikel 1.7 andra stycket i det klassiska direktivet och artikel 1.6 andra stycket i försörjningsdirektivet att vissa tjänstekontrakt och vissa byggtreprenadkontrakt som innehåller

<sup>25</sup> I dess lydelse enligt rättelse EUT L 134 av den 30 april 2004

intellektuella prestationer, såsom projekteringen av byggentreprenader, inte kan bli föremål för elektroniska auktioner.

Elektronisk auktion kan enligt direktiven genomföras vid upphandling baserat på lägsta pris eller på ekonomiskt mest fördelaktiga anbud. *Silf Competence* har anfört att möjligheten att använda sig av elektroniska auktioner bör begränsas till de fall då lägsta pris utgör den enda utvärderingsgrunden. Även andra komponenter i ett anbud kan dock vara av sådan art att de är möjliga att kvantifiera och därmed väl lämpa sig för en elektronisk auktion. De värden som är föremål för en elektronisk auktion ska kunna uttryckas i siffror eller procenttal. Mot denna bakgrund, och med hänsyn till direktivens utformning, gör regeringen bedömningen att det inte är ändamålsenligt med en begränsning i LOU och LUF av möjligheten att använda sig av elektroniska auktioner till fall då lägsta pris utgör den enda utvärderingsgrunden. Det är dock viktigt att en elektronisk auktion inte genomförs så att ett lågt pris åstadkoms på bekostnad av rimlig kvalitet. I praktiken torde elektroniska upphandlingar främst komma att användas när priset kan tillåtas vara den avgörande faktorn i utvärderingen utan att detta inkräktar på kvalitetskraven.

Enligt det klassiska direktivet får elektronisk auktion användas vid förhandlat förfarande med föregående annonsering, om de anbud som lämnats vid ett öppet eller ett selektivt förfarande är ogiltiga eller inte kan godtas. Begränsningen vad gäller förhandlat förfarande med föregående annonsering inom den klassiska sektorn torde vara föranledd av att de övriga grunderna för att använda förfarandet typiskt sett är av sådan karaktär att det knappast finns möjlighet att använda elektroniska auktioner under upphandlingen (se artikel 30.1 i det klassiska direktivet och 4 kap. 2 § LOU). I LUF finns inte någon begränsning vad gäller rätten att använda förhandlat förfarande med föregående annonsering. Följaktligen finns inte heller någon motsvarande begränsning vad gäller användningen av elektroniska auktioner vid detta förfarande. Dock gäller naturligtvis de generella kraven för att elektronisk auktion ska få användas, bl.a. att förfrågningsunderlaget ska kunna fastställas med tillräcklig exakthet.

LUF innehåller inga regler om förnyad konkurrensutsättning inom ett ramavtal. Regeringen uttalade dock i förarbetena till LOU och LUF (prop. 2006/07:128 s. 177) avseende ramavtal inom försörjningssektorerna att ingenting hindrar att kontrakt tilldelas i enlighet med ett förfarande där leverantörerna som är parter i ramavtalet bereds tillfälle att komma in med nya anbud, under den självklara förutsättningen att de grundläggande principerna respekteras. Ett sådant förfarande kan, enligt regeringens mening, genomföras i överensstämmelse med den klassiska lagens bestämmelser om förnyad konkurrensutsättning. Av naturliga skäl innehåller försörjningsdirektivet inte heller några bestämmelser om elektroniska auktioner vid förnyad konkurrensutsättning. Generellt tillåts större frihet vid upphandling inom försörjningssektorerna jämfört med upphandling inom den klassiska sektorn. I likhet med *Banverket* anser regeringen att det inte finns något hinder mot att vid förnyad konkurrensutsättning inom försörjningssektorerna tillämpa elektroniska auktioner under förutsättning att de grundläggande principerna respekteras.

Såsom regeringen anför i föregående avsnitt saknas anledning att begränsa möjligheten att genomföra elektroniska auktioner till upphandling inom det direktivstyrda området. Även vid upphandling utanför det direktivstyrda området ska alltså elektroniska auktioner kunna genomföras. Såsom dåvarande *NOU* har påpekat saknar dock utredningens förslag anpassning till det icke-direktivstyrda området såtillvida att en upphandlande myndighet som vill genomföra en elektronisk auktion under tröskelvärdena hänvisas till en bestämmelse som endast reglerar direktivstyrda förfaranden. Upphandling enligt 15 kap. LOU och LUF ska göras genom förenklat förfarande eller urvalsförfarande (15 kap. 3 § LOU och LUF). Dessa förfaranden motsvarar för upphandling inom det icke-direktivstyrda området i princip öppet förfarande och selektivt förfarande inom det direktivstyrda området. I LOU och LUF ska därför föreskrivas att elektronisk auktion får genomföras även vid dessa förfaranden.

#### *Annonsering och förfrågningsunderlag*

Enligt artikel 54.3 i det klassiska direktivet och artikel 56.3 i försörjningsdirektivet ska en upphandlande myndighet respektive enhet som beslutar att använda elektronisk auktion ange detta i meddelandet om upphandling. Vidare anges vilka upplysningar förfrågningsunderlaget bl.a. ska innehålla. Bestämmelser med ett innehåll som motsvarar direktivets bestämmelser bör införas i LOU och LUF.

### 13.4 Genomförandet av en elektronisk auktion

**Regeringens förslag:** Innan en upphandlande myndighet eller enhet inleder en elektronisk auktion ska myndigheten eller enheten genomföra en första fullständig utvärdering av anbudet i enlighet med tilldelningskriterierna och den fastställda viktningen för dessa.

I LOU och LUF ska tas in bestämmelser om inbjudan att delta i och inledande av en elektronisk auktion samt om vilka upplysningar som ska eller får lämnas till anbudsgivarna under varje etapp i en elektronisk auktion.

Vidare ska införas bestämmelser om avslutande av en elektronisk auktion och om att den upphandlande myndigheten eller enheten, efter att ha stängt den elektroniska auktionen, ska tilldela kontraktet på grundval av resultatet av densamma.

**Utredningens förslag** överensstämmer i huvudsak med regeringens.

**Remissinstanserna:** Flertalet av remissinstanserna har inte yttrat sig särskilt i frågan. Enligt dåvarande *Nämnden för offentlig upphandling (NOU)* saknas konsekvenser för kravet på undertecknande av anbud under auktionen. Även frågan hur bindande de elektroniska anbudet under auktionen är och om dessa tar över det ursprungliga skriftliga anbudet förtjänar en utförligare analys. *Ekonomistyrningsverket (ESV)* undrar hur bestämmelsen om att utvärderingskriterierna får anges i fallande prioriteringsordning i stället för genom viktning förhåller sig till

elektronisk auktion, där viktning är obligatorisk och ska anges samt om kravet på viktning kan efterges under tröskelvärdena eller om det ska kvarstå vid tillämpning av elektronisk auktion.

**Skälen för regeringens förslag:** Artikel 54.4 i det klassiska direktivet och artikel 56.4 i försörjningsdirektivet föreskriver att den upphandlande myndigheten respektive enheten, innan en elektronisk auktion inleds, ska genomföra en första fullständig utvärdering av anbudena i enlighet med tilldelningskriterierna och den fastställda viktningen för dessa. Alla anbudsgivare som har lämnat godtagbara anbud ska samtidigt bjudas in med elektroniska medel för att lämna nya priser och/eller värden. Inbjudan ska innehålla alla relevanta upplysningar om den individuella anslutningen till den elektroniska utrustning som används samt vilken dag och tid den elektroniska auktionen kommer att inledas. Den elektroniska auktionen får ske i flera på varandra följande etapper. Den elektroniska auktionen får inte inledas tidigare än två arbetsdagar efter det datum då inbjudan har skickats ut.

Enligt artikel 54.5 i det klassiska direktivet och artikel 56.5 i försörjningsdirektivet ska, om tilldelningen av kontraktet kommer att ske på grundval av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, inbjudan åtföljas av resultatet av en fullständig bedömning av den berörda anbudsgivarens anbud som gjorts i enlighet med viktningen i artikel 53.2 första stycket respektive artikel 55.2 första stycket. I inbjudan ska även anges den matematiska formel som används för att vid den elektroniska auktionen bestämma den nya automatiska rangordningen med avseende på de nya priser och/eller värden som lämnas. Denna formel ska innefatta viktningen av alla de kriterier som fastställts för att bestämma det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, i enlighet med meddelandet om upphandling eller förfrågningsunderlaget. I detta syfte ska emellertid förekommande intervall i förväg reduceras med ett bestämt värde. Om alternativa anbud är tillåtna ska separata formler ges för varje alternativ. Enligt regeringens mening bör bestämmelser som genomför artikel 54.4 och 5 i det klassiska direktivet samt artikel 56.4 och 5 i försörjningsdirektivet tas in i LOU respektive LUF. I den svenska språkversionen av artikel 54.5 i det klassiska direktivet och artikel 56.5 i försörjningsdirektivet anges att eventuellt förekommande intervall i förväg ska reduceras *med* ett bestämt värde. I den engelska språkversionen anges i stället att ”any ranges shall, however, be reduced beforehand to a specified value”. De danska, franska och tyska språkversionerna ger inte någon entydig vägledning i frågan. Regeringen anser, i likhet med utredningen, att det i den bestämmelse som införs i LOU och LUF bör anges att förekommande intervall ska reduceras *till* ett bestämt värde.

Artikel 53.2 första stycket i det klassiska direktivet och artikel 55.2 första stycket i försörjningsdirektivet om viktning har genomförts i svensk rätt genom 12 kap. 2 § första stycket LOU och LUF. Av 12 kap. 2 § första stycket i de båda lagarna framgår att den upphandlande myndigheten eller enheten ska ange hur sådana kriterier som är kopplade till föremålet för kontraktet kommer att viktas inbördes vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga. För upphandlingar utanför det direktivstyrda området framgår av 15 kap. 16 § LOU och LUF att den upphandlande myndigheten respektive

enheten antingen ska ange hur de olika kriterierna viktas vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga eller ange kriterierna i fallande prioriteringsordning. Vid genomförande av en elektronisk auktion kräver direktiven att utvärderingskriterierna viktas. Det finns inte anledning att i detta avseende göra någon annan bedömning vad gäller upphandling utanför det direktivstyrda området. Om en upphandlande myndighet önskar genomföra en elektronisk auktion vid upphandling där kontraktet ska tilldelas på grundval av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet med tillämpning av 15 kap., krävs således viktning av kriterierna. Möjligheten att ange kriterierna i fallande prioriteringsordning kan alltså inte utnyttjas av en upphandlande myndighet eller enhet som önskar genomföra en elektronisk auktion.

Dåvarande *NOU* har frågat hur kravet på undertecknande av anbud ska tillgodoses under auktionen och har anfört att frågan hur bindande de elektroniska anbuden under auktionen är och huruvida dessa tar över det ursprungliga skriftliga anbudet förtjänar en utförligare analys. Enligt upphandlingslagarna krävs att anbud lämnas skriftligen (se 9 kap. 1 § LOU och LUF). Att kravet på skriftlighet även kan uppfyllas elektroniskt behandlas i avsnitt 16.4.1. Kravet på att ett anbud ska lämnas skriftligen innebär inte att det måste vara undertecknat för att vara giltigt. Regeringen gör bedömningen att det vid en elektronisk auktion är naturligt att ett senare lämnat anbud tar över ett tidigare lämnat anbud.

Av artikel 54.6 i det klassiska direktivet och artikel 56.6 i försörjningsdirektivet framgår vilka upplysningar en upphandlande myndighet respektive enhet ska eller får lämna under varje auktionsetapp. Om elektroniska auktioner ska kunna hållas krävs att anbudsgivarna får viss information om andra anbudsgivares bud. Som ett absolut minimum gäller att en anbudsgivare måste få information om dennes bud är det bästa anbudet eller inte. Utan den informationen kan anbudsgivaren inte veta om ett nytt anbud behöver lämnas eller inte. Direktiven går ett steg längre genom att kräva att anbudsgivarna vid varje tillfälle ska ha kännedom om sin plats i rangordningen. I direktiven föreskrivs vidare att den upphandlande myndigheten eller enheten får meddela andra upplysningar om andra priser eller värden som har lämnats och om antalet deltagare i den aktuella auktionsetappen. Den upphandlande myndigheten eller enheten kan i förfrågningsunderlaget föreskriva vilka skillnader som krävs mellan anbuden. Om krav på sådana skillnader ställs upp måste en deltagare i auktionen kunna jämföra sitt eget anbud med det bästa anbudet och, om ett nytt anbud ska lämnas, anpassa detta så att skillnaden mellan det nya anbudet och det dittills bästa anbudet uppgår till minst den i förfrågningsunderlaget föreskrivna skillnaden. Bestämmelser som tillåter utlämnande av sådana uppgifter bör därför tas in i LOU och LUF. Utredningen föreslog formuleringen att den upphandlande myndigheten eller enheten *kan* lämna upplysningar om andra priser eller värden som har lämnats och om antalet deltagare i den aktuella auktionsetappen. Regeringen anser att det, i enlighet med direktiven, bör uttryckas att upplysningarna *får* lämnas ut. Syftet med utlämnandet av upplysningar är att den elektroniska auktionen ska kunna genomföras. Vad gäller frågan om sekretess för uppgifter som ska kunna lämnas ut under en elektronisk auktion hänvisas till avsnitt 13.6.

I artikel 54.7 i det klassiska direktivet och artikel 56.7 i försörjningsdirektivet föreskrivs hur den upphandlande myndigheten eller enheten ska avsluta en elektronisk auktion. I artikel 54.8 i det klassiska direktivet och artikel 56.8 i försörjningsdirektivet föreskrivs att den upphandlande myndigheten respektive enheten, efter att ha stängt den elektroniska auktionen, ska tilldela kontraktet i enlighet med artikel 53 respektive artikel 55 på grundval av resultatet av den elektroniska auktionen. Regeringen föreslår att bestämmelser motsvarande dessa artiklar tas in i de båda upphandlingslagarna.

I artikel 54.8 i det klassiska direktivet och i artikel 56.9 i försörjningsdirektivet anges att en upphandlande myndighet inte får utnyttja elektroniska auktioner på otillbörligt sätt eller på ett sätt som hindrar, begränsar eller snedvrider konkurrensen eller så att föremålet för kontraktet, så som det utlystes genom meddelandet om upphandling och fastställdes i förfrågningsunderlaget, ändras. Regeringen anser dock att detta följer redan av de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU respektive 1 kap. 24 § LUF. Det är därför, till skillnad från utredningens förslag, enligt regeringens mening inte nödvändigt att särskilt reglera detta.

### 13.5 Överprövning

**Regeringens bedömning:** Det är inte nödvändigt att särskilt reglera frågan om överprövning vid elektroniska auktioner. Överprövning bör kunna ske av samtliga beslut under en elektronisk auktion.

**Utredningens bedömning** överensstämmer med regeringens.

**Remissinstanserna:** Flertalet remissinstanser har inte framfört några invändningar mot bedömningen. Enligt dåvarande *Nämnden för offentlig upphandling (NOU)* är det oklart vad som händer t.ex. om en anbudsgivare under pågående budgivning ansöker om överprövning av ett beslut i domstol. *Kammarrätten i Göteborg* anser att det inte kan uteslutas att ett system med konstruktion av en matematisk formel som aktualiseras vid en elektronisk auktion kan bereda domstolen vissa problem och att det ändamålsenliga med överprövning i detta avseende därför kan diskuteras. Flera remissinstanser anser att det inte bör vara möjligt att överpröva beslut i samband med förnyad konkurrensutsättning inom ett ramavtal eftersom priset många gånger kommer att vara den avgörande faktorn och det kan avse produkter som ska levereras omgående. Dåvarande *Verket för förvaltningsutveckling (Verva)* anser att om regeringen väljer att införa en möjlighet att överpröva, så måste någon form av beloppsgräns för överprövning av avrop införas och att en lämplig gräns skulle kunna vara samma gräns som införs för direktupphandling. *Kiruna kommun* anser att tilldelningsbeslut inte ska kunna överprövas när lägsta pris varit avgörande när det gäller avropsförfrågan på ramavtal. Flera remissinstanser anser vidare att det inte bör ställas krav på att tilldelningsbeslut ska lämnas vid förnyad konkurrensutsättning.

**Skälen för regeringens bedömning:** En elektronisk auktion kan sägas vara en metod för att genomföra kontraktstilldelningen. Det är, som tidigare nämnts, alltså inte fråga om ett särskilt upphandlingsförfarande, utan en elektronisk auktion ingår som den sista delen i ett annat förfarande. Det är således de vanliga reglerna för det valda förfarandet som ska tillämpas. På samma sätt som beträffande andra tilldelningsbeslut bör därmed ett tilldelningsbeslut som är resultatet av en elektronisk auktion kunna bli föremål för överprövning. En upphandlande myndighets eller enhets möjligheter att använda sig av systemet med elektroniska auktioner är inte obegränsade. Därför bör den upphandlande myndighetens eller enhetens beslut att använda sig av en elektronisk auktion, vilket ska anges i annonsen om upphandling, kunna överprövas.

Beträffande genomförandet av själva auktionen kan en leverantör begära överprövning av ett ågerande från den upphandlande myndighetens eller enhetens sida som har rättslig verkan och som han anser vara olagligt och till skada för honom. Vad som kan antas vara av särskilt intresse för leverantörerna när systemet med elektroniska auktioner används är den matematiska formel som tillämpas för att vid varje givet tillfälle fastställa rangordningen mellan anbud. Formeln ska framgå av inbjudan och kommer därför till berörda leverantörers kännedom. Dessa har då möjlighet att begära överprövning av beslutet att tillämpa en viss formel utan att avvakta information om tilldelningsbeslutet. Att överprövning av en matematisk formel, som *Kammarrätten i Göteborg* har anfört, kan bereda domstolarna vissa problem utgör enligt regeringens mening inte skäl för att göra undantag från principen att samtliga beslut under en upphandling ska kunna överprövas. Regeringen anser vidare att det inte finns behov av någon särskild reglering av vilka beslut vid en elektronisk auktion som kan bli föremål för överprövning. Begreppet beslut i rättsmedelsdirektivens mening ska tolkas extensivt (prop. 2006/07:128 s. 163). Ett beslut behöver inte på något sätt vara kvalificerat till sin natur eller till sitt innehåll för att kunna bli föremål för prövning. I sammanhanget kan påpekas att regeringen, såsom framgår av avsnitt 8.4, anser att en preklusionsfrist inte bör införas i upphandlingslagstiftningen.

Dåvarande *NOU* har anfört att det är oklart vad som händer om en anbudsgivare under pågående budgivning ansöker om överprövning av ett beslut i domstol. Regeringen föreslår (se avsnitt 6.1) att en upphandlande myndighet eller enhet inte ska få ingå avtal förrän tio dagar har gått från det att en underrättelse om tilldelningsbeslutet har skickats med elektroniska medel, s.k. avtalsspärr. För de upphandlingar där någon avtalsspärr inte gäller kan rätten, vid en ansökan om överprövning, interimistiskt besluta att avtal inte får ingås. Fram till dess att avtal har slutits kan ett beslut om upphandling överprövas av domstol. Den upphandlande myndigheten eller enheten torde således kunna fortsätta en pågående upphandling fram till den tidpunkt avtal ska slutas, men får inte ingå avtalet. Det innebär att den elektroniska auktionen kan fortsätta även om en leverantör ansöker om överprövning under den pågående auktionen. Däremot får, när den elektroniska auktionen har avslutats, avtal inte ingås i strid mot en avtalsspärr eller ett interimistiskt beslut att avtal inte får ingås. Om domstolen sedan bifaller leverantörens

talän, får upphandlingen naturligtvis inte avslutas i enlighet med resultatet av den elektroniska auktionen.

Flera remissinstanser har ansett att det vid en elektronisk auktion inte ska vara möjligt att ansöka om överprövning vid förnyad konkurrensutsättning inom ett ramavtal eller att tilldelningsbeslut inte ska behöva lämnas. Remissinstanserna har anfört att priset i många fall är det avgörande och att det ofta avser varor som ska levereras omedelbart. Detta resonemang gäller, enligt regeringens bedömning, inte enbart vid förnyad konkurrensutsättning genom elektronisk auktion, utan vid förnyad konkurrensutsättning i allmänhet. I avsnitt 6.3 föreslår regeringen att någon avtalsspärr inte ska gälla vid förnyad konkurrensutsättning inom ett ramavtal. Den upphandlande myndigheten kan således ingå avtal omedelbart efter underrättelsen om tilldelningsbeslutet. Detta är föranlett av effektivitetsskäl. Rättssäkerhetsgarantierna tillgodoses genom att ett avtal som har slutits i strid med upphandlingslagstiftningen kan komma att förklaras ogiltigt i ett mål om överprövning (se avsnitt 7.1 och förslaget till 16 kap. 14 § 3 LOU). Regeringen gör därför bedömningen att det inte finns behov av någon särskild reglering av överprövning eller underrättelse om tilldelningsbeslut vid förnyad konkurrensutsättning inom ett ramavtal genom elektronisk auktion.

## 13.6 Sekretess

**Regeringens förslag:** I offentlighets- och sekretesslagen ska införas bestämmelser som vid en elektronisk auktion möjliggör utlämnande av uppgifter om plats i rangordningen och även uppgifter om priser eller värden och antalet deltagare i den elektroniska auktionen.

**Utredningens förslag** överensstämmer i huvudsak med regeringens. Utredningens förslag innehöll dock en begränsning på så sätt att utlämnande av vissa uppgifter endast skulle kunna ske om det behövs för att en anbudsgivare ska kunna lämna ett nytt anbud.

**Remissinstanserna:** Dåvarande *Verket för förvaltningsutveckling (Verva)* anför att en ändring i sekretesslagen avseende den absoluta sekretessen är viktig för att elektroniska auktioner ska kunna förverkligas. Övriga remissinstanser har inte yttrat sig i frågan.

**Skälen för regeringens förslag:** Det är uppenbart att upphandlande myndigheter och enheter normalt har ett starkt intresse av att innehållet i anbud och anbudsansökningar inte offentliggörs på ett sådant sätt att konkurrensen försämras. Även en anbudsgivare har ett berättigat intresse av att anbudet inte offentliggörs. Kravet på likabehandling innebär också att information om innehållet i anbudet inte får lämnas till vissa anbudsgivare men inte till andra.

Artikel 54.6 i det klassiska direktivet och artikel 56.6 i försörjningsdirektivet innehåller bestämmelser om upplysningar som ska eller får lämnas till anbudsgivare under en elektronisk auktion. Artiklarna föreslås genomföras i 5 a kap. 8 § LOU och LUF och har behandlats ovan i avsnitt 13.4.



I 19 kap. 3 § andra stycket offentlighets- och sekretesslagen finns bestämmelser om sekretess i ärenden om upphandling för uppgifter som bl.a. rör anbud. En sådan uppgift får inte lämnas till någon annan än den som har lämnat anbudet förrän alla anbud offentliggörs eller beslut om leverantör och anbud fattats eller ärendet dessförinnan har slutförts. Denna sekretess gäller till skydd för det allmännas ekonomiska intressen, men eftersom den är absolut – dvs. sekretessen gäller utan någon skadeprövning för de uppgifter som omfattas av bestämmelsen – blir följden att även uppgifter om enskildas ekonomiska förhållanden skyddas.

Som dåvarande *Verva* påpekat bör, enligt regeringens mening, bestämmelserna om anbudssekretess kompletteras med en bestämmelse som gör det möjligt att lämna ut vissa uppgifter, i syfte att säkerställa att elektroniska auktioner ska kunna användas i praktiken. Under en elektronisk auktion bör därför på det sätt som anges i direktiven uppgifter om en anbudsgivares plats i rangordningen få lämnas ut och även uppgifter om priser eller värden samt antalet deltagare i den elektroniska auktionen.

Utredningen föreslog en begränsning i vad gäller utlämnande av uppgifter om priser eller värden och antalet deltagare i den elektroniska auktionen. Enligt utredningen skulle sådana uppgifter få lämnas ut om det behövs för att en anbudsgivare ska kunna lämna ett nytt anbud. Direktiven innehåller emellertid inte någon sådan begränsning, utan anger endast att uppgifterna får lämnas ut och, vad gäller uppgifter om priser eller värden, att det i så fall ska anges i förfrågningsunderlaget. Mot denna bakgrund anser regeringen att det i offentlighets- och sekretesslagen inte bör göras någon begränsning av att utlämnandet ska vara nödvändigt för att en anbudsgivare ska kunna lämna ett nytt anbud. Som framgår av avsnitt 13.4 är dock syftet med utlämnandet av uppgifterna att den elektroniska auktionen ska kunna genomföras.

## 14 Inköpscentraler

### 14.1 Tidigare överväganden

I det klassiska direktivet och i försörjningsdirektivet 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 byggtreprenader, varor eller tjänster som är avsedda för upphandlande myndigheter. Två huvudtyper av centraliserad upphandling kan urskiljas i direktiven. En typ av inköpscentral upphandlar byggtreprenader, 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 upphandlings-

lagarna. 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. 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. Utredningens betänkande ledde i denna del inte till lagstiftning och i LOU och LUF saknas således bestämmelser om inköpscentraler.

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 föreslog i promemorian att bestämmelser om inköpscentraler ska införas. Enligt Statskontoret förekommer redan inköpscentraler i Sverige och direktivens bestämmelser om inköpscentraler i svensk lagstiftning är en önskvärd kodifiering av redan existerande praxis.

I uppdraget till Statskontoret ingick även att göra en översyn av den statliga inköpssamordningen och en analys av behovet av verksamheten. Vidare fick Statskontoret i uppdrag att kartlägga och beskriva hur andra jämförbara EU-länder och den Europeiska kommissionen arbetar i syfte att öka små och medelstora företags möjligheter att delta i samordnade upphandlingar. Statskontoret skulle vidare 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. Rapporten 2009:12 (En effektivare statlig inköpssamordning – analys och förslag) har remissbehandlats och bereds för närvarande inom Regeringskansliet (dnr Fi 2008/4012).

## 14.2 Inköpscentraler i upphandlingslagarna

<b>Regeringens förslag:</b> Bestämmelser om inköpscentraler ska införas i LOU och LUF.
--

**Promemorians förslag** överensstämmer med regeringens.

**Remissinstanserna:** Flertalet remissinstanser som yttrar sig i frågan, bl.a. *Skatteverket* och *Kammarkollegiet*, välkomnar eller tillstyrker förslaget. *Sveriges Offentliga Inköpare (SOI)* vill särskilt tillstyrka förslaget om införande av inköpscentraler. *Läkemedelsindustriföreningen* välkomnar klagörande beträffande i vilken utsträckning upphandlande

myndigheter inom ramen för LOU kan använda sig av andra enheter för inköp, dvs. den föreslagna regleringen av inköpscentraler. *Konkurrensverket* tillstyrker förslaget men anför att mindre företags möjligheter att delta i upphandlingar måste beaktas och konkurrensen upprätthållas. Det finns en risk att samordnade upphandlingar kan påverka konkurrensen negativt genom att försämra för små och medelstora företag att delta. Emellertid kan samordnade upphandlingar som avser stora värden vara av större intresse för marknadens aktörer, vilket bidrar till att skärpa konkurrensen. Verket föreslår att det bör framgå av åtminstone förarbetena att inköpscentraler inte får användas så att konkurrensen förhindras, begränsas eller snedvrids. *Tillväxtverket* anser att förslaget är problematiskt och att en ökad utveckling av stora, samlade upphandlingar kommer att inverka negativt på små företags möjligheter att verka som leverantörer till den offentliga sektorn. *Konkurrenskommissionen* avstyrker förslaget och anför att ökad användning av inköpscentraler riskerar att leda till centraliserade förfaranden med omotiverat stora inköpsvolymer, vilket kan medföra att större leverantörer gynnas på bekostnad av mindre leverantörer. *Sveriges Arkitekter* avstyrker förslaget och anför att förslaget bör utredas ytterligare med utgångspunkt från hur en fungerande marknad ska kunna erhållas. Vidare anförs bl.a. att antalet köpare minskar och de leverantörer som exempelvis inte kommer i fråga för ett ramavtal kan få svårt att bedriva fortsatt verksamhet. En inköpscentral kan komma att bli närmast en kartell, vilket på sikt ger minskad konkurrens, dvs. en utveckling som går stick i stäv med vad regelverket för offentlig upphandling ytterst syftar till. *Swedish Medtech* är kritisk till inköpscentraler inom medicinteknikområdet vad gäller försörjningen av exempelvis förbrukningsartiklar till kommuner och landsting. Branschen består av många små företag med mycket stora kunder. Med inköpscentraler blir kunderna ännu större och mindre företag riskerar att slås ut vilket ökar marknadskoncentrationen på leverantörssidan.

**Skälen för regeringens förslag:** Upphandlingsutredningen föreslog år 2006 att bestämmelser om inköpscentraler skulle införas. Förslaget bemöttes som nämnts positivt av majoriteten av de dåvarande remissinstanserna. Som framgått ovan anförde Statskontoret i sin promemoria att inköpscentraler används redan i dag och anger den statliga inköpssamordningen som exempel på det. Statskontorets uppfattning vinner stöd av vad flera remissinstanser uttalat. Flertalet remissinstanser är även positiva till att en reglering om inköpscentraler införs.

Enligt regeringens mening är det förhållandet att inköpscentraler redan används ett tungt vägande skäl för att det bör införas uttryckliga regler på området. Till detta kommer att det finns flera fördelar med att kunna samordna upphandlingar på det sätt som kan göras genom inköpscentraler. När det gäller den statliga inköpssamordningen är det övergripande syftet att förenkla den statliga förvaltningens anskaffning av vissa varor och tjänster och åstadkomma mer förmånliga inköpsvillkor. Den absoluta merparten av den statliga upphandlingen, drygt 90 procent, är dock enligt Statskontorets rapport 2009:12 (s. 95) inte föremål för samordning utan genomförs av myndigheterna själva.

Vissa remissinstanser framför emellertid även farhågor om att en omfattande användning av inköpscentraler skulle kunna leda till stora inköpsvolym, vilket kan gynna de större företagen, men missgynna små och medelstora företag. I det tidigare nämnda uppdraget åt Statskontoret, som presenterades i rapporten 2009:12, ingick även att kartlägga leverantörsstrukturer och öka små och medelstora företags möjligheter att delta i samordnade upphandlingar. Enligt Statskontoret är bilden inte entydig i fråga om samordnade upphandlingar som äger rum inom ramen för den centrala inköpssamordningen utestänger små och medelstora företag (rapporten s. 98–100). Å ena sidan är representationen av små och medelstora företag relativt hög bland leverantörerna till den statliga inköpssamordningen. Andelen små och medelstora företag bland leverantörerna är i detta sammanhang drygt 70 procent, varav flertalet är företag som sysselsätter färre än 50 personer. Variationen mellan olika produktområden är emellertid stor. För ett drygt 30-tal produktområden är andelen små och medelstora företag 100 procent av leverantörerna. För andra produktområden är bilden den motsatta och samtliga leverantörer är att betrakta som stora företag. En förklaring till det relativt höga deltagandet av små och medelstora företag i den statliga inköpssamordningen är enligt Statskontoret sannolikt de åtgärder som de ramavtalsansvariga myndigheterna vidtagit för att öka möjligheterna för denna typ av företag att bli ramavtalsleverantörer. Det gäller framför allt regionala uppdelningar av ramavtalen och efterfrågan av specialistkompetenser. Vidare finns det enligt Statskontorets uppfattning en medvetenhet bland de ramavtalsansvariga myndigheterna om vikten av att inte i onödan stänga ute små och medelstora företag från att lämna anbud eller på annat sätt över tid riskera att koncentrera leverantörsmarknaderna. Statskontoret anför även att det finns en risk att den anhopning av efterfrågan som samordnad upphandling av ramavtal innebär, leder till att leverantörsmarknaderna på sikt kommer att koncentreras och konkurrensen försvagas. Statskontoret bedömer dock att en sådan utveckling inte är särskilt trolig. Den statliga inköpssamordningen har funnits i över 40 år och haft ett liknande arbetssätt över tid och har enligt Statskontoret inte lett till en koncentrerad leverantörsmarknad. Risken för en monopolisering av leverantörsmarknaden för de produkter som upphandlas inom ramen för den statliga inköpssamordningen är enligt Statskontoret begränsad. Konkurrensverket har i ett samrådsyttrande till rapporten (bilaga 5) bl.a. anført att det anser att analysen och slutsatserna om effekterna för små företag och aktuella marknader till följd av berörd inköpssamordning i vissa delar har ett otillräckligt underlag. Det finns enligt Konkurrensverket många indikationer på att rapportens ganska ljusa bild av situationen för de små företagen inte speglar de faktiska förhållandena.

Enligt Statskontoret kan således en helt entydig bild inte erhållas av hur små och medelstora företag påverkas av samordnad upphandling som den statliga inköpssamordningen. Argumenten för att införa bestämmelser om inköpscentraler kvarstår dock enligt regeringens mening främst av det skälet att denna typ av upphandling redan existerar i praktiken och att det finns fördelar med att kunna använda sig av inköpscentraler. Statskontoret anförde i rapporten att införande av

direktivens bestämmelser om inköpscentraler i svensk lagstiftning får ses som en önskvärd kodifiering av redan existerande praxis. Enligt Statskontoret kan det vidare 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 att Danmark och Finland infört det klassiska direktivets bestämmelser om inköpscentraler i sina respektive nationella upphandlingslagstiftningar.

De farhågor som framförs angående små och medelstora företags möjligheter att delta i upphandlingar av det slaget måste enligt regeringen emellertid beaktas och koncentration av leverantörer eller t.o.m. monopolisering förhindras. Användningen av inköpscentraler bör inte få ske på så sätt att konkurrensen förhindras, begränsas eller snedvrids. Snarare ser regeringen en möjlighet för inköpscentraler att mer medvetet än andra upphandlare kunna arbeta för att små- och medelstora företag inkluderas. Inköpscentraler, som specialiserar sig på upphandling, kan ha bättre möjlighet att utveckla sina metoder än upphandlande myndigheter respektive enheter vars kärnverksamhet är något helt annat. Det kan t.ex. handla om att dela upp stora kontrakt i mindre delar eller andra åtgärder inom ramen för vad upphandlingslagstiftningen tillåter för att främja små och medelstora företag. Som tidigare nämnts bereds rapporten från Statskontoret för närvarande inom Regeringskansliet (dnr Fi 2008/4012). De skäl som talar för att införa bestämmelser om inköpscentraler – de används redan i dag och fyller en viktig funktion – innebär dock att övervägande skäl talar för att en reglering ska införas nu. Sammanfattningsvis anser regeringen, i likhet med det stora flertalet remissinstanser som yttrat sig i frågan, att regler om inköpscentraler bör införas.

### 14.3 Regleringen av inköpscentraler

**Regeringens förslag:** Med inköpscentral ska avses en upphandlande myndighet som ingår ramavtal om byggentreprenader, 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 ska få anskaffa byggentreprenader, varor eller tjänster med hjälp av en inköpscentral.

**Promemorians förslag** överensstämmer med regeringens.

**Remissinstanserna:** Flertalet av remissinstanserna är positiva till promemorians förslag. *Länsrätten i Stockholms län* välkomnar i huvudsak förslaget avseende författningsregleringen. *Länsrätten i Skåne län* anför att föreslagna bestämmelser förenklar hanteringen av mål om överprövning. *Skatteverket* anser att förslaget i är princip en kodifiering av gällande hantering. *Kammarkollegiet* anser att det blir ett fungerande regelverk som ges ett tydligt uttryck i lagtexten. *Svenskt Näringsliv* anser att det finns uppenbara risker för snedvriden konkurrens m.m. med ökade möjligheter till centraliserade upphandlingar. Man kan dock acceptera att en bestämmelse om inköpscentraler införs om den föreslagna lagtexten kompletteras, så att det som står i promemorian står klart också för den praktiske tillämparen. *Försvarets materielverk (FMV)* ifrågasätter om direktivet medger införande av endast en del av inköpsförfarandet genom att utesluta grossistfunktionen och möjligheten att vara ombud åt endast en upphandlande myndighet och redogör närmare för hur FMV:s upphandlingar i eget namn åt Försvarmakten går till. *Försvarmakten* noterar att begreppet ”inköpscentral” som det definierats i 2 kap. 9 a § LOU inte stämmer in på den relation som föreligger mellan Försvarmakten och FMV. Försvarmakten uppdrar åt FMV bl.a. att anskaffa material och förnödenheter. Dessa upphandlingar som görs i FMV:s namn resulterar inte alltid i ramavtal. *Almega* anför att det är viktigt att hindra att offentlig sektor bygger upp offentligt ägda grossistled, exempelvis genom att bygga upp grossistlager eller fungera som mellanhand vid personalbemanning. *Almega* menar att det finns goda grunder för att reglera detta. *Svenskt Näringsliv* anser att vad som avses med grossistverksamhet lämpligen kan klarläggas i propositionen.

**Skälen för regeringens förslag:** Vid bestämmande av hur bruket av inköpscentraler bör regleras ska utgångspunkten vara artiklarna 1.10 och 11 i det klassiska direktivet och artiklarna 1.8 och 29 i försörjningsdirektivet. Det är frivilligt att införa bestämmelser om inköpscentraler. I likhet med vad som anförts av Upphandlingsutredningen (SOU 2006:28 s. 160) och av Statskontoret (promemorian s. 30 och 31) görs bedömningen att det i direktiven överlämnas åt medlemsstaterna att bestämma om och i vilken utsträckning en upphandlande myndighet eller enhet ska få använda sig av inköpscentraler. Som framgått tycks den allmänna uppfattningen vara att Sverige i praktiken redan har inköpscentraler i direktivens mening när det gäller samordnad upphandling av ramavtal och funktionen att agera som ombud. Det är således inte i första hand fråga om att öppna för en typ av upphandlingsverksamhet utan om lämpligheten av att kodifiera den praxis som finns. I likhet med vad som föreslagits i promemorian anser regeringen därför att det bör införas bestämmelser om att en inköpscentral i enlighet med direktiven ska kunna ingå ramavtal samt medverka vid en upphandling såsom ombud åt flera upphandlande myndigheter eller enheter. Det skapas därmed en tydligare rättslig grund för den samordnade upphandling som redan bedrivs och verksamheten riskerar inte att bli olaglig.

När det gäller funktionen att medverka vid en upphandling som ombud uppkommer fråga om inköpscentralen kan vara ombud åt en eller om det måste vara flera myndigheter respektive enheter. *FMV* efterlyser ett

klargörande beträffande promemorians bedömning att en inköpscentral ska vara ombud åt flera myndigheter. Det kan i detta sammanhang nämnas att Upphandlingsutredningens tolkning var att inköpscentralen kan vara ombud åt en eller flera upphandlande myndigheter/enheter (SOU 2006:28 s. 165). I denna fråga instämmer regeringen dock i den bedömning som gjorts av såväl Statskontoret som i den remitterade promemorian, dvs. att direktiven föreskriver att inköpscentralen ska vara ombud åt flera myndigheter samtidigt. Däremot omfattas inte situationen att en myndighet agerar ombud åt en enskild upphandlande myndighet. Denna uppfattning grundas på att det i direktivet anges att det är fråga om centraliserad upphandling. I beaktandesats 15 i det klassiska direktivet anges bl.a. att det bör införas en gemenskapsdefinition av den inköpscentral som står till de upphandlande myndigheternas förfogande.

Enligt direktiven kan en inköpscentral även agera grossist. Statskontoret har ansett att det är tveksamt om denna typ av upphandling för närvarande förekommer i Sverige. Det finns vidare 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 avstå från 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, men sammanfattningsvis väger skälen mot att införa bestämmelser om grossistfunktionen tyngre än ett osäkert framtida behov.

När det gäller en inköpscentrals funktion som grossist, dvs. att inköpscentralen själv anskaffar varor eller tjänster som ska användas av andra, tycks detta inte förekomma i Sverige, vilket sannolikt är förklaringen till att ingen av remissinstanserna har efterlyst att denna funktion ska införas. Tvärtom anför t.ex. *Almega* att det finns anledning att införa en reglering som förhindrar en utveckling mot att offentlig sektor skapar grossistlager. Det har således enligt regeringens uppfattning inte framkommit något behov av att införa en sådan möjlighet i upphandlingslagarna. Även om det i framtiden skulle framstå som ändamålsenligt med en sådan funktion, talar därför övervägande skäl mot att för närvarande införa bestämmelser som möjliggör för en inköpscentral att agera grossist. Regeringen instämmer således i den bedömning som gjorts av Statskontoret och i den remitterade promemorian att grossistfunktionen inte bör införas. Det bedöms inte behövas någon uttrycklig reglering som förbjuder grossistverksamhet i detta sammanhang. Med hänsyn till att inköpscentraler regleras endast såvitt gäller samordnade upphandlingar av ramavtal och funktionen att agera ombud, följer motsatsvis att grossistfunktionen inte är tillåten.

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.

#### 14.4 Ansvar för att bestämmelserna iakttas

**Regeringens bedömning:** Den myndighet som tecknar ramavtal ska vara ansvarig och bli motpart vid en eventuell domstolsprövning. Om myndigheten är ombud i upphandlingen ska det däremot vara den myndighet som anlitar inköpscentralen som är ansvarig för att bestämmelserna iakttas.

**Promemorians förslag** överensstämmer med regeringens.

**Remissinstanserna:** En majoritet av de remissinstanser som yttrat sig i frågan, bl.a. *Kammarrätten i Göteborg*, *Länsrätten i Skåne län*, *Riksgäldskontoret*, *Halmstads kommun* och *Sveriges Kommuner och Landsting (SKL)*, instämmer i promemorians bedömning. *Skatteverket* anser att promemorians förslag är tydligt och fördelar ansvaret utifrån de två olika roller inköpscentralen kan inneha. *Halmstads kommun*, *Västra Götalandsregionen* och *SKL* anför att ansvarsfördelningen bör framgå av författningstexten. *Fortifikationsverket* tillstyrker förslaget men anser att ett förtydligande krävs avseende ansvaret för inköpscentralen respektive de enheter som utnyttjar inköpscentralens avtal. *Verket för högskoleservice (VHS)* anser att ansvar för eventuella fel som begås principiellt bör ligga på den upphandlande myndighet som anlitar en inköpscentral. Detta ansvar bör principiellt gälla både ramavtalsupphandlingen och efterföljande tillämpningen av det ramavtal som tecknas. Denna inställning är dock principiell. I praktiken kommer den myndighet som anlitar en inköpscentral behöva reglera ansvarsfrågan, vilket innebär att det är inköpscentralen som i praktiken kommer att stå för det slutliga ansvaret för eventuella fel i själva ramavtalet. *Advokatfirman Sundstrand* anser att bestämmelserna rörande ansvarsfördelningen är oklara och måste fastställas eller utredas ytterligare innan förslaget läggs fram. *Advokatfirman Delphi* anser att bedömningen rörande ansvarsfördelningen är felaktig. Eftersom bestämmelserna om inköpscentraler utgör ett undantag från skyldigheten att tillämpa procedurdirektivens bestämmelser är det dess uppfattning dels att bestämmelserna ska tolkas restriktivt, dels att den upphandlande myndigheten eller enheten som gör gällande att undantaget är tillämpligt både har bevisbördan för och är ansvarig för att undantagets tillämpning är uppfyllda. *Konkurrensverket* anser att det kan finnas behov av riktlinjer eller allmänna råd för hur en inköpscentral ska vara organiserad och hur beslut, ansvarsfrågor etc. bör hanteras.

**Skälen för regeringens bedömning:** 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. I Statskontorets promemoria samt i den remitterade promemorian anses 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.

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 iaktta direktivens förfaranderegler, givet att inköpscentralen gjort det. Enligt Statskontorets bedömning är avsikten med denna formulering inte 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 ombudsfallat 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.

Regeringen ansluter sig till den tolkning av direktiven som görs av Statskontoret och i promemorian, nämligen att direktiven ska förstås så att den ordning som gäller enligt praxis, dvs. att den myndighet som tecknar ramavtal är ansvarig, är tillåten. 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 ansvarig för att den genomförs i enlighet med upphandlingslagstiftningen. Vid förnyad konkurrensutsättning är det dock den avropande myndigheten eller enheten som blir ansvarig för att det sker med iakttagande av aktuella bestämmelser. 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.

Vissa remissinstanser, bl.a. *Advokatfirman Sundstrand*, anser att frågan om ansvarsfördelningen bör författningsregleras. Med hänsyn till att överväganden om ansvarsfördelningen överensstämmer med nuvarande praxis och det inte har gjorts gällande att det vållat några problem i praktiken torde uttryckliga bestämmelser rörande ansvarsfördelningen emellertid inte behöva införas.

När det gäller *Konkurrensverkets* önskemål om riktlinjer eller allmänna råd om inköpscentraler bedömer regeringen att behovet av detta bör vara begränsat med hänsyn till att användningen av inköpscentraler redan sker och att de bestämmelser som föreslås är en kodifiering av praxis.

## 14.5 Vissa frågor rörande kommuner och landstingskommuner

**Regeringens bedömning:** Regeringen tar nu inte ställning till frågan om kommuners och landstings möjligheter att avropa från statliga ramavtal eller till frågan om en ändring i kommunallagen (1991:900) beträffande kommuners och landstingskommuners möjlighet att delegera till någon annan att fatta tilldelningsbeslut.

**Promemorian** behandlade inte frågorna.

**Remissinstanserna:** *Konkurrensverket* framför att statliga inköpscentraler inte bör få samordna inköp för den kommunala sektorn och vice versa. *Almega, Företagarna* och *Svenskt Näringsliv* anser att det ska anges att statens centraliserade inköp bör begränsas till att enbart avse statens inköp och kommunerna bör således inte få använda sig av samma avtal eftersom en ökad centralisering av de offentliga inköpen också leder till att konkurrensen begränsas. *Svenskt Näringsliv* anser vidare att en bestämmelse om inköpscentraler bör kompletteras med att regeringen utfärdar instruktioner till de statliga myndigheterna om att inte vidare acceptera att kommuner använder sig av de statliga inköpsavtalen. *Länsrätten i Stockholms län* anser att det skulle vara en stor lättnad i administrativt hänseende om förslagen i Ds 2004:37 (Samordnad upphandling angående kommunala inköpscentraler) kunde införas. Även *Halmstads kommun, Region Skåne, Sveriges Kommuner och Landsting (SKL)* och *Sveriges Offentliga Inköpare (SOI)* anför att det krävs, för att bestämmelserna om inköpscentraler ska bli riktigt ändamålsenliga för kommuner och landsting, att det görs en ändring i kommunallagen (1991:900) som möjliggör delegation av tilldelningsbeslut utanför den egna kommunen eller landstinget. De anför vidare att om förslaget i Statskontorets rapport 2009:12 (En effektivare statlig inköpssamordning) om att kommuner och landsting inte längre ska få avropa från de statliga ramavtalen genomförs, kommer sannolikt samordningen mellan kommuner och landsting öka och därmed behovet av smidiga delegationsbestämmelser. *Malmö kommun* anför att om kommuner inte längre ska få avropa från statliga ramavtal måste i framtiden alternativa vägar sökas i kommunerna.

**Skälen för regeringens bedömning:** Frågan om kommuner och landstingskommuner ska få använda sig av de statliga ramavtalen har behandlats i Statskontorets rapport 2009:12. I rapporten föreslår Statskontoret att en ny upphandlingsmyndighet ska inrättas. Myndigheten ska vara en inköpscentral i EG-direktivens mening. Den ska enligt Statskontorets förslag svara för upphandling och förvaltning av ramavtal eller andra gemensamma avtal för statsförvaltningens räkning. Myndighetens verksamhet ska vidare enligt Statskontorets förslag begränsas till den statliga sektorn och upphandling för myndigheternas räkning. Kommunerna ska med andra ord enligt förslaget inte längre få avropa från de statliga ramavtalen. Rapporten har remissbehandlats och

beredning pågår för närvarande inom Regeringskansliet. Regeringen har mot den bakgrunden inte anledning att nu ta ställning till eller lämna ett förslag rörande kommuners och landstingskommuners rätt att använda sig av de statliga ramavtalen.

Frågan om att ge kommuner och landstingskommuner möjlighet att delegera tilldelningsbeslut, behandlades i departementspromemorian Samordnad upphandling (Ds 2004:37). Flera remissinstanser, bland annat SKL, föreslår att förslaget i promemorian om möjlighet att delegera tilldelningsbeslut ska införas. Förslaget i promemorian kräver dock ytterligare beredning. Det finns därför inte förutsättningar att nu ta ställning till förslaget. Regeringen avser att återkomma i den frågan.

## 15 Miljöhänsyn och sociala hänsyn

**Regeringens förslag:** Bestämmelser ska införas i LOU och LUF som anger att upphandlande myndigheter och enheter bör beakta miljöhänsyn och sociala hänsyn i sina upphandlingar i den utsträckning det är påkallat med hänsyn till upphandlingens art.

**Utredningens förslag:** Överensstämmer i huvudsak med regeringens förslag. Utredningen föreslår dock en annan lagteknisk utformning av bestämmelserna om särskilda villkor om fullgörande i 6 kap. 13 § LOU och 6 kap. 14 § LUF flyttas över till den föreslagna bestämmelsen. Vidare föreslog utredningen att det anges uttryckligen i bestämmelserna att kraven ska vara förenliga med gemenskapsrätten.

**Remissinstanserna:** Majoriteten av remissinstanserna tillstyrker förslaget men det avstyrks av några instanser. Dåvarande *Nämnden för offentlig upphandling (NOU)* anser att det bör tydliggöras vilka krav som avses och att det bör tas fram vägledning och verktyg. Vidare anser NOU att det är olämpligt att föra samman krav enligt denna bestämmelse med sådana särskilda krav som avses i andra stycket av den föreslagna bestämmelsen. *Myndigheten för handikappolitisk samordning (Handisam)* föredrar en regel enligt vilken det är obligatoriskt att beakta miljöfrågor och sociala frågor i den utsträckning det är påkallat med hänsyn till upphandlingens art och att det ska vara obligatoriskt att ställa miljökrav och sociala krav i den utsträckning det är påkallat med hänsyn till upphandlingens art. *Kammarrätten i Jönköping* och *Länsrätten i Östergötlands län* ifrågasätter ändamålsenligheten i ett förslag med en börregel. *Kommerskollegium* framhåller att det inte är möjligt att ”exportera” miljökrav, dvs. att ställa miljökrav på tillverkning eller transporter som sker utanför Sverige och vill lyfta fram den osäkerhet som uppstår för utländska leverantörer vid krav på miljövänlig produktion av en vara. Osäkerheten gäller om förbudet mot att exportera miljökrav innebär att den utländske leverantören utesluts från att delta i upphandlingen eller att denne inte behöver uppfylla miljökravet. *Statskontoret* anser att lagstiftningen inte bör skärpas genom att börregler införs eftersom detta kan innebära att upphandlande enheter trots bristande resurser och kompetens mer eller mindre känner sig tvingade

att ställa sådana krav. *IT-företagen* och *Konkurrenskommissionen* anser att miljökrav och sociala krav bör behandlas i annan lagstiftning. *Institutet för tillväxtpolitiska studier* anser att krav att uppfylla andra mål än fri och rättvis konkurrens försvårar eller omöjliggör en korrekt utvärdering och att den offentliga upphandlingen bör, för att undvika ökad risk för handelshindrande och diskriminerande krav, hållas fri från sådana tillkommande börregler eller krav. *Juridiska fakultetsnämnden vid Stockholms universitet* förespråkar en bestämmelse som anger att upphandlande myndigheter/enheter ska göra en bedömning om vilka miljökrav som myndigheten/enheten ska ställa.

### **Skälen för regeringens förslag**

De nu gällande direktiven 2004/18/EG om offentlig upphandling och 2004/17/EG om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster innehåller bestämmelser som klargör hur miljöhänsyn och sociala hänsyn kan integreras i upphandlingsförloppets olika delar. Bestämmelserna har genomförts i LOU och LUF och behandlas i förarbetena till lagarna (prop. 2006/07:128 s. 194 ff).

Miljöhänsyn och sociala hänsyn kan beaktas i upphandlingens olika faser. Bland annat kan sådana hänsyn anges i de tekniska specifikationerna. I 6 kap. 1 § andra stycket i båda lagarna anges att specifikationerna bör när det är möjligt bestämmas med hänsyn till kriterier avseende tillgänglighet för personer med funktionshinder eller utformning med tanke på samtliga användares behov. Av 6 kap. 3 § framgår också att miljöegenskaper kan beaktas i de tekniska specifikationerna. I 6 kap. 7 § anges under vilka omständigheter en upphandlande myndighet eller enhet kan använda sig av miljömärken vid krav om miljöegenskaper. Som framgår av andra stycket av bestämmelsen kan den upphandlande myndigheten eller enheten ställa krav på att specificerade kriterier för miljömärken ska vara uppfyllda och att miljömärket är ett bevis på att kraven är uppfyllda. Dock måste även annat lämpligt bevis godtas av den upphandlande myndigheten eller enheten. Av 6 kap. 4 § framgår i vilken utsträckning en upphandlande myndighet eller enhet kan ställa krav på tillverkning eller särskilt framställningssätt. I 6 kap. 12 § LOU och 6 kap. 13 § LUF finns bestämmelser om information om bl.a. miljöskydd, arbetarskydd och arbetsvillkor samt krav om arbetarskydd och arbetsvillkor.

I båda lagarna finns bestämmelser om särskilda villkor för fullgörande av kontrakt (6 kap. 13 § LOU och 6 kap. 14 § LUF). Bestämmelserna anger att den upphandlande myndigheten eller enheten får ställa särskilda sociala, miljömässiga och andra villkor för hur ett kontrakt får fullgöras.

I 10 kap. LOU och LUF finns bestämmelser om uteslutning av leverantörer. Av 10 kap. 2 § första stycket 3 och 4 LOU och 10 kap. 3 § första stycket 3 och 4 framgår att en leverantör får uteslutas från att delta i upphandlingen om leverantören genom lagakraftvunnen dom är dömd för brott avseende yrkesutövningen respektive har gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen och den upphandlande myndigheten eller enheten kan visa detta. De relaterade bestämmelserna avser inte uttryckligen miljöhänsyn och sociala hänsyn, men är naturligtvis

tillämpliga på brott mot miljölagstiftning och social lagstiftning samt allvarliga fel i yrkesutövningen som rör miljöfrågor och sociala frågor.

Vid valet av deltagare i ett upphandlingsförfarande kan den upphandlande myndigheten enligt 11 kap. 11 § andra stycket 7 ställa krav på bevis om de miljöskyddsåtgärder som leverantören kommer att tillämpa när kontraktet fullgörs. Bestämmelsen gäller vid upphandling av byggtreprenader och tjänster. Motsvarande bestämmelse återfinns inte i LUF men sådana krav kan ställas upp även inom försörjningssektorerna. Av 11 kap. 15 § LOU och 11 kap. 12 § LUF framgår i vilken utsträckning leverantören kan krävas uppfylla standarder för miljöledning.

I 12 kap. 1 § andra stycket båda lagarna anges exempel på kriterier som de upphandlande myndigheterna och enheterna kan använda sig av vid anbudsutvärderingen. Bland annat anges miljöegenskaper som ett sådant kriterium.

Gemensamt för samtliga typer av krav är att de ska vara förenliga med principerna för (offentlig) upphandling enligt 1 kap. 9 § LOU och 1 kap. 24 § LUF. Regeringen vill understryka betydelsen av att kraven följs upp och kontrolleras av de upphandlande myndigheterna och enheterna. Myndigheterna och enheterna bör säkerställa att de villkor som de avser att ställa upp är uppföljningsbara och kontrollerbara. Krav som inte följs upp och kontrolleras av den upphandlande myndigheten eller enheten är inte förenliga med EG-domstolens praxis.

I Upphandlingsutredningens slutbetänkande (SOU 2006:28) Nya upphandlingsregler 2 görs en omfattande genomgång av de EG-rättsliga förutsättningarna och EU-domstolens praxis rörande miljöhänsyn och sociala hänsyn i offentlig upphandling.

I en handbok som publicerats av Europeiska kommissionen görs uttalanden om möjligheterna enligt de nya upphandlingsdirektiven att ställa miljökrav vid upphandling.<sup>26</sup> Kommissionen håller även på att ta fram en motsvarande handbok avseende sociala krav i offentlig upphandling.<sup>27</sup> Synpunkter på ett utkast till handboken har inhämtats från medlemsstaterna inför publiceringen av en slutversion.

Konkurrensverket har tagit fram ett informationsmaterial om de nya lagarna om offentlig upphandling och möjligheterna att ställa miljökrav<sup>28</sup>.

Miljöstyrningsrådets upphandlingskriterier består av förslag till miljökrav som kan användas vid upphandling av varor, tjänster och entreprenader. Under varje kriterieområde finns även relaterad information och vägledningar. Miljöstyrningsrådet har också tagit fram en vägledning beträffande sociala och etiska krav i offentlig upphandling. Rådet arbetar även med andra former av stöd såsom olika slags utbildningar, bl.a. en webbaserad utbildning och helpdesk på sin hemsida samt arrangerar konferenser och seminarier. På Miljöstyrningsrådets hemsida tillhandahålls en webbaserad utbildning rörande miljöhänsyn i offentlig upphandling.

<sup>26</sup> Att köpa grönt! Handbok om miljöanpassad offentlig upphandling.

<sup>27</sup> Buying social: a guide to taking account of social considerations in public procurement.

<sup>28</sup> Miljökrav i offentlig upphandling, juni 2008.

Många myndigheter, landsting, kommuner och andra upphandlande myndigheter och enheter har antagit policy eller riktlinjer för miljöhänsyn i upphandlingsverksamheten. För att se i vilken utsträckning miljökrav ställs i offentliga upphandlingar i Sverige låter Naturvårdsverket regelbundet genomföra enkätundersökningar. Målgruppen för undersökningen är samtliga upphandlingsansvariga inom offentlig sektor; kommuner, landsting och myndigheter. Undersökningen har i denna form genomförts åren 2004, 2007 och nu senast 2009. Av årets undersökning framgår bl.a. att 82 procent av organisationerna uppger att de har en policy eller riktlinjer för att beakta miljöhänsyn i offentlig upphandling. Vidare svarar 57 procent att de alltid eller oftast ställer miljökrav vid upphandlingar.

Regeringen gör bedömningen att de upphandlande myndigheterna och enheterna har gott stöd av olika verktyg och vägledning när det gäller att bestämma hur de ska integrera miljöhänsyn och sociala hänsyn i sina upphandlingar. Regeringen konstaterar vidare att flertalet upphandlande myndigheter och enheter har en hög ambition och beredskap när det gäller att beakta miljöhänsyn i sina upphandlingar.

#### *Nationell handlingsplan för ökade miljökrav vid offentlig upphandling*

Den 8 mars 2007 överlämnade regeringen till riksdagen en handlingsplan för ökade miljökrav vid offentlig upphandling (skr. 2006/07:54). I handlingsplanen uttalade regeringen att miljökrav i dag inte ställs i den utsträckning som är möjlig. Den offentliga sektorn bör så långt som möjligt enligt lagen om offentlig upphandling och gemenskapsrätten ställa miljökrav vid upphandling. I planen angavs följande tre inriktningsmål. Andelen offentliga upphandlingar med välformulerade miljökrav bör öka, andelen statliga ramavtal med välformulerade miljökrav bör öka samt andelen myndigheter inom stat, kommun och landsting som regelbundet ställer välformulerade miljökrav bör öka.

#### *Miljöhänsyn inom EU*

Europeiska kommissionen presenterade ett meddelande om offentlig upphandling för en bättre miljö den 16 juli 2008. Meddelandet syftar till att öka miljökraven vid offentlig upphandling för att minska miljöpåverkan av offentlig konsumtion samt stimulera utvecklingen av miljöinnovation, -produkter och -tjänster inom EU. Genom att harmonisera miljökrakterna inom EU minskar även risken att snedvrیدا den inre marknaden och bör även leda till minskade administrativa kostnader för både upphandlande enheter och leverantörer. Kommissionen föreslår att formalisera ett samrådsförfarande för framtagande av gemensamma frivilliga miljökrakter för produkt- och tjänstegrupper i ett nära samarbete med medlemsstater, experter, näringsliv och andra berörda aktörer. Kommissionen föreslår ett övergripande politiskt vägledande mål att 50 procent av upphandlingen per medlemsstat ska vara miljöanpassad till 2010. Konkurrenskräfrådets slutsatser per den 25–26 september 2008 välkomnar kommissionens meddelande.

### *Antidiskrimineringsvillkor i upphandlingskontrakt*

Sedan den 1 juli 2006 gäller förordningen (2006:260) om antidiskrimineringsvillkor i upphandlingskontrakt. Genom förordningen åläggs vissa statliga myndigheter att i sina upphandlingskontrakt ställa villkor som syftar till att motverka diskriminering hos leverantören. Syftet med förordningen är att öka medvetenheten om och efterlevnaden av diskrimineringslagen (2008:567).

### *Närmare om regelns utformning*

Regeringen konstaterar i likhet med utredningen att varken unionsrätten eller nationell rätt hindrar bestämmelser av den karaktären som nu föreslås förs in i upphandlingslagarna. Frågan gäller i stället om det är lämpligt att göra det och hur bestämmelserna, om sådana ska införas, bör vara utformade.

Mot införandet av en sådan börregel som utredningen har föreslagit, nämligen att de upphandlande myndigheterna ”bör ställa miljökrav och sociala krav” kan, som också utredningen konstaterat, anföras att lagstiftning inte ska användas för att ställa upp moraliska eller etiska uppföranderegler. I motiven till regeringsformen uttalas att lagbegreppet endast kan omfatta rättsregler, och att sådana regler i princip kännetecknas av att de är bindande för myndigheter och enskilda (prop. 1973:90 s. 203). I doktrin har dock konstaterats att det också förekommer lagregler som är formulerade som rekommendationer, vilket brukar markeras genom användningen av ordet ”bör”.<sup>29</sup> Vidare har det under senare år blivit allt vanligare att en lag innehåller s.k. målsättningsstaganden som inte är rättsligt bindande utan endast anger mål för den offentliga verksamheten. Enligt Strömberg torde det vara svårt för riksdag och regering att finna någon annan form än författningsformen, om man vill meddela ”mjukare” direktiv och samtidigt ge dem tillräcklig publicitet.<sup>30</sup>

Regeringen bedömer att det finns skäl som talar för att sådana bestämmelser införs i de föreslagna upphandlingslagarna, inte minst den ökade betoningen av miljöaspekter och sociala aspekter i gemenskapsrätten och Sveriges inställning i dessa frågor. Under lagstiftningsarbetet med de nya upphandlingsdirektiven intogs från svensk sida ståndpunkten att miljöhänsyn och sociala hänsyn ska integreras i upphandlingsprocessen så att det framgår i vilken utsträckning man kan väga in sådana hänsyn i de olika faserna i upphandlingsförfarandet.

Svagheten med en börregel är naturligtvis, som utredningen och några remissinstanser har påpekat, att den enbart är ett målsättningsstadgande. Det finns därför inte någon möjlighet att med stöd av en sådan regel kräva av upphandlande myndigheter och enheter att de ska ställa miljökrav eller sociala krav eller att framgångsrikt klandra en upphandling för att sådana krav inte har ställts.

<sup>29</sup> Strömberg, Normgivningsmakten enligt 1974 års regeringsform, 3 uppl., s. 43.

<sup>30</sup> A. a. s. 43 f.

Regeringen anser trots detta att det finns starka skäl att skapa incitament för de upphandlande myndigheter och enheter som ännu inte prövar möjligheten att integrera miljöhänsyn och sociala hänsyn i sina upphandlingar. Den ovan nämnda nationella handlingsplanens inriktningsmål talar också för att en generell bestämmelse bör införas. Mot denna bakgrund anser regeringen sammanfattningsvis att en bestämmelse som framhåller vikten av att upphandlande myndigheter och enheter ställer miljöhänsyn och sociala hänsyn i sina upphandlingar bör införas i LOU och LUF.

Några remissinstanser har föreslagit en obligatorisk regel i upphandlingslagarna. *Juridiska fakultetsnämnden vid Stockholms universitet* föreslår en bestämmelse enligt vilken det vore obligatoriskt för de upphandlande myndigheterna och enheterna att göra en bedömning om vilka miljökrav som myndigheten eller enheten ska ställa. Enligt detta förslag skulle underlåtenheten att göra en bedömning av vilka miljökrav som myndigheten eller enheten ska ställa kunna bli föremål för prövning i domstol. Det skulle enligt regeringens mening inte vara möjligt att följa upp och kontrollera om den upphandlande myndigheten eller enheten har gjort en sådan bedömning. Med hänsyn till det anförda anser regeringen att en sådan bestämmelse inte bör införas i upphandlingslagstiftningen.

Utredningen föreslog en bestämmelse vars första stycke i huvudsak överensstämmer med regeringens förslag. För att skapa harmoni med redan befintliga regler i LOU och LUF om hur miljöhänsyn och sociala hänsyn får beaktas har regeringen valt att utforma bestämmelsen på ett delvis annat sätt än utredningen. Den av regeringen föreslagna bestämmelsen är också utformad som ett målsättningsstadgande. Den bör därför som utredningen föreslagit tas in i det inledande kapitlet med allmänna bestämmelser.

I utredningens förslag återfinns ett andra stycke som är avsett att ersätta bestämmelsen om särskilda villkor för fullgörande av kontrakt i 6 kap. 13 § LOU och 6 kap. 14 § LUF och som anger att upphandlande myndigheter och enheter får ställa även andra krav på hur kontraktet ska fullgöras. I 6 kap. regleras utöver särskilda kontraktsvillkor de tekniska specifikationer som ska anges i upphandlingsförfarandet. Enligt regeringens mening bör därför bestämmelsen till skillnad från vad utredningen föreslagit även fortsättningsvis vara intagen i 6 kap. Vidare innehåller utredningens förslag ett tredje stycke som föreskriver att krav som ska beaktas enligt bestämmelsen ska vara förenliga med gemenskapsrätten och anges i annonsen om upphandling, i förfrågningsunderlaget eller, vid konkurrenspräglad dialog, i det beskrivande dokumentet. Detta framgår redan av bestämmelserna om principer för (offentlig) upphandling i 1 kap. 9 § LOU och 1 kap. 24 § LUF. En sådan bestämmelse bör därför enligt regeringens mening tas in i lagarna.

Att miljöhänsyn och sociala hänsyn bör beaktas i den utsträckning som är påkallat med hänsyn till upphandlingens art innebär framför allt att eventuella krav ska vara förenliga med principerna i 1 kap. 9 § LOU och 1 kap. 24 § LUF samt att kraven i fråga är relevanta. Vidare ska sådana krav enligt praxis från EU-domstolen vara uppföljningsbara och kontrollerbara samt faktiskt följas upp och kontrolleras av den



upphandlande myndigheten och enheten (se EU-domstolens dom i mål C-448/01 Wienstrom, REG 2003 s. 14527). Den upphandlande myndigheten och enheten bör ha förvissat sig om att krav som övervägs är förenliga med de allmänna principerna.

## 16 Regelförenklingar i upphandlingslagarna

### 16.1 Inledning

I lagrådsremissen 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.

### 16.2 Inhämtande av uppgifter

#### 16.2.1 Bakgrund

##### *Förenklad hantering avseende skattekontroll*

I regeringens skrivelse Regelförenklingsarbetet (skr. 2007/08:131) behandlas 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 (dnr Fi2006/1649) om att överföra ansvaret på de upphandlande myndigheterna och enheterna att hämta in uppgifter från offentliga register (se avsnitt 16.3). Vidare har kommissionen inom ramen för det s.k. småföretagarstadgan ("Small Business Act") i juni 2008 presenterat ett tjänstemannameddelande med en europeisk "code of best practice" för att underlätta för små och medelstora företag att delta i offentliga upphandlingar.<sup>31</sup> Meddelandet syftar till att ge medlemsstaterna och deras upphandlande myndigheter vägledning om hur gemenskapsrätten kan tillämpas för att underlätta för små och medelstora företag att delta i offentliga upphandlingar. Vidare ger meddelandet exempel på nationella bestämmelser och metoder för att främja små och medelstora företags 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

<sup>31</sup> Commission staff working document, European code of best practices facilitating access by SMEs to public procurement contracts, SEC 2008 (2193).

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. Dåvarande Verket för näringslivsutveckling (Nutek) har också pekat på den omfattande hanteringen av handlingar och försökt att beräkna företagets 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 miljardbelopp<sup>32</sup>.

### *Kontroll av anbudssökandes och anbudsgivares lämplighet*

Kommissionen konstaterar i sitt tjänstemannameddelande, SEC (2008) 2193, i samband med småföretagarstadgan att små och medelstora företags 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 uteslutningsgrunderna 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.

<sup>32</sup> Småföretag och offentlig upphandling, Hinder och möjligheter för småföretag att delta i offentliga upphandlingar (R 2005:21)

## 16.2.2 Uppgifter från offentliga register om skatter och socialförsäkringsavgifter

**Regeringens förslag:** Den upphandlande myndigheten eller enheten ska ansvara för att begära in uppgifter från Skatteverket och Kronofogdemyndigheten om huruvida en leverantör sköter sina skatter och socialförsäkringsavgifter.

**Promemorians förslag:** Överensstämmer delvis med regeringens. Promemorian innehåller utöver regeringens förslag även bestämmelser som anger att uppgifterna ska hämtas in i ett öppet förfarande innan anbudsgivarna underrättas om beslutet eller vid selektiv eller förhandlad upphandling innan anbudsgivningen eller förhandlingen börjar.

**Remissinstanserna:** Remissutfallet är blandat. Majoriteten remissinstanser tillstyrker förslaget. *Konkurrensverket* tillstyrker förslaget och anser att det är viktigt att det tydligt framgår av i vart fall förarbetena att uppgifterna endast bör inhämtas från de utländska leverantörer som valts ut att få delta i anbudsgivning eller förhandling i selektivt eller förhandlat förfarande eller den utländske anbudsgivare som ska tilldelas kontraktet. Ett flertal remissinstanser ifrågasätter om förslaget är förenligt med de grundläggande principerna om likabehandling och icke-diskriminering. *Sveriges advokatsamfund*, *Advokatfirman Delphi* och *Advokatfirman Sundstrand* avstyrker förslaget.

*Advokatfirman Delphi* anser att förslaget innebär att den upphandlande myndigheten eller enheten bryter mot den absoluta anbudsssekretessen. *Sveriges Kommuner och Landsting*, *Täby kommun* och *Region Skåne* har också berört frågan förslagets förenlighet med reglerna om anbudsssekretess i offentlighets- och sekretesslagen (2009:400).

Några remissinstanser ifrågasätter om förslaget är förenligt med bestämmelserna i 11 kap. 1 § LOU och LUF om kontroll av leverantörers lämplighet innan kontrakt tilldelas. Dessa moment ska ske i två separata steg. *Försvarets materielverk (FMV)*, *Sveriges advokatsamfund* och *Advokatfirman Delphi* anser att förslaget är oförenligt med anbudsutvärdering som görs med relativa metoder, dvs. metoder där priset i ett anbud jämförs med priset i anbudet med lägst anbudspris.

**Skälen för regeringens förslag:** 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 paragrafen 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 restförlå skatteskulder samt om avbetalningsplan finns och hur den i så fall har följts. 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.

Regeringen gör 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 i syfte att underlätta den administrativa bördan för företagen i offentlig upphandling.

I promemorian gjordes bedömningen att uppgifterna endast behöver 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 och att uppgifterna vid öppet förfarande ska hämtas in innan anbudsgivarna underrättas om tilldelningsbeslutet. Vid selektivt eller förhandlat förfarande ska uppgifterna, enligt förslaget i promemorian, hämtas in senast innan anbudsgivningen eller förhandlingen påbörjas.

Enligt 19 kap. 3 § första stycket offentlighets- och sekretesslagen (2009:400) gäller sekretess för uppgift som hänför sig till ärende om förvärv, överlåtelse m.m. om det kan antas att det allmänna lider skada om uppgiften röjs. Regeringen anser att det kan finnas en risk för att uppgift om identiteten av en viss anbudssökande eller anbudsgivare kan röjas i samband med att Skatteverkets blankett SKV 4820 begärs in och att det därmed kan härledas vilken eller vilka som kan komma i fråga för inbjudan till anbudsgivning eller förhandling, vilket kan innebära att den upphandlande myndigheten eller enheten kan komma att lida skada av att uppgiften röjs, t.ex. genom kartellbildning eller annat samarbete anbudsgivarna emellan. Den nu föreslagna bestämmelsen bör därför inte utformas helt i överensstämmelse med förslaget i promemorian. Bestämmelsen bör inte generellt föreskriva att uppgifterna ska samlas in enbart beträffande de anbudsgivare som ska tilldelas kontraktet eller de anbudssökande som valts ut att få delta i anbudsgivning eller förhandling. Det bör i stället överlåtas till den upphandlande myndigheten och enheten att från fall till fall avgöra om det föreligger risk att identiteten av en anbudssökande eller anbudsgivare röjs och om det kan antas att den upphandlande myndigheten eller enheten skulle lida skada av detta. Bestämmelsen har därför begränsats till en skyldighet för den upphandlande myndigheten och enheten att hämta in uppgifter som styrker om leverantören har fullgjort sina åligganden avseende socialförsäkringsavgifter eller skatt i Sverige från behörig myndighet.

Regeringen delar *Konkurrensverkets* uppfattning, att i de fall den upphandlande myndigheten eller enheten väljer att infordra uppgifter enbart av den eller dem som ska tilldelas kontraktet eller de anbudssökande som valts ut att få delta i anbudsgivning eller förhandling, bör även de intyg som infordras av leverantörer etablerade i andra länder begränsas till motsvarande anbudsgivare eller krets av anbudssökande.

I de fall den upphandlande myndigheten eller enheten bedömer att uppgifterna kan hämtas in av en begränsad krets bör den upphandlande myndigheten eller enheten ange i annonsen eller förfrågningsunderlaget att bevisen kommer att krävas in på angivet sätt. Uppgifterna bör hämtas in senast innan anbudsgivarna underrättas om tilldelningsbeslutet i öppet förfarande och senast innan anbudsgivningen eller förhandlingen påbörjas i selektivt respektive förhandlat förfarande. Anbudssökandena och anbudsgivarna ska i enlighet med proportionalitetsprincipen ges en skälig frist att komma in med uppgifterna.

Några remissinstanser, bl.a. *Sveriges advokatsamfund*, *Advokatfirman Delphi* och *Advokatfirman Sundstrand* ifrågasätter om bestämmelsen står i överensstämmelse med principen om likabehandling och icke-diskriminering med hänsyn till att upphandlande myndigheter och enheter enbart har ansvaret för att begära in uppgifterna beträffande svenska anbudssökande och anbudsgivare. Likabehandlingsprincipen innebär enligt fast praxis att lika situationer inte får behandlas olika såvida det inte finns sakliga skäl för en sådan behandling (se t.ex. EG-domstolens dom i mål C-810/79 *Überschär*, REG 1980 s. 2747). Den lättnad som bestämmelsen ger för svenska anbudssökande och anbudsgivare är en skillnad som inte innebär någon ytterligare börda för de anbudssökande och anbudsgivare som är etablerade i någon annan medlemsstat jämfört med vad som föreskrivs i direktiven. De icke svenska anbudssökandena och anbudsgivarna behandlas helt i överensstämmelse med direktivens bestämmelser om bevis om ekonomisk och finansiell ställning samt teknisk och/eller yrkesmässig kapacitet. Regeringen gör därför den bedömningen att den skillnad mellan aktörer som förslaget innebär är sakligt motiverad och inte oproportionerlig och därför i överensstämmelse med likabehandlingsprincipen och kravet på icke-diskriminering.

Några remissinstanser ifrågasätter om förfarandet är förenligt med bestämmelserna om kontroll av leverantörers lämplighet och tilldelning av kontrakt, dvs. att bedömningen av leverantörers lämplighet och anbudsvärderingen inte hålls åtskilda i separata faser. Kvalificeringen av anbudssökande och anbudsgivare görs på grundval av de uppgifter som angetts i ansökan respektive anbudet. Efter att den krets av lämpliga anbudssökanden och anbudsgivare sålunda fastställts kan anbudet utvärderas. Att de relevanta leverantörerna ombeds styrka de i ansökan eller anbudet angivna uppgifterna först i efterhand innebär inte, enligt regeringens mening, att förfarandet med olika faser för kvalificering och anbudsvärdering åsidosatts. För det fall bevisningen rörande någon leverantör visar att han rätteligen inte skulle ha bedömts som kvalificerad ska han givetvis uteslutas. Om antalet kvalificerade anbudssökande som bjuds in till anbudsgivning i selektivt förfarande eller till förhandling i förhandlat förfarande med föregående annonsering kommer att

understiga föreskrivet antal i 11 kap. 4 § LOU ska den upphandlande myndigheten bjuda in ytterligare en anbudssökande att ersätta den som uteslutits under förutsättning att denne uppfyller kvalificeringskraven. Samma förhållande gäller om den upphandlande myndigheten enligt 11 kap. 3 § andra stycket 2 LOU föreskrivit en begränsning av antalet anbudssökande och antalet inbjudna understiger det föreskrivna antalet i strid med 11 kap. 5 § andra stycket LOU. Med hänsyn till det ovan anförda gör regeringen bedömningen att förslaget inte står i strid med bestämmelserna i fråga. Sammanfattningsvis föreslår regeringen således att den upphandlande myndigheten och enheten ska ansvara för att uppgifter hämtas in om en anbudssökandes eller anbudsgivares skyldigheter gällande skatt och sociala avgifter har fullgjorts enligt Skatteverket och Kronofogdemyndigheten.

### 16.2.3 Bevis på leverantörens lämplighet

**Regeringens 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 eller de anbudsgivare som den upphandlande myndigheten eller enheten valt att tilldela kontraktet eller ramavtalet i ett öppet förfarande, och

2. de anbudssökande eller anbudsgivare som har 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 i 10 kap. 2 § första stycket 6 LOU och 10 kap. 3 § första stycket LUF, 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, ska ändras till att omfatta även bevis om registrering, ekonomisk ställning samt teknisk och yrkesmässig kapacitet.

Tidsfristen för att lämna in bevis ska vara skälig.

**Regeringens 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 nödvändig.

**Promemorians förslag och bedömning** överensstämmer i allt väsentligt med regeringens.

**Remissinstanserna:** En klar majoritet av de remissinstanser som yttrat sig i frågan tillstyrker förslaget, däribland *Länsrätten i Skåne län*, *Konkurrensverket*, *Statskontoret*, *Fortifikationsverket*, *Tillväxtverket*, *Transportstyrelsen*, *Arbetsförmedlingen*, *Stockholms stad*, *Malmö kommun*, *Sveriges arkitekter*, *Almega* och *Konkurrenskommissionen*.

*Konkurrensverket* förordar att det i förarbetena lämnas förtydliganden om vad som ska gälla om det bästa anbudet visar sig inte vara kvalificerat.

*Länsrätten i Östergötlands län, Sveriges advokatsamfund* och *Advokatfirman Delphi* avstyrker förslaget. De anser att förslaget leder till en otydlig uppdelning av kvalificeringsfasen och utvärderingsfasen. Vidare kan icke lämpliga anbudsgivare komma att betunga upphandlingsförfarandet. *Verket för högskoleservice (VHS)* och *Sveriges Offentliga Inköpare (SOI)* anser att det är onödigt att föra in bestämmelsen i lagarna eftersom förfarandet är tillåtet att tillämpa redan i dag. *Skatteverket* anser att det är olämpligt att avvakta med en kontroll av ett kvalificeringskrav i nära anslutning till val av leverantör. *Juridiska fakultetsnämnden vid Stockholms universitet* och *Sunne kommun* påtalar att förslaget kan vara oförenligt med anbudsutvärdering som görs med relativa metoder, dvs. metoder där priset i ett anbud jämförs med priset i anbudet med lägst anbudspris.

**Skälen för regeringens förslag och bedömning:** 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 4.3).

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 att utesluta 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 4.3).

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. dåvarande *Verket för näringslivsutveckling (Nutek)*. Som framgått ovan har problemet också berörts av Företagarna inom ramen för Regeringskansliets regelförenklaringsarbete 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 eller ramavtalet (punkt ett i förslaget). Anbudsgivaren ska tillhandahålla bevisen innan den upphandlande myndigheten eller enheten underrättar anbudsgivarna om tilldelningsbeslutet (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 allvarig 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 offentligt rättsliga 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 i likhet med 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/information<sup>33</sup> ange att handlingarna ska tillhandahållas den upphandlande myndigheten eller enheten inom ett visst antal dagar efter dess begäran.

Tidsfristen bör vara skäligen. Vid bedömning av vad som är en skäligen 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 skäligen 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. Naturligtvis bör den upphandlande myndigheten eller enheten ta hänsyn till postgången från anbudssökande och anbudsgivare från andra länder. De upphandlande myndigheterna och enheterna bör i annonsen om upphandlingen eller i förfrågningsunderlaget ange hur de begärda handlingarna kommer att begäras in.

Det bedöms inte nödvändigt att i enlighet med kommissionens förslag i ovan nämnda tjänstemannameddelande reglera att den upphandlande

<sup>33</sup> Se avsnitt VI i de standardformulär som ska användas för meddelande om olika upphandlingsförfaranden.



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. Den föreslagna bestämmelsen är i likhet med förslaget i promemorian 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 tjänstemannameddelandet. 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.

Några remissinstanser, bl.a. *Länsrätten i Östergötlands län*, *Sveriges advokatsamfund* och *Advokatfirman Delphi*, ifrågasätter om förfarandet är förenligt med bestämmelserna om kontroll av leverantörers lämplighet och tilldelning av kontrakt, dvs. att bedömningen av leverantörers lämplighet och anbudsutvärderingen inte hålls åtskilda i separata faser. Kvalificeringen av anbudssökande och anbudsgivare görs på grundval av de uppgifter som angetts i ansökan respektive anbudet. Efter att den krets av lämpliga anbudssökanden och anbudsgivare sålunda fastställts kan anbudet utvärderas. Att de relevanta leverantörerna ombeds styrka de i ansökan eller anbudet angivna uppgifterna först i efterhand innebär inte, enligt regeringens mening, att förfarandet med olika faser för kvalificering och anbudsutvärdering åsidosatts. För det fall bevisningen rörande någon leverantör visar att han rätteligen inte skulle ha bedömts som kvalificerad ska hans anbud givetvis förkastas. Om antalet kvalificerade anbudssökande som bjuds in till anbudsgivning i selektivt förfarande eller till förhandling i förhandlat förfarande med föregående annonsering kommer att understiga föreskrivet antal i 11 kap. 4 § LOU ska den upphandlande myndigheten bjuda in ytterligare en anbuds-

sökande att ersätta den som uteslutits under förutsättning att denne uppfyller kvalificeringskraven. Samma förhållande gäller om den upphandlande myndigheten enligt 11 kap. 3 § andra stycket 2 LOU föreskrivit en begränsning av antalet anbudssökande och antalet inbjudna understiger det föreskrivna antalet i strid med 11 kap. 5 § andra stycket LOU. Med hänsyn till det ovan anförda gör regeringen bedömningen att förslaget inte står i strid med bestämmelserna i fråga.

Vissa remissinstanser, bl.a. *Konkurrensverket*, *Juridiska fakultetsnämnden vid Stockholms universitet*, *Sunne kommun* och *Advokatfirman Delphi*, har påtalat att förslaget kan medföra problem i samband med användande av s.k. relativa utvärderingsmodeller om det efter utvärderingen visar sig att det mest fördelaktiga anbudet rätteligen inte skulle ha kvalificerats. I en sådan situation skulle den upphandlande myndigheten eller enheten inte kunna tilldela nummer två i utvärderingen eftersom anbuderna påverkat varandra. Den upphandlande myndigheten eller enheten skulle därför tvingas göra om upphandlingen. Den upphandlande myndighet och enhet som önskar använda sig av sådana relativa utvärderingsmodeller bör överväga om det föreslagna förfarandet att begränsa kontrollen till en mindre krets av anbudssökande och anbudsgivare är lämpligt i kombination med en relativ utvärderingsmodell. Eftersom regeln om begränsad kontroll är fakultativ kan den upphandlande myndigheten eller enheten avstå från att använda den. Regeringen gör därför den bedömningen att förslaget är förenligt med bestämmelserna om utvärdering av anbud.

#### *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 gör regeringen den 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.

## 16.3 Upphandling som inte omfattas av direktiven

### 16.3.1 Bakgrund

Upphandlingsutredningen 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. Ett fåtal remissinstanser 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. Vidare har önskemålet om en särskild lag tagits upp i ett antal skrivelser från bl.a. Sveriges Kommuner och Landsting (SKL), dåvarande Verket för förvaltningsutveckling (Verva) och Ekonomistyrningsverket (ESV), i samband med Regeringskansliets regelförenklingsarbete (skr. 2007/08:131). 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.

Finansdepartementet bjöd under hösten 2007 in myndigheter och intresseorganisationer inom ramen för Regeringskansliets regelförenklingsarbete 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.

*En särskild lag för upphandlingar som inte omfattas av direktiven?*

**Regeringens 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 bör således inte föreslås.

**Promemorians bedömning** överensstämmer med regeringens.

**Remissinstanserna:** Flertalet av remissinstanserna har inte yttrat sig i frågan. *Konkurrenskommissionen* tillstyrker förslaget och

*Konkurrensverket* delar bedömningen att man inte bör införa någon särskild lag för upphandlingar som inte omfattas av direktivet.

**Skälen för regeringens bedömning:** Som angetts i tidigare avsnitt ska även sådan upphandling som omfattas av 15 kap. LOU respektive LUF följa de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna (se avsnitt 4.2). 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 detta lagstiftningsärende.

Regeringen gör således bedömningen 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 bygger likhet med förslaget i promemorian 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 kapitlen 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.

### 16.3.2 Beloppsgränser för direktupphandling

**Regeringens förslag:** Begreppet direktupphandling ska i LOU och LUF definieras som en upphandling utan krav på anbud 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 1 919 771 kronor, dvs. ca 287 000 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 3 849 489 kr, dvs. ca 577 000 kronor. Direktupphandlingsgränserna gäller vid upphandling av såväl byggentreprenader som varor och tjänster.

Kravet på upphandlande myndigheter och enheter att vid behov införa riktlinjer för direktupphandling ska tas bort.

**Promemorians förslag** överensstämmer i sak med regeringens med den skillnaden att beloppen i regeringens förslag ändrats med hänsyn till nya tröskelvärden enligt kommissionens förordning (EG) nr 1177/2009.

**Remissinstanserna:** Flertalet remissinstanser har inte kommenterat den föreslagna ändringen av definitionen av direktupphandling. *Konkurrensverket* och *Försvarets materielverk (FMV)* tillstyrker förslaget. *Kammarrätten i Stockholm* föreslår att definitionen ändras till ”en upphandling utan krav på anbud i viss form”.

En majoritet av remissinstanserna tillstyrker att fasta gränser införs. Förslaget avstyrks dock av *Ekonomistyrningsverket (ESV)*, *Skatteverket*, *Fortifikationsverket*, *Kammarkollegiet*, *Transportstyrelsen*, *Stockholms stad*, *Täby kommun*, *Östersunds kommun*, *Gällivare kommun*, *Sveriges offentliga Inköpare (SOI)*, *Sveriges Allmännyttiga Bostadsföretag (SABO)*, *Konkurrenskommissionen* och *Swedish Medtech* avstyrker att fasta gränser införs. Majoriteten av dessa anser att skiftande förhållanden mellan olika typer av upphandlande myndigheter och enheter rörande storlek och verksamhet samt olika typer av upphandlingar motiverar olika gränsvärden.

De föreslagna beloppen för direktupphandling tillstyrks av *Länsrätten i Skåne län*, *Statskontoret*, *Konkurrensverket*, *Verket för högskoleservice (VHS)*, *Tillväxtverket*, *Jönköpings kommun*, *Sunne kommun*, *Advokatfirman Delphi* och *Advokatfirman Lindahl KB*. Flertalet remissinstanser avstyrker förslaget förslaget vad gäller beloppens storlek. *Svenskt Näringsliv*, *Almega serviceentreprenörerna*, *Företagarna*, *Stockholms Handelskammare* och *Konkurrenskommissionen* anser att direktupphandlingsgränsen är för hög och förespråkar en gräns vid 200 000 kr. *Konkurrenskommissionen* föreslår att direktupphandlingsgränsen bestäms till 9 procent av tröskelvärdet, dvs. 172 000 kronor. Flera remissinstanser anser att direktupphandlingsgränsen är för låg. *Domstolsverket*, *Halmstads kommun*, *Malmö kommun*, *Stockholms läns landsting*, *Västra Götalands läns landsting*, *Sveriges kommuner och landsting (SKL)*, *Sveriges arkitekter* och *Johnson & Johnson Nordic*

föreslår en gräns för direktupphandling i LOU som är gemensam för den föreslagna gränsen för LUF, dvs. ca 573 000 kronor. *Riksgäldskontoret, ESV, Fortifikationsverket, Kammarkollegiet, Transportstyrelsen, Östersunds kommun, Region Skåne, SKL, SABO, Sveriges arkitekter, Byggherrarna* och *OPIC* föreslår att direktupphandlingsgränsen i linje med vad som gäller i Danmark och Norge bestäms till 600 000 kr. *Lantmäteriet* och *Skövde kommun* föreslår att beloppsgränsen bestäms till 20 procent av tröskelvärdet, dvs. ca 381 000 kronor.

*Kammarkollegiet, Arbetsförmedlingen, VHS, SOI* och *Advokatfirman Foyen* föreslår ett system med en gräns över direktupphandlingsgränsen. Upphandlingar med värde mellan de två gränserna skulle omfattas av ett krav på konkurrensutsättning genom att tre leverantörer tillfrågas i stället för krav på annonsering. *VHS* och *SOI* föreslår att reglerna för sådana upphandlingar kompletteras med ett krav på efterannonsering. För upphandlingar över den övre gränsen skulle enligt förslaget krav på annonsering föreligga.

Att det föreslagna beloppet gäller generellt för varu-, tjänste- och byggentreprenadupphandlingar kommenteras inte av flertalet remissinstanser. *Konkurrensverket* tillstyrker förslaget i denna del. *Fortifikationsverket* anser att en ytterligare höjd beloppsgräns för byggentreprenader bör övervägas. *Banverket, Vägverket, Transportstyrelsen, SKL, Jönköpings kommun, SABO, Region Skåne, Byggherrarna, Advokatfirman Foyen* och *Advokatfirman Sundstrand* anser att gränsvärdet för direktupphandling bör sättas högre och anpassas efter tröskelvärdet för byggentreprenader. *Vägverket* framhåller att under byggentreprenader inträffar inte sällan händelser eller behov uppstår som gör det nödvändigt att snabbt kunna beställa ett arbete. Alla behov kan inte förutses och täckas in och bestämmelserna om tilläggsbeställningar är inte alltid tillämpliga. Dessutom är det inte alltid den befintliga leverantören som är den lämpligaste för ett sådant tillkommande behov. *FMV* anser att högre gräns bör gälla för försvarsupphandlingar. *Konkurrenskommissionen* anser att direktupphandlingsgränsen som föreslagits för upphandlingar enligt LOU också ska gälla för upphandlingar enligt LUF.

*Banverket* och *Vägverket* föreslår att det införs bestämmelser i lagarna som ger de upphandlande myndigheterna och enheterna möjlighet att upprätta och tillämpa kvalificeringssystem för upphandlingar som omfattas av 15 kap. i lagarna.

## **Skälen för regeringens förslag**

### *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.

Bestämmelserna fick sin nuvarande utformning genom en lagändring år 2000 (prop. 1999/2000:128, bet. 2000/01:FiU8). 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. Regeringen delar *Kammarrättens i Stockholm* uppfattning att definitionen kan göras enklare. Med hänsyn till detta föreslås därför att definitionen av direktupphandling preciseras i de båda upphandlingslagarna till att avse en upphandling utan krav på anbud i viss form.

### *Beloppsgräns för direktupphandling*

Upphandlingsutredningen föreslog i sitt slutbetänkande (SOU 2006:28) att direktupphandling ska få användas om upphandlingens värde uppgår till högst tio 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 föreslogs att gränsen, när det gäller varor och tjänster, dras vid 20 procent av tröskelvärdet. Den nuvarande möjligheten att direktupphandla vid synnerliga skäl behölls. 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. Remissutfallet bland dem som lämnat yttrande angående regelverket kring fasta direktupphandlingsvärden får anses vara blandat, dock med viss tonvikt åt det kritiska hållet.

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. Regeringen gör 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 likhet med vad som föreslogs i promemorian gör regeringen bedömningen 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, enligt regeringens mening, 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 tröskelvärdena tillkännages av regeringen i Svensk författningssamling. I likhet med förslaget 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 i dag uppgår till 1 919 771 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 i dag uppgår till 3 849 489 kronor.

Utredningen föreslog vidare att direktupphandling skulle medges upp till det dubbla värdet, dvs. 20 procent av tröskelvärdet, om det finns särskilda skäl. I promemorian gjordes bedömningen att utredningens förslag i denna del med dubbla värdegränser inte sammanföll med det regelförenklingssyfte som eftersträvades i promemorian. Regeringen delar denna bedömning. 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 föreslogs i promemorian, bör gränsen i gengäld fastställas till ett något högre belopp än de ca 200 000 kronor som utredningen utgick från. Regeringen gör därför bedömningen att den generella gränsen för direktupphandling bör vara 15 procent av tröskelvärdet.

Direktupphandlingsgränsen bör således fastställas till 15 procent av de angivna tröskelvärdena. De föreslagna direktupphandlingsgränserna uppgår således till 287 000 kronor i LOU och 577 000 kronor i LUF. Gränserna är avsedda att gälla alla typer av upphandlingar, dvs. upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster.

Flertalet av de remissinstanser som föreslagit högre direktupphandlingsgränser har ifrågasatt den ekonomiska nyttan av en annonserad upphandling enligt 15 kap. LOU eller LUF vid värden under de av instanserna föreslagna beloppsgränserna.

I en rapport till Expertgruppen för studier i offentlig ekonomi (ESO), Regelverk och praxis i offentlig upphandling (2009:2) behandlas frågan om avvägning mellan å ena sidan vinster av annonsering och konkurrensutsättning av upphandlingar och å andra sidan kostnader för upphandlingsförfarandet. Huvudslutsatsen i rapporten är att den potentiella vinsten med formellt genomförda upphandlingar är stor. Vinsten varierar enligt rapporten från upphandling till upphandling, men genomsnittsvärdet ligger så högt som mellan 20 och 25 procent av värdet, när priset i den formella upphandlingen jämförs med priset hos en slumpmässigt vald leverantör. En annan observation av betydelse för utformningen av regelverket är att kostnaderna för formaliserade



upphandlingar hos den som upphandlar generellt är lägre än vad opinionsbildningen har tenderat att göra gällande. Skillnaderna torde bero på att man i debatten ofta inte skiljer mellan de kostnader som man har vid alla inköp och de kostnader som specifikt hänför sig till upphandlingsregelverket.

Beräkningarna i rapporten visar även att konkurrensutsättning och annonsering av upphandlingar lönar sig redan vid låga värden. I en upphandling av enklaste slag är en övergång från direktupphandling till konkurrensutsättning med förfrågan till tre leverantörer motiverad när värdet av upphandlingen uppgår till 26 600 kronor. En övergång från direktupphandling till annonserad upphandling är motiverad när värdet av upphandlingen uppgår till 37 800 kronor. En övergång från upphandling riktad till tre leverantörer till annonserad upphandling är motiverad när värdet av upphandlingen uppgår till 90 700 kronor (rapporten s. 85). Brytpunkten, då besparingen för annonserad upphandling jämfört med direktupphandling överstiger kostnaden för upphandlingen ligger för en upphandling av enklaste slag således vid 37 800 kronor. Under förutsättning av ett bibehållet preciserat regelverk för upphandling av nuvarande omfattning och med en fastslagen gräns för direktupphandling visar rapportens beräkningar på ett gränsvärde på omkring 40 000 kronor. Inkluderas också anbudsgivarens kostnader blir gränsvärdet omkring 45 000 kronor. Antas dessutom att kostnaden för kravspecifikation enbart är en tillkommande kostnad för konkurrensutsatt upphandling som inte belastar en direktupphandling stiger gränsvärdet till omkring 65 000 kronor.

I rapporten konstateras vidare att vid valet av tröskelvärde krävs självfallet marginaler. I det sammanhanget förs följande resonemang i rapporten. Krav på att en upphandling ska löna sig i en majoritet av fallen och inte bara genomsnittligt kan motivera att gränsvärdet höjs. Kräver man att en upphandling ska löna sig i två tredjedelar av fallen, bör gränsvärdet höjas med en faktor 2. Vill man att upphandlingen ska löna sig i tre fjärdedelar av fallen, bör gränsvärdet höjas med en faktor 2,5. Enligt beräkningar är därmed en gräns för lågt värde på omkring 100 000 kronor försvarbar. Det finns dock skäl som talar emot ett snävt satt gränsvärde ovanför vilket regelverket ska gälla. Det räcker inte att en upphandling lönar sig i genomsnitt; det krävs att den är försvarbar i det stora flertalet upphandlingar. Ett annat skäl är att visst utrymme för anbudsgivarnas kostnader kan anses motiverat, vilket talar för en högre gräns. Både statliga och kommunala myndigheter lämnas friheter i sin styrning på andra områden, och detsamma är naturligt att göra när det gäller upphandlingar. Å andra sidan kan man förvänta att en relativt stor grupp av upphandlingar kommer att hamna precis under upphandlingsgränsen därför att både upphandlare och leverantör vill tillämpa enklast möjliga procedur. Denna omständighet talar för att direktupphandlingsgränsen inte bör bestämmas till ett för högt belopp. Till bilden hör också de vinster i form av minskad risk för otillbörliga hänsyn som inte finns med explicit i kalkylerna, liksom de gynnsamma effekterna på konkurrensen inom den privata sfären. Om man dessutom antar att leverantörerna uppträder mer strategiskt i sin anbudsgivning än vad som antagits i grundkalkylen, ökar lönsamheten hos den formella upphandlingen, vilket i så fall skulle motivera ett lägre gränsvärde. Mot

ovanstående bakgrund framstår i detta fall ett gränsvärde på omkring 150 000–200 000 kronor, eller 4 till 5 basbelopp, som väl avvägt (rapporten s. 125 f).

Med hänsyn till rapportens resultat anser regeringen, trots att flera remissinstanser avstyrkt de föreslagna direktupphandlingsgränserna, att 287 000 kronor inte är ett för lågt belopp. Förslaget innehåller en marginal som säkerställer att de allra flesta upphandlingar som överstiger direktupphandlingsgränsen motiverar annonsering. Regeringen gör därför bedömningen att de föreslagna direktupphandlingsgränserna är väl avvägda.

Regeringen kan vidare konstatera att förslaget från vissa remissinstanser, att införa ytterligare ett gränsvärde över direktupphandlingsgränsen mellan vilka upphandlingar skulle konkurrensutsättas utan annonsering genom att förfrågningsunderlaget skickas till tre utvalda leverantörer, inte vinner stöd av rapportens resultat.

Beräkningarna i ESO-rapporten gör sig gällande även i upphandlingar av byggtreprenader. Många byggtreprenader, även sådana av mindre värde, är betydelsefulla för små byggföretag. Detta ska vägas mot att de upphandlande myndigheterna och enheterna tvingas annonsera byggtreprenader vilkas värde överstiger direktupphandlingsgränsen. Med hänsyn till upphandlingarnas betydelse för de små företagen och annonseringens betydelse för konkurrensen samt att det är en relativt enkel åtgärd att annonsera en upphandling gör regeringen bedömningen att samma direktupphandlingsgräns ska gälla för byggtreprenadkontrakt som för varu- och tjänstekontrakt.

Beloppsgränsen 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.

Ett nytt direktiv om upphandling inom försvars- och säkerhetsområdet (2009/81/EG) har antagits av Europaparlamentet och rådet. Direktivet ska ha införlivats senast den 21 augusti 2011. Någon särskild direktupphandlingsgräns för försvars- och säkerhetsupphandling i LOU är därför inte motiverat.

Ett par remissinstanser har föreslagit att det införs bestämmelser i lagarna som ger upphandlande myndigheter och enheter möjlighet att upprätta och tillämpa kvalificeringssystem för upphandlingar som omfattas av 15 kap. i lagarna. Regeringen tar inte nu ställning till förslaget men utesluter inte att det kan finnas skäl att återkomma i frågan.

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 (EUT). Genom kopplingen till tröskelvärdena kommer således direktupphandlingsgränserna att gälla två år i taget. Kommissionen har i förordningen (EG) nr 1177/2009 fastställt nya tröskelvärden som gäller från den 1 januari 2010. Vidare har kommissionen i ett meddelande (2009/C 292/01) fastställt de till förordningens tröskelvärden korresponderande motvärden i andra valutor än euro. Regeringen avser att utfärda ett särskilt tillkännagivande rörande de av kommissionen meddelade motvärdena i svenska kronor till de i gällande EG-förordningen angivna tröskelvärdena.

### *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.

Flera remissinstanser har föreslagit att kravet på riktlinjer för direktupphandling ska bibehållas i lagarna. Detta synes främst vara betingat av att samma instanser föreslagit betydligt högre direktupphandlingsgräns än den i promemorian.

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.

### 16.3.3 Principer för beräkning av kontraktets värde

**Regeringens 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 skainte få delas upp i avsikt att kringgå bestämmelserna i lagen. Options- och förlängningsklausuler ska beaktas som om de utnyttjats. Vid beräkningen ska de upphandlande myndigheterna och enheterna beakta direktupphandlingar av samma slag gjorda av myndigheten respektive enheten senare än ett år tillbaka.

**Promemorians förslag:** Överensstämmer i huvudsak med regeringens. I promemorian har dock inte tagits in förslag om options- och förlängningsklausuler eller förslag om tidsgräns inom vilken direktupphandlingar av samma slag ska beaktas vid beräkning av kontraktets värde.

**Remissinstanserna:** Flertalet remissinstanser har inte kommenterat förslaget. *Konkurrensverket* föreslår att bestämmelsen förtydligas på så sätt, att det ska framgå att förlängningsklausuler och optioner ska räknas med i beloppet. *Stockholms stad* framför att förslaget bör förtydligas så att det framgår hur olika typer av tjänstekontrakt ska avgränsas från varandra och hur kontraktstiden ska beaktas vid beräkningen. *Vägverket* och *Konkurrenskommissionen* föreslår att det av bestämmelsen ska framgå att beloppet ska avse upphandlingar som görs under ett år. *Advokatfirman Foyen* anser att det närmare bör analyseras om direktupphandling ska gälla på årsbasis eller för varje upphandling, om direktupphandlingsgränsen ska gälla hela den upphandlande myndigheten eller för en enskild driftsenhet samt hur olika typer av kontrakt ska avgränsas.

**Skälen för regeringens förslag:** Med hänsyn till att fasta belopp för direktupphandling föreslås gör regeringen i likhet med förslaget i promemorian bedömningen att det bör 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 uppskattas till det totala beloppet som kan komma att betalas enligt kontraktet, exempelvis ska options- och förlängningsklausuler betraktas som om de utnyttjas. I likhet med Konkurrensverket anser regeringen att det bör framgå av lagtexten. Det är givetvis den upphandlande myndigheten eller enheten som uppskattar kontraktsvärdet.

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 att 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 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. Regeringen bedömer att upphandlingar som görs under en viss period ska omfattas av beräkningen av direktupphandlingsgränsen. Som *Vägverket* och *Konkurrenskommissionen* är inne på anser regeringen att ett år är en lämplig period som ansluter till bestämmelserna i 3 kap. 10 § LOU och 3 kap. 9 § LUF om beräkning av kontraktets värde vid tröskelvärdesberäkningen av varu- eller tjänstekontrakt som regelbundet återkommer eller som ska förnyas. Av första stycket 2 av de angivna bestämmelserna framgår att värdet av ett varu- eller tjänstekontrakt som ska förnyas inom en viss tid, ska beräknas med ledning av det uppskattade totala värdet av en följd av liknande kontrakt som kommer att upphandlas under den tolv månadersperiod som följer av den första leveransen. Enligt regeringen bör bestämmelsen dock gälla inte bara varu- och tjänstekontrakt utan omfatta även kontrakt avseende byggentreprenader.

#### 16.3.4 Direktupphandling när förhandlat förfarande utan föregående annonsering är tillämpligt

**Regeringens förslag:** Vid upphandling enligt 15 kap. LOU eller LUF ska en upphandlande myndighet eller enhet få 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 ska upphävas.

**Promemorians förslag** överensstämmer med regeringens.

**Remissinstanserna:** Endast ett mindre antal av remissinstanserna har yttrat sig i frågan. *Länsrätten i Skåne län*, *Sveriges Kommuner och Landsting (SKL)*, *Stockholms läns landsting*, *Svenskt Näringsliv*, *Konkurrenskommissionen* och *Försvarets materielverk (FMV)* tillstyrker förslaget. *FMV* ifrågasätter dock benämningen direktupphandling för de förfaranden som avses med förhandlat förfarande utan föregående annonsering.

**Skälen för regeringens förslag:** 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<sup>34</sup>.

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. Regeringen ansluter sig till den bedömning som görs i promemorian nämligen att det saknas skäl för att ha strängare bestämmelser i 15 kap. LOU och LUF än vad som gäller vid upphandling över tröskelvärdena. Enligt regeringen bör därför motsvarande bestämmelser införas 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 regelförenklande syfte kan kravet på ett skriftligt förfarande utgå. Förfarandet regleras inte närmare vid upphandling enligt 4 kap. LOU och LUF. Regeringen bedömer därför att det inte finns 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 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 följer bestämmelserna i 15 kap. 18 § LOU och LUF och dokumenterar vilka skäl som ligger till grund för beslutet att tillämpa direktupphandling om värdet överstiger

<sup>34</sup> Kommissionens tolkningsmeddelande om gemenskapsrättens tillämplighet på upphandlingskontrakt som inte, eller bara delvis, omfattas av direktiven om offentlig upphandling (2006/C 179/02).

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 bör enligt regeringens mening direktupphandling få användas om det föreligger synnerliga skäl.

*FMV* har ifrågasatt benämningen direktupphandling för sådana upphandlingar som omfattas av 15 kap. LOU och LUF där förutsättningarna för förhandlat förfarande utan föregående annonsering är tillämpliga. Regeringen anser dock att det vore onödigt att tynga bestämmelserna i 15 kap. LOU och LUF med två olika benämningar för sådana upphandlingar som har samma innebörd.

### 16.3.5 Rätt att återopa andra företags kapacitet

**Regeringens förslag:** Vid behov ska en leverantör, när det gäller ett visst kontrakt, få återopa 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.

**Promemorians förslag** överensstämmer med regeringens.

**Remissinstanserna:** *Försvarets materielverk (FMV), Konkurrensverket, Tillväxtverket, Almega, Företagarna, Konkurrenskommissionen tillstyrker förslaget. FMV anser det dock mindre lyckat att 15 kap 15 a § och 11 kap 12 § inte är likalydande.*

*Verket för högskoleservice (VHS) avstyrker förslaget eftersom det redan i dag är tillåtet att återopa andra företags kapacitet och att det därför inte är nödvändigt att skapa en ny regel med denna innebörd. Sveriges Offentliga Inköpare anser också att regeln är onödig.*

**Skälen för regeringens förslag:** Enligt 11 kap. 12 § LOU och 11 kap. 5 § LUF får en leverantör vid behov och när det gäller ett visst kontrakt återopa 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 återopa 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 16.2.1). 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 har i promemorian föreslagits 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. Som påtalats av *VHS* och *SOI* medger redan dagens bestämmelser att en anbudsgivare kan åberopa annat företags kapacitet. Den föreslagna bestämmelsen är således ett förtydligande av vad som redan gäller. I promemorian har det dock bedömts värdefullt att såsom i bestämmelserna över tröskelvärdena ange uttryckligen att anbudssökande och anbudsgivare har rätt att åberopa andra företags kapacitet. Regeringen delar denna bedömning. Bestämmelsen ska i allt väsentligt tolkas på samma sätt som sin motsvarighet över tröskelvärdena och den bör så långt möjligt utformas i överensstämmelse med motsvarande bestämmelser i 11 kap. LOU och LUF. 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 unionsrättsliga principerna (dvs. icke-diskriminering, likabehandling, öppenhet, proportionalitet och ömsesidigt erkännande).



### 16.3.6 Ansvar för att hämta in uppgifter från offentliga register om skatter och socialförsäkringsavgifter

**Regeringens 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.

**Promemorians förslag:** Överensstämmer delvis med regeringens förslag. Promemorian innehåller utöver regeringens förslag även bestämmelser som anger att i ett förenklat förfarande, som genomförs utan förhandling, ska uppgifterna hämtas in innan anbudsgivarna underrättas om tilldelningsbeslutet och vid urvalsförfarande eller förenklat förfarande där förhandling kan förekomma ska uppgifterna hämtas in inbjudan till anbudsgivning respektive förhandling skickas ut.

**Remissinstanserna:** Remissinstanserna har framfört de synpunkter som redovisas i 16.2.2.

**Skälen för regeringens förslag:** I överensstämmelse med förslagen 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 16.2.2).

I promemorian gjordes bedömningen att uppgifterna endast behöver hämtas in beträffande de anbudssökande som valts ut att få delta i anbudsgivning vid urvalsförfarande eller den eller de anbudsgivare som valts ut att få delta i förhandling vid förenklat förfarande där förhandling kan förekomma samt den eller de anbudsgivare som myndigheten eller enheten avser tilldela kontraktet vid förenklat förfarande där förhandling inte förekommer.

I överensstämmelse med förslaget om ändrade regler avseende uppgifter från offentliga register om skatter och socialförsäkringsavgifter vid upphandlingar enligt direktiven ska de upphandlande myndigheterna och enheterna ansvara för att sådana uppgifter hämtas in också vid upphandlingar enligt 15 kap. i LOU och LUF (se avsnitt 16.2.2).

### 16.3.7 Bevis på leverantörens lämplighet

**Regeringens 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.

**Promemorians förslag** överensstämmer med regeringens.

**Remissinstanserna:** Remissinstanserna har framfört de synpunkter som redovisas i avsnitt 6.22.4.

**Skälen för regeringens förslag:** 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 anbud. 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 båda lagarna jämfört med 10 kap. 2 § första stycket 6 LOU och 10 kap. 3 § första stycket 6 LUF.

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.

### 16.3.8 Ramavtal

**Regeringens förslag:** Bestämmelserna om ramavtal i 15 kap. LOU ska ändras så att ramavtal där alla villkor är fastställda ska kunna ingås med ett valfritt antal leverantörer.

**Promemorians förslag** överensstämmer med regeringens.

**Remissinstanserna:** En majoritet av de remissinstanser som uttalar sig i frågan tillstyrker förslaget, däribland *Länsrätten i Skåne*, *Statskontoret*, *Verket för högskoleservice*, *Konkurrensverket*, *Transportstyrelsen*, *Halmstads kommun*, *Jönköpings kommun*, *Täby kommun*, *Sveriges Offentliga Inköpare (SOI)* och *Konkurrenskommissionen*. *Kammarrätten i Stockholm*, *Konkurrensverket* och *Täby kommun* anser dock att lagtexten bör utformas på ett mindre komplicerat sätt. *Konkurrenskommissionen* framhåller att det är viktigt att det av lagtexten tydligt framgår att parallella ramavtal med flera leverantörer ska

rangordnas och att avrop ska ske i enlighet med rangordningen. *Halmstads kommun, Region Skåne, Sveriges Kommuner och Landsting (SKL) och Sveriges arkitekter* anser att förslaget är otillräckligt och att reglering av ramavtal i 15 kap. LOU bör utformas på samma sätt som i LUF. *SOI* anser att bestämmelserna om ramavtal bör förenklas ytterligare så att bestämmelserna om parallella ramavtal i 15 kap. LOU tas bort. *Advokatfirman Delphi* avstyrker förslaget och välkomnar en ökad harmonisering mellan upphandlingar inom och utanför det direktivstyrda området och ser ingen anledning till att i detta avseende införa en specialreglering för ramavtal i 15 kap. LOU.

**Skälen för regeringens förslag:** 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. Några remissinstanser anser att bestämmelsen bör utformas på ett mindre komplicerat sätt. I enlighet med *Kammarrättens i Stockholm* förslag har bestämmelsen ändrats så, att den uttryckligen avser undantag från kravet på att ramavtalet ska ingås med minst tre.

Kritik har framförts mot regleringen av ramavtal av bl.a. SKL 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.

Några remissinstanser, bl.a. *SKL*, anser att reglerna om ramavtal bör utformas i överensstämmelse med LUF. *Konkurrenskommissionen* anser att det av lagregeln uttryckligen bör framgå att ramavtal med flera leverantörer bör rangordnas. Vid utformningen av den nuvarande lagen tog regeringen ställning till att reglerna om ramavtal över tröskelvärdena ska gälla för upphandlingar under dessa värden. Därvid tog regeringen

också ställning till att beställningar från ramavtal där samtliga villkor inte fastställts ska göras med hjälp av något slags anvisning, t.ex. rangordning (prop. 2006/07:128 s. 178 f.).

### 16.3.9 Upphandling enligt 15 kap. LOU och LUF som rör rikets säkerhet och försvarsupphandling

**Regeringens 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 begreppet materiel ersätts med varor och byggentreprenader.

Försvarsmakten ska i vissa fall få besluta om undantag från bestämmelserna i 15 kap., om upphandlingens värde understiger 5 000 000 kronor.

**Promemorians förslag** överensstämmer med regeringens.

**Remissinstanserna:** Flertalet remissinstanser har inte berört frågan. *Konkurrensverket* och *Konkurrenskommissionen* tillstyrker förslaget. Kommissionen förordar dock att det i lagtexten, på samma sätt som vid direktupphandling, införs en bestämmelse att en upphandling inte får delas upp i avsikt att kringgå bestämmelserna i LOU och LUF. *Försvarets materielverk (FMV)* avstyrker förslaget att 15 kap. 22 § andra stycket ska upphävas. Det är med stöd av det aktuella andra stycket som regeringen kan bevilja en hemställan att verket begär att få rikta en upphandling av något relevant skäl till en viss leverantör och att i övrigt få besluta om nödvändiga undantag från LOU. *Försvarets radioanstalt* ifrågasätter förslaget att upphäva 15 kap. 22 § andra stycket och framför att en delegering av beslutanderätten enligt 15 kap. 22 § till en myndighet enligt andra stycket kan t.ex. användas vid mer rutinmässiga upphandlingsförfaranden (prop. 1999/2000:128, s. 31). Ett sådant beslut om delegering kan bl.a. ske genom regleringsbrev eller särskilt regeringsbeslut. Det övergripande syftet med förslagen i promemorian är att underlätta för myndigheterna i upphandlingsförfarandet.

*Fortifikationsverket* ifrågasätter i egenskap av statlig fastighetsägare och byggherre att FMV ges rätt att besluta om undantag enligt 15 kap. 22 § avseende upphandlingar rörande byggentreprenader. Verket har bland sina uppgifter enligt gällande instruktion att ansvara för "anskaffning av mark samt för etablering, förvaltning och avyttring av byggnader, anläggningar m.m. för försvarets behov i samband med internationella fredsbevarande och humanitära insatser". FMV har såvitt känt inte bland sina uppgifter att genomföra upphandling av byggentreprenader. Mot denna bakgrund ifrågasätter verket att FMV skall ges rätten att fatta beslut om undantag avseende byggentreprenader.

**Skälen för regeringens förslag:** 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 346 i EUF-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.

Regeringen gör 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 enlighet med förslaget i promemorian bör därför enligt regeringen andra stycket upphävas. Som *Försvarets radioanstalt* påpekar infördes bestämmelsen i syfte att åstadkomma en delegering av beslutanderätten till en myndighet att användas vid mer rutinmässiga upphandlingsförfaranden (prop. 1999/2000:128, s. 31). Vid lagrådsbehandlingen av förslaget till LOU och LUF påpekade Lagrådet att flera bemyndiganden i lagrådsremissen rörde förhållanden som avses i 8 kap. 2 § regeringsformen och att utrymme därför inte torde finnas att i den avsedda omfattningen delegera normgivningen (prop. 2006/07:128 s. 440 f). Bestämmelsen utformades därför så att regeringens beslut uttryckligen endast kan avse enskilda fall. Därmed kan bestämmelsen i 15 kap. 22 § andra stycket inte användas till att delegera beslutanderätten till en myndighet på sätt som avsågs i lagändringen enligt prop. 1999/2000:128. Bestämmelsen är därför överflödigt. I syfte att åstadkomma en konsekvent terminologi i lagarna ersätts begreppet materiel i 15 kap. 22 § LOU med varor och byggtreprenader.

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.

Fortifikationsverket ifrågasätter om FMV:s behörighet i 15 kap. 22 § tredje stycket bör omfatta byggtreprenader. Regeringen anser dock att bestämmelsen i fråga bör, med hänsyn till att t.ex. ombyggnader i Försvarets materielverks egna lokaler kan kräva undantag enligt 15 kap. 22 § tredje stycket, omfatta även byggtreprenader.

### 16.3.10 Kvalificeringssystem blir tillämpliga vid upphandlingar enligt 15 kap. LUF

**Regeringens förslag:** En bestämmelse ska införas som gör det möjligt att tillämpa kvalificeringssystem för urval på förhand vid upphandling som görs enligt bestämmelserna om urvalsförfarande i 15 kap. LUF.

**Utredningens förslag** överensstämmer med regeringens.

**Remissinstanserna:** Dåvarande *Nämnden för offentlig upphandling (NOU)* och *Banverket* tillstyrkte förslaget. Övriga remissinstanser har inte yttrat sig i frågan.

**Skälen för regeringens förslag:** Bestämmelserna i LUF medger inte uttryckligen att en upphandlande enhet, som upprättat och använder ett särskilt kvalificeringssystem för urval på förhand av leverantörer enligt 11 kap. 2 § LUF, får använda systemet vid upphandlingar enligt 15 kap. LUF. För upphandlingar som omfattas av 15 kap. LUF gäller annonseringskravet i 15 kap. 4 § LUF även om den upphandlande enheten har ett särskilt kvalificeringssystem. Systemet kan inte utnyttjas om upphandlingens värde understiger tröskelvärdet. Mot denna bakgrund gör regeringen bedömningen att reglerna i 15 kap. LUF bör tillföras en bestämmelse, som medger att upphandlande enheter som har ett särskilt kvalificeringssystem enligt 11 kap. 2 § LUF kan utnyttja systemet för upphandlingar inom systemet vilka inte omfattas av direktivet. Som en förutsättning för att kunna utnyttja systemet för sådana upphandlingar bör gälla att urvalsförfarandet tillämpas på upphandlingen.

### 16.3.11 Några mindre regelförenklingsåtgärder och lagtekniska ändringar

**Regeringens förslag:** Bestämmelserna om krav att det ska framgå om ett anbud kan komma att antas utan föregående förhandling och om rätt för en leverantör att på begäran få förfrågningsunderlaget på samma villkor som andra leverantörer ska, liksom några andra onödiga regler, upphävas.

**Promemorians förslag** överensstämmer med regeringens.

**Remissinstanserna:** De remissinstanser som har uttalat sig i frågan tillstyrker förslaget, helt eller delvis. Förslaget i dess helhet tillstyrks av *Konkurrensverket* och *Fortifikationsverket*. Även *Konkurrenskommissionen* har tillstyrkt förslaget men avstyrker att rätten för leverantör att på begäran få förfrågningsunderlaget på samma villkor som andra leverantörer ska utmönstras ut lagtexten.

**Skälen för regeringens förslag:** 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. I likhet med de remissinstanser som har yttrat sig ifrågan delar regeringen bedömningen i promemorian att bestämmelsen bör 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 ”förhandlingsmän” 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. Regeringen delar den bedömning som görs i promemorian att bestämmelsen bör upphävas.

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 har inte heller någon motsvarighet i direktiven. Bestämmelsen bör därför, enligt regeringens mening, 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 överflödigt eftersom, om det finns grund för att utesluta en anbudssökande eller anbudsgivare, kommer leverantörens ansökan eller anbud automatiskt att förkastas. Bestämmelsen bör därför upphävas.

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 förordning<sup>35</sup> är obligatoriska att tillämpa i samband med denna form av efterannonsering. Regeringen anser därför att bestämmelsen i denna del bör upphävas.

## 16.4 Begreppet skriftlig

### 16.4.1 Förtydligande av begreppet skriftlig

**Regeringens bedömning:** Det bör inte införas något förtydligande av begreppet skriftlig i LOU och LUF.

**Promemorians förslag:** Överensstämmer inte med regeringens bedömning. I promemorian föreslogs att ett förtydligande av begreppet skriftlig skulle tas in i upphandlingslagarna. Med begreppet skriftlig i LOU och LUF skulle enligt förslaget avses även uppgifter i läsbar form som går att överföra och lagra med elektroniska medel.

**Remissinstanserna:** Flera remissinstanser, bl.a. *Fortifikationsverket, Vägverket, Konkurrensverket, Tillväxtverket, Transportstyrelsen, Arbetsförmedlingen, Stockholms stad, Region Skåne, Stockholms läns landsting, Almega, Sveriges Kommuner och Landsting (SKL)* och *Konkurrenskommissionen*, tillstyrker förslaget. *Försvarets materielverk (FMV)* tillstyrker införandet av en definition av begreppet skriftlig, men anser att definitionen bör överensstämma med det klassiska direktivets definition. Det ger ett märkligt intryck och kan därför skapa osäkerhet om betydelsen av begreppet skriftlig om definitionen, som i förslaget, utgår från att begreppet till en del anses ha en given betydelse och därmed inte är fullständig. Även *Vägverket* anser att den föreslagna definitionen bör utformas i enlighet med definitionen i förfaranddirektivet. *Sigtuna kommun* avstyrker förslaget och anser att den föreslagna bestämmelsen ger otvetydigt intryck av att ha en konstruktiv verkan på så sätt att den modifierar vad som annars skulle gälla för ett krav på skriftlighet. Även om det tidigare kunde föreligga vissa meningsskiljaktigheter i denna fråga får det numera, genom Regeringsrättens dom den 11 juni 2009 i mål nr 1571-09, anses klarlagt att ett krav på skriftlighet kan uppfyllas även elektroniskt.

**Skälen för regeringens bedömning:** I LOU och LUF finns flera bestämmelser med krav på skriftlighet, bl.a. 2 kap. 10 § och 9 kap. 1 §. Av lagarna framgår dock inte uttryckligen vad som avses med begreppet skriftlig. Detta framgick inte heller av ÄLOU. De nämnda bestämmelserna hindrar inte en upphandlande myndighet respektive enhet från att bestämma att elektroniska överföringar ska användas vid en upphandling. Skriftlighetsbegreppet synes dock ha olika innebörd i de två bestämmelserna. Enligt 2 kap. 10 § LOU och LUF avses med *kontrakt* ett skriftligt avtal [...] som undertecknas av parterna eller

<sup>35</sup> Kommissionens förordning 2009/1150/EG av den 10 november 2009 om ändring av förordningen (EG) nr 1564/2005 i fråga om standardformulär för offentliggörande av meddelanden inom ramen för anbudsförfaranden i enlighet med Europaparlamentets och rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG (EUT L 313 s. 3 Celex 32009R1150).



signeras av dem med en elektronisk signatur. Begreppet skriftlig i 2 kap. 10 § LOU och LUF innefattar alltså elektroniska överföringar. I förarbetena till LOU och LUF (prop. 2006/07:128 s. 214) uttalade regeringen avseende 9 kap. 1 § första stycket LOU och LUF att den upphandlande myndigheten respektive enheten inte är skyldig att ta emot elektroniska anbud för det fall skriftliga anbud begärts. Regeringen har således tidigare ansett att elektroniska överföringar inte omfattas av begreppet skriftlig i 9 kap. 1 § första stycket LOU och LUF.

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.

I promemorian föreslogs att det i LOU och LUF skulle förtydligas att med begreppet skriftlig skulle avses även uppgifter i läsbar form som går att överföra och lagra med elektroniska medel.

Regeringsrätten har i ett avgörande den 11 juni 2009 (mål nr 1571-09) tagit ställning till om Vägverket genom att göra ett tilldelningsbeslut tillgängligt på en Internetadress skriftligen har underrättat anbudsgivarna. Regeringsrätten uttalade bl.a. följande. Regeringsrätten konstaterar inledningsvis att upphandlingsförfarandet fram till tidpunkten för tilldelningsbeslutet – med undantag för lämnande av anbud – har skett elektroniskt över Internet i enlighet med bestämmelserna i de upphandlingsföreskrifter som Vägverket utfärdat för upphandlingen. I dessa föreskrifter anges vidare att när beslut om leverantör och anbud har fattats meddelas samtliga anbudsgivarna via den Internetadress som anges i annonsen för hämtning av förfrågningsunderlaget. Vägverkets beslut om tilldelning hade utformats som ett sedvanligt beslut med tillhörande upphandlingsprotokoll, vilket den mottagande anbudsgivaren efter den elektroniska överföringen kunnat ta del av i läsbar form och efter eget önskemål. Mot bakgrund av det nu anförda fann Regeringsrätten att Vägverket fick anses ha underrättat anbudsgivarna om sitt tilldelningsbeslut på ett sätt som uppfyller kraven i LOU.

Som *Sigtuna kommun* har anförat har det genom det ovan nämnda avgörandet av Regeringsrätten klarlagts att ett krav på skriftlighet kan uppfyllas även elektroniskt. Mot denna bakgrund anser regeringen att det inte längre finns något behov av att i LOU och LUF förtydliga vad som avses med begreppet skriftlig. Något sådant förtydligande bör därför inte införas i upphandlingslagarna.

## 16.4.2 Formen för att lämna anbudsansökningar och anbud

**Regeringens förslag:** En upphandlande myndighet eller enhet ska få bestämma att anbudsansökningar och anbud ska lämnas med ett elektroniskt medel eller på något annat sätt.

**Promemorians förslag** överensstämmer med regeringens.

**Remissinstanserna:** Endast ett fåtal remissinstanser har yttrat sig särskilt i frågan. Av dessa tillstyrks förslaget av *Tillväxtverket* och *Sigtuna kommun*. *Sigtuna kommun* föreslår dock att bestämmelsen i 9 kap. 1 § andra stycket ges en enklare utformning: ”En upphandlande myndighet får bestämma i vilken form anbudsansökningar och anbud ska lämnas”. *FMV* anser att lokutionen på ”annat sätt” i 9 kap. 1 § andra stycket inte är önskvärt tydlig och ifrågasätter om det inte vore tydligare med en lösning i linje med förslagen i tidigare utredningar, dvs. en särskild bestämmelse om kommunikationssätt, som även är direktivets lösning. *Konkurrenskommissionen* avstyrker förslaget. En ordning liknande den nuvarande där myndigheter tillåts ange att anbudsansökningar och anbud kan lämnas med ett elektroniskt medel eller på annat sätt framstår som mer ändamålsenlig ur rättssäkerhetssynpunkt. Ett problem med tillämpning av elektroniska system för anbudsgivning är att de icke sällan fordrar kompatibel teknisk programvara hos leverantörerna. För det fall att särskild programvara fordras för möjligheten att lämna elektroniskt anbud bör det i lagtexten inskrivas ett krav på att programvaran ska hållas kostnadsfritt tillgänglig av den upphandlande myndigheten eller enheten samt vara kompatibel med de flesta på marknaden förekommande operativsystemen. En föreskrift om elektronisk anbudsgivning bör kompletteras med att anbudsmottagningen i ett sådant fall sker på den upphandlande myndighetens eller enhetens risk.

**Skälen för regeringens förslag:** Enligt 9 kap. 1 § första stycket LOU och LUF ska anbudsansökningar och anbud lämnas skriftligen. 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. Genom Regeringsrättens avgörande den 11 juni 2009 i mål nr 1571-09, som behandlats i föregående avsnitt, har det klarlagts att ett krav på skriftlighet kan uppfyllas även elektroniskt. Mot denna bakgrund har bedömningen gjorts att begreppet skriftlig inte behöver förtydligas i LOU och LUF. 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 i 9 kap. 1 § andra stycket LOU och LUF 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 byggentreprenader, 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 överbringa 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) och tidsfrister för att ansöka om överprövning av beslut att avbryta en upphandling (se avsnitt 8.7.2). Även med beaktande av vad *Sigtuna kommun* och *FMV* har anfört anser regeringen därför att det är lämpligt att använda uttrycket ”på annat sätt” i den nu aktuella bestämmelsen.

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.

Om den upphandlande myndigheten eller enheten inte anger någon särskild form för hur anbudsansökningar och anbud ska lämnas kan leverantörerna alltså välja att lämna sådana per post eller med ett elektroniskt medel. Om den upphandlande myndigheten eller enheten endast önskar motta elektroniska anbud får myndigheten ange det. Detsamma gäller om den upphandlande myndigheten eller enheten endast önskar motta anbudsansökningar och anbud per post. Den föreslagna ändringen i 9 kap. 1 § andra stycket LOU och LUF är en följd av att det numera är klarlagt att kravet på skriftlighet kan fullgöras även elektroniskt. Förslaget innebär, enligt regeringens mening, inte någon förändring av den bestämmanderätt som upphandlande myndigheter och enheter enligt gällande rätt har avseende i vilken form anbudsansökningar och anbud ska lämnas, något som *Konkurrenskommissionen* verkar ha varit inne på.

I förarbetena till LOU och LUF (prop. 2006/07:128 s. 214) uttalade regeringen följande avseende att ställa krav på kommunikationssätt.

”Att ställa krav på ett visst kommunikationssätt kan emellertid medföra att kravet på icke-diskriminering inte uppfylls vid upphandlingen. Den upphandlande myndigheten respektive upphandlande enheten bör därför i varje enskilt fall ta ställning till vilket kommunikationssätt som skall användas för att inte riskera att diskriminera vissa leverantörer. I de flesta branscher är det emellertid möjligt att ställa ett ovillkorligt krav på att anbud skall lämnas elektroniskt utan att det kan anses vara diskriminerande gentemot vissa leverantörer.”

Detta resonemang gäller även fortsättningsvis. En upphandlande myndighet eller enhet som överväger att kräva att anbudsansökningar eller anbud ska lämnas elektroniskt bör alltså i varje enskilt fall avgöra om det är lämpligt.

En upphandlande myndighet eller enhet som anger att anbudsansökningar eller anbud ska lämnas elektroniskt måste beakta vad som föreskrivs i 9 kap. 2 § LOU och LUF, nämligen att vid kommunikation med elektroniska medel ska dessa vara icke-diskriminerande, allmänt tillgängliga och möjliga att använda tillsammans med sådan maxin- och programvara som i allmänhet används. Regeringen anser, till skillnad från *Konkurrenskommissionen*, att det inte är nödvändigt att därutöver reglera frågan om krav på programvaran.

När en handling ska anses ha kommit in till en myndighet och på vems risk avsändande sker gäller inte enbart upphandlingslagstiftningen och inte heller enbart vid elektronisk kommunikation. Regeringen anser därför att det i nu aktuellt lagstiftningsärendet inte finns skäl att, som *Konkurrenskommissionen* förordat, reglera på vems risk anbudsmottagning sker när elektroniska medel används.

**Regeringens förslag:** De föreslagna lagändringarna ska träda i kraft den 1 juli 2010. Äldre bestämmelser ska tillämpas på upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet.

**Promemorians förslag:** I promemorian föreslogs att bestämmelserna skulle träda i kraft den 1 juni 2010.

**Remissinstanserna:** Majoriteten av remissinstanserna har inte yttrat sig särskilt i dessa frågor. *Advokatfirman Lindahl KB* föreslår att det klargörs vad som gäller för beslut om marknadsskadeavgift för upphandlingar, t.ex. otillåten direktupphandling, som genomförts före de nya reglernas ikraftträdande.

**Skälen för regeringens förslag:** De föreslagna lagändringarna bör träda i kraft så snart som möjligt, vilket bedöms vara den 1 juli 2010.

De föreslagna ändringarna av upphandlingslagarna, däribland bestämmelser om ogiltighet av avtal och marknadsskadeavgift, ska tillämpas enbart på upphandlingar som har påbörjats efter lagens ikraftträdande. De nya reglerna kan således inte tillämpas på upphandlingar 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). När det gäller otillåten direktupphandling, dvs. när ett avtal har slutits utan att upphandlingen har annonserats enligt bestämmelserna i LOU eller LUF, får en sådan anses påbörjad först när avtalet har slutits, om inte myndigheten eller enheten kan visa att ett upphandlingsförfarande enligt lagarna rent faktiskt har påbörjats vid en tidigare tidpunkt.

## 18 Konsekvensanalys

**Regeringens bedömning:** 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 kommer att bli mer tillgänglig för företagen, vilket leder till nya affärsmöjligheter och ökad konkurrens.

Konkurrensverket får nya arbetsuppgifter för vilka anslag redan beviljats.

Måltillströmningen till de allmänna förvaltningsdomstolarna förväntas öka.

Förslaget kommer att öka företagandet och har därigenom en positiv effekt på sysselsättningen.

Förslaget påverkar inte den offentliga servicen i olika delar av landet, jämställdheten mellan män och kvinnor eller möjligheterna att nå de integrationspolitiska målen.

Förslaget kommer inte heller att medföra några negativa konsekvenser för miljön.

**Promemorians bedömning** överensstämmer i huvudsak med regeringens. Regeringens konsekvensanalys är dock mer utförlig än promemorians.

**Remissinstanserna:** Majoriteten av remissinstanserna yttrar sig inte över konsekvensanalysen. *Regelrådet* avstyrker förslagen i promemorian och anser att konsekvensutredningen är bristfällig. *Regelrådet* anför att promemorian inte innehåller någon tillräcklig beskrivning av de administrativa effekter som förslagen kan medföra för berörda företag och att man därför inte kan bedöma om de från administrativ synpunkt lämpligaste lösningarna valts. *Kammarrätten i Stockholm* anför att en ökad tillströmning av arbetskrävande och komplicerade mål kan förutses för de allmänna förvaltningsdomstolarna och att förvaltningsdomstolarna, för ett effektivt genomförande av det föreslagna regelverket, måste tillskjutas resurser. *Kammarrätten* förutsätter en anslagsökning som täcker de tillkommande uppgifterna för de allmänna förvaltningsdomstolarna. *Länsrätten i Stockholms län* konstaterar att det i promemorian inte presenteras någon uppskattning av den ökade arbetsbördan för länsrätterna annat än i mycket allmänna ordalag. Det kan enligt länsrättens bedömning förväntas att förslaget sammantaget kommer att innebära en ökning av måltillströmningen och att större resurser än i dag behöver tas i anspråk hos domstolarna. *Länsrätten* utgår från att tillräckliga medel kommer att tilldelas förvaltningsdomstolarna. *Domstolsverket* anför att förslagen med största sannolikhet kommer att leda till en väsentlig ökning av antalet upphandlingsmål i de allmänna förvaltningsdomstolarna och utgår ifrån att domstolarna kommer att erhålla ökade anslag.

## Skälen för regeringens bedömning

### *Statsfinansiella konsekvenser*

De nya rättsmedel och den föreslagna ändringen av direktupphandlingsgränsen kommer sannolikt att medföra att antalet upphandlingar som konkurrensutsätts ökar. De föreslagna ändringarna är till stor del föranledda av genomförande av det s.k. ändringsdirektivet (se avsnitt 5).

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. I en rapport till Expertgruppen för studier i offentlig ekonomi (ESO), Regelverk och praxis i offentlig upphandling (2009:2) behandlas frågan om avvägning mellan å ena sidan vinster av annonsering och konkurrensutsättning av upphandlingar och å andra sidan kostnader för upphandlingsförfarandet. Huvudslutsatsen i rapporten är att den potentiella vinsten med formellt genomförda upphandlingar är stor. Vinsten varierar enligt rapporten från upphandling till upphandling, men genomsnittsvärdet ligger så högt som mellan 20 och 25 procent av värdet, när priset i den formella upphandlingen jämförs med priset hos en slumpmässigt vald leverantör. En annan observation av betydelse för utformningen av regelverket är att kostnaderna för formaliserade upphandlingar hos den som upphandlar generellt är lägre än vad opinionsbildningen har tenderat att göra gällande. Skillnaderna torde bero på att man i debatten ofta inte skiljer mellan de kostnader som man har vid alla inköp och de kostnader som specifikt hänför sig till upphandlingsregelverket. Beräkningarna i rapporten visar även att konkurrensutsättning och annonsering av upphandlingar lönar sig redan vid låga värden (se även avsnitt 16.3.2).

Med förfarandet konkurrenspräglad dialog ges upphandlande myndigheter ett effektivt instrument för att hantera särskilt komplexa upphandlingar. Genom förfarandet ökar möjligheterna att beakta tekniska innovationer när den upphandlande myndigheten fortlöpande kan diskutera och väga unika lösningar mot varandra. Förfarandet kan således stimulera framväxten av ny teknik. Marknadens möjligheter att finna nya former av finansiering och rättsfrågor såsom ägarkonstellationer kan också utvärderas. Förfarandet kan därmed även vara ett effektivt instrument att finna privata alternativ eller nya former av samarbeten för att genomföra offentlig verksamhet. Samtidigt bör konkurrenspräglad dialog kunna minska kostnaderna för särskilt komplicerade upphandlingar, bl.a. genom att de anbudssökande tillåts presentera innovativa lösningar och förslag som myndigheten kostnadseffektivt kan få ta del av. För att underlätta användningen av konkurrenspräglad dialog bör en vägledning tas fram.

Elektroniska auktioner kan förväntas leda till lägre priser och även bättre villkor i övrigt för upphandlande myndigheter och enheter. Kostnaderna för inköp av varor och tjänster för stat, kommuner, landsting och verksamheter inom försörjningssektorerna torde därmed minska. Hur stora dessa besparingar kan komma att bli till följd av införandet av bestämmelser om konkurrenspräglad dialog och elektronisk auktion går emellertid inte att uppskatta. Risken för eventuella negativa effekter av elektroniska auktioner bedöms minska genom den vägledning som en myndighet bör ges i uppdrag att utforma.

Den myndighet som får i uppdrag att utforma nämnda vägledningar, får finansiera uppdraget inom myndighetens befintliga anslagsramar.

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 år 2009 (prop. 2008/09:1, utgiftsområde 2, avsnitt 4 och 13). Något ytterligare behov av resurser bedöms för närvarande inte föreligga.

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 och ett ökat behov av samordning. Detta behov kan till viss del tillgodoses av det upphandlingsstöd som Kammarkollegiet i budgetpropositionen för år 2009 (prop. 2008/09:1) fått i uppdrag att utveckla. Vidare visar Statskontorets rapport En effektivare statlig inköpsamordning – 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.

I likhet med vad som anförts om konsekvenserna för de statliga finanserna, bör konkurrenspräglad dialog kunna minska kostnaderna för särskilt komplicerade upphandlingar, bl.a. genom att de anbudssökande tillåts presentera innovativa lösningar och förslag som kommuner och landsting kostnadseffektivt kan få ta del av. I vilken omfattning konkurrenspräglad dialog kommer att användas går dock inte att förutse.

Användningen av elektronisk auktion torde leda till att kostnaderna för inköp av varor och tjänster för kommuner, landsting och verksamheter inom försörjningssektorerna minskar. Hur stora dessa besparingar kan komma att bli är emellertid mycket svåra att uppskatta bl.a. med hänsyn till att det är svårt att förutse i hur stor omfattning användningen kommer



att bli. Elektronisk auktion har enligt uppgift använts ett fåtal gånger av kommuner och uppges ha lett till avsevärda besparingar. Det har, som ovan nämnts, framförts att förslaget leder till ett ökat behov av centralisering av upphandlingar. Även inom kommuner och landsting gör sig sannolikt fördelarna av samordnad upphandling gällande.

Bestämmelserna om miljöhänsyn och sociala hänsyn torde inte medföra påtagligt högre kostnader för de upphandlande myndigheterna och enheterna med hänsyn till att de redan i dag beaktar sådana hänsyn i stor omfattning. Vidare innehåller bestämmelsen en begränsning så tillvida att den upphandlande myndigheten eller enheten bör beakta miljöhänsyn och sociala hänsyn om det är påkallat med hänsyn till upphandlingens art. De har således rätt att avstå från fördyrande krav.

### *Konsekvenser för företagen*

Genom den föreslagna ändringen av direktupphandlingsgränsen och de nya rättsmedel som föreslås bör antalet upphandlingar som konkurrensutsätts öka. Den offentliga 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 företagen att öka sin produktivitetstillväxt. Det går inte att ange hur många företag som kommer att omfattas av regelförändringarna. I den tidigare nämnda rapporten till Expertgruppen för studier i offentlig ekonomi (ESO), Regelverk och praxis i offentlig upphandling (2009:2), hänvisas till en undersökning som gjordes år 2006 (s. 39). Enligt denna undersökning är det totala antalet upphandlingar per år svåruppskattat, men torde ligga någonstans mellan en och tio miljoner. Antalet formaliserade upphandlingar kan uppskattas till ett par hundra tusen. Vidare anges att en sammanfattande bedömning är att den upphandlingspliktiga volymen uppgick till 450–535 miljarder kronor år 2006, vilket motsvarade 15,5–18,5 procent av BNP.

Dåvarande Verket för näringslivsutveckling (Nutek) har försökt mäta företagens administrativa kostnader för att delta i offentliga upphandlingar. Nuteks rapport Offentlig upphandling – vad tycker företagen 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.

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. Frågan om små och medelstora företags möjligheter att delta i

centraliserade upphandlingar har behandlas av Statskontoret i rapporten 2009:12. Enligt Statskontoret kan en helt entydig bild inte erhållas av hur små och medelstora företag påverkas av samordnad upphandling som den statliga inköpsamordningen. Det kan dock konstateras att förslaget om inköpscentraler i stort sett är en kodifiering av praxis och att de föreslagna reglerna därför inte bör påverka företagen i någon större utsträckning. Hur de små och medelstora företagen påverkas av samordnad upphandling behandlas mer utförligt i avsnitt 14.2 om inköpscentraler. De föreslagna regelförenklingarna minskar företagens administrativa börda vid upphandlingar, vilket sannolikt betyder mer för små och medelstora företag än för stora företag.

En möjlighet till fortbildning kommer också att finnas tillgänglig för små och medelstora företag hos Kammarkollegiet som i budgetpropositionen för år 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.

#### *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 arbetet ska rymmas inom ramen för detta anslag.

#### *Konsekvenser för Sveriges domstolar*

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 de allmänna förvaltningsdomstolarna. De föreslagna ändringarna kan förväntas medföra en ökad måltillströmning i dessa domstolar. 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 juli 2010. De allmänna förvaltningsdomstolarna har kompenserats med 1,75 mkr för 2010 och med 3,5 mkr per år för 2011 och 2012. Därefter ska en utvärdering göras av de faktiska kostnaderna.

För de allmänna domstolarna förväntas förslaget inte medföra någon större effekt.

### *Konsekvenser 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 innebär att det vid upphandling kommer att tas ökad hänsyn till miljön och till sociala frågor.

## 19 Författningskommentar

### 19.1 Förslaget till lag om ändring i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling

#### 1 kap.

1 § I denna lag finns föreskrifter om

– lagens innehåll och tillämpningsområde samt allmänna bestämmelser (1 kap.),

– definitioner (2 kap.),

– tröskelvärden (3 kap.),

– upphandlingsförfaranden (4 kap.),

– ramavtal (5 kap.),

– *elektronisk auktion (5 a kap.)*,

– tekniska specifikationer och särskilda kontraktsvillkor i förfrågningsunderlag m.m. (6 kap.),

– annonsering av upphandling (7 kap.),

– tidsfrister för att komma in med anbudsansökningar och anbud m.m. (8 kap.),

– kommunikation, information och dokumentation (9 kap.),

– uteslutning av leverantörer (10 kap.),

– kontroll av leverantörers lämplighet och val av deltagare m.m. (11 kap.),

– tilldelning av kontrakt (12 kap.),

– byggkoncessioner (13 kap.),

– projektävlingar på tjänsteområdet (14 kap.),

– upphandling som inte omfattas av direktivet (15 kap.),

– överprövning, skadestånd m.m. (16 kap.), *och*

– *marknadsskadeavgift och tillsyn (17 kap.)*.

Till lagen hör följande bilagor:

– Förteckning över byggtreprenadkontrakt (bilaga 1)

– Förteckning över tjänstekontrakt (A-tjänster) (bilaga 2)

– Förteckning över tjänstekontrakt (B-tjänster) (bilaga 3)

– Definition av vissa tekniska specifikationer (bilaga 4)

Paragrafen, som beskriver lagens innehåll, är ändrad mot bakgrund av de nya kapitlen om elektronisk auktion (5 a kap.) och marknadsskadeavgift och tillsyn (17 kap.) som föreslås införas i lagen.

**9 a §** *Upphandlande myndigheter bör beakta miljöhänsyn och sociala hänsyn vid offentlig upphandling i den utsträckning det är påkallat med hänsyn till upphandlingens art.*

Bestämmelsen är ny och anger att upphandlande myndigheter bör beakta miljöhänsyn och sociala hänsyn vid offentlig upphandling i den utsträckning det är påkallat med hänsyn till upphandlingens art.

Bestämmelsen har karaktären av målsättningsstadgande och är avsedd att framhålla vikten av att myndigheter och enheter beaktar miljöhänsyn och sociala hänsyn vid upphandling. Den anger att den upphandlande myndigheten eller enheten bör beakta miljöhänsyn och sociala hänsyn i upphandlingar i vissa fall och överlåter till myndigheten och enheten att

utifrån bestämmelserna i lagen bedöma på vilket sätt och i vilket skede i upphandlingen sådana hänsyn ska tas. Bestämmelsen ger i sig inte något stöd för att påkalla domstolsprövning av en upphandling där myndigheten eller enheten inte har tagit några miljöhänsyn eller sociala hänsyn.

Bestämmelsen behandlas i avsnitt 15.

## **2 kap.**

**6 a §** *Med elektronisk auktion avses en upprepad process med hjälp av elektroniska medel för att presentera nya lägre priser eller nya värden för vissa delar av anbudet, vilken genomförs efter en första fullständig utvärdering av anbudet och möjliggör en rangordning på grund av automatiska utvärderingsmetoder.*

Paragrafen är ny och genomför artikel 1.7 i det klassiska direktivet. Den behandlas i avsnitt 13.

Paragrafen innehåller en definition av begreppet elektronisk auktion som överensstämmer med artikel 1.7 första stycket i det klassiska direktivet. Av definitionen framgår att den elektroniska auktionen kan avse priser eller värden och att processen möjliggör en rangordning på grundval av automatiska utvärderingsmetoder. Definitionen i LOU skiljer sig från direktivets på så sätt att artikelns andra stycke avseende intellektuella prestationer inte tas med. Endast sådana kriterier som kan bli föremål för automatisk utvärdering kan ingå i en elektronisk auktion. Det finns alltså vid en elektronisk auktion inte utrymme för subjektiva bedömningar. Närmare bestämmelser om elektroniska auktioner finns i 5 a kap.

**9 a §** *Med inköpscentral avses en upphandlande myndighet som*

*1. ingår ramavtal om byggtreprenader, 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.*

Paragrafen är ny och genomför, tillsammans med 4 kap. 22 §, artikel 1.10 i det klassiska direktivet. Förslaget behandlas närmare i avsnitt 14.

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.

**10 a §** Med *konkurrenspräglad dialog* avses ett förfarande som varje leverantör kan begära att få delta i och där den upphandlande myndigheten för en dialog med de anbudssökande som har bjudits in att delta i detta förfarande för att nå fram till en eller flera lösningar som kan tillgodose myndighetens behov och som utgör grunden för de anbud som de utvalda anbudssökandena bjuds in att lämna.

Paragrafen är ny och genomför artikel 1.11 c i det klassiska direktivet. Paragrafen innehåller en definition av konkurrenspräglad dialog. Förslaget behandlas närmare i avsnitt 12.

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

Bestämmelsen har ändrats så att det framgår att anbud alltid lämnas vid direktupphandling men att lagen inte kräver att anbudet ska ha viss form. Anbudet kan således vara muntligt eller skriftligt. Förslaget behandlas närmare i avsnitt 16.3.2.

#### **4 kap.**

#### **Öppet, selektivt och förhandlat förfarande samt konkurrenspräglad dialog**

**1 §** Vid offentlig upphandling *ska* öppet eller selektivt förfarande användas.

Förhandlat förfarande med eller utan föregående annonsering får dock användas under de förutsättningar och på det sätt som anges i 2–9 §§.

*Konkurrenspräglad dialog får användas under de förutsättningar och på det sätt som anges i 10–21 §§.*

Rubriken som föregår paragrafen är ändrad så att det framgår att konkurrenspräglad dialog omfattas.

Paragrafen innehåller bestämmelser om vilka förfaranden som får användas vid offentlig upphandling och behandlas bl.a. i avsnitt 12.

*Tredje stycket* är nytt och genomför delvis artikel 28 i det klassiska direktivet. I tredje stycket markeras, i linje med vad som gäller för det förhandlade upphandlingsförfarandet, att en konkurrenspräglad dialog får användas endast under vissa förutsättningar. Som huvudregel gäller oförändrat att öppet eller selektivt förfarande ska användas.

**2 §** Förhandlat förfarande med föregående annonsering får användas

1. om de anbud som lämnats vid ett öppet eller ett selektivt förfarande *eller vid en konkurrenspräglad dialog* är ogiltiga eller inte kan godtas med hänsyn till vad som föreskrivs i

a) 1 kap. 10 § andra stycket om att juridiska personer i vissa fall *ska* uppge namn och yrkeskvalifikationer på personer som skall utföra en tjänst som omfattas av upphandlingen,

b) 6 kap. 9 § andra och fjärde styckena om att otillåtna alternativa anbud inte får beaktas respektive att endast alternativa anbud som uppfyller ställda minimikrav får beaktas,

c) 6 kap. 11 § om att en anbudsgivare *ska* ange hur stor del som kan komma att läggas ut på tredje man,

d) 6 kap. 12 § andra stycket om att anbudsgivare och anbudssökande *ska* bekräfta att hänsyn tagits till bestämmelserna om arbetarskydd och arbetsvillkor vid utformning av anbudet,

e) 9 kap. 8 § andra stycket om att en leverantör *ska* förtydliga och komplettera handlingar som getts in,

f) 10 kap. om uteslutning av leverantörer,

g) 11 kap. om kontroll av leverantörers lämplighet och val av leverantörer m.m., eller

h) 12 kap. om tilldelning av kontrakt,

2. om 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 och intellektuella tjänster som är av sådan art att det inte går att utarbeta tillräckligt exakt förfrågningsunderlag för att kunna genomföra upphandlingen genom att välja det bästa anbudet enligt bestämmelserna för öppna eller selektiva förfaranden, eller

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

Första stycket 1 gäller bara om villkoren för kontraktet i förhållande till den tidigare upphandlingen inte ändras väsentligt.

Paragrafen innehåller bestämmelser om när förhandlat förfarande med föregående annonsering får användas.

*Första punkten* motsvarar artikel 30.1 a första stycket i det klassiska direktivet och ändras till följd av att möjligheten att använda en konkurrenspräglad dialog införs.

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

Paragrafen motsvarar artikel 44.4 i det klassiska direktivet. Den har med redaktionella ändringar utformats i enlighet med bestämmelsen i direktivet. Ändringen är en följd av att möjligheten att använda en konkurrenspräglad dialog införs. Paragrafen kommenteras i prop. 2006/07:128 s. 325 ff. Nu aktuella ändringar behandlas i avsnitt 12.2.

**6 §** I de fall som avses i 2 § 1 får en upphandlande myndighet avstå från att annonsera om upphandling, om den i ett förhandlat förfarande bjuder in endast anbudsgivare som uppfyller kraven i 10 och 11 kap. och som i ett föregående öppet eller selektivt förfarande *eller i en föregående konkurrenspräglad dialog* har lämnat anbud som uppfyller de formella kraven vid upphandlingen. I förfarandet får inte andra än sådana anbudsgivare delta.

Paragrafen motsvarar, med vissa redaktionella ändringar, artikel 30.1 a andra stycket i det klassiska direktivet. Ändringen är en följd av att möjligheten att använda en konkurrenspräglad dialog införs.

## ***Förutsättningar för konkurrenspräglad dialog***

**10 §** *En upphandlande myndighet får använda sig av konkurrenspräglad dialog vid tilldelning av särskilt komplicerade kontrakt och då öppet eller selektivt upphandlingsförfarande inte medger tilldelning av kontraktet.*

Rubriken som föregår paragrafen är ny. Paragrafen är ny. Den motsvarar artikel 29.1 första stycket i det klassiska direktivet. Paragrafen anger när konkurrenspräglad dialog får användas som upphandlingsform. I vilka fall en upphandlande myndighet får använda konkurrenspräglad dialog avgörs även med ledning av 11 §. En jämförelse med vad som enligt 11 § är ”särskilt komplicerade kontrakt” visar att utrymmet för myndighetens subjektiva bedömningar är begränsat. För att ett kontrakt ska anses särskilt komplicerat krävs att den upphandlande myndigheten, objektivt sett, antingen inte kan definiera de tekniska medel som kan tillgodose dess behov eller mål. Det kan även anses särskilt komplicerat att specificera den rättsliga eller finansiella utformningen av ett projekt. Denna fråga berörs även i kommentaren till 11 §. Förslaget behandlas i avsnitt 12.3.

**11 §** *Ett kontrakt anses som särskilt komplicerat om det inte rimligen kan krävas av den upphandlande myndigheten att den ska kunna*

- 1. definiera de prestanda- eller funktionskrav enligt 6 kap. 3§ som kan tillgodose myndighetens behov eller med vilka dess mål kan uppnås, eller*
- 2. ange den rättsliga eller finansiella utformningen av ett projekt.*

Bestämmelsen motsvarar, med vissa redaktionella ändringar, artikel 1.11c andra stycket i det klassiska direktivet.

I nämnda artikel i direktivet sägs att ett kontrakt anses vara särskilt komplicerat om de upphandlande myndigheterna ”inte objektivt kan definiera de tekniska medel --- som kan tillgodose deras behov eller mål” eller ”inte kan objektivt specificera den rättsliga och/eller finansiella utformningen av ett projekt”. Formuleringarna i den svenska språkversionen av direktivet kan uppfattas så att den upphandlande myndigheten ska sakna förmåga att åstadkomma en objektiv definition eller specifikation, oavsett om det beror på myndighetens bristande kompetens eller på upphandlingens komplexitet. Av de engelska och tyska språkversionerna av direktivet framgår att kontrakt ska anses särskilt komplicerade då de upphandlande myndigheterna ”are not objectively able to” respektive då en upphandlande myndighet ”objektiv nicht in der Lage ist”. Dessa formuleringar innebär att det inte endast är den enskilda upphandlande myndighetens egen uppfattning om sin förmåga att genomföra en öppen eller selektiv upphandling som tillåts avgöra om det är fråga om ett särskilt komplicerat kontrakt, Denna tolkning styrks av vad som sägs i beaktandesats 31 där de danska, engelska och tyska språkversionerna av direktivet med olika formuleringar anger att den upphandlande myndighetens oförmåga inte får bero på myndigheten.

Den avsedda innebörden av artikeln får anses vara att ett kontrakt är att anse som särskilt komplicerat om det för en normalt kunnig och insiktsfull upphandlande myndighet framstår som särskilt komplicerat.



Att det inte endast är den aktuella upphandlande myndighetens egen uppfattning om huruvida ett kontrakt är särskilt komplicerat som är avgörande, uttrycks i bestämmelsen så att det inte rimligen kan krävas av den upphandlande myndigheten att den ska kunna definiera aktuella krav eller ange den närmare utformningen av ett projekt. Exempel på kontrakt som kan vara särskilt komplicerade är större integrerade projekt för transportinfrastruktur, stora datanät eller projekt som omfattar komplicerad och strukturerad finansiering vars ekonomiska och rättsliga uppläggning inte kan fastställas i förväg. Detta innebär inte att t.ex. alla kontrakt som avser stora datanät är särskilt komplicerade. Bedömningen av svårighetsgraden beror bl.a. på om den upphandlande myndigheten söker lösningar som kräver utveckling av ny och för myndigheten okänd teknik. Svårighetsgraden får också antas minska med ökande erfarenhet av hanteringen av likartade komplicerade kontrakt. Ett annat exempel på när det kan vara befogat att använda en konkurrenspräglad dialog kan vara att en upphandlande myndighet ska skapa en landförbindelse men inte kan avgöra om detta behov bäst tillgodoses genom en bro eller en tunnel, även om myndigheten kan utarbeta tekniska specifikationer för båda alternativen.

Exempel på komplicerad rättslig eller finansiell utformning kan hämtas från området för offentlig och privat samverkan, där en del av lösningen kan vara formerna för samarbetet. Ett annat exempel kan vara att myndigheten har svårt att förutse om leverantörerna på marknaden är beredda att stå den ekonomiska risk som en koncessionslösning innebär. I övrigt ligger det i sakens natur att bedömningen av om det är fråga om särskilt komplicerade kontrakt måste göras från fall till fall.

Bestämmelsen behandlas i avsnitt 12.3.

### ***Annonsering av konkurrenspräglad dialog***

**12 §** *Den upphandlande myndigheten ska annonsera en upphandling som ska göras genom konkurrenspräglad dialog. I annonsen eller i ett beskrivande dokument ska myndigheten ange sina behov och krav.*

Rubriken som föregår paragrafen är ny. Paragrafen är ny och behandlas i avsnitt 12.2. Den motsvarar artikel 29.2 i det klassiska direktivet. Paragrafen innehåller ett krav på annonsering vid upphandling genom konkurrenspräglad dialog. Bestämmelser om annonsering finns även i 7 kap. och 15 kap. För kommentar om bestämmelserna i 7 kap. om annonsering, se prop. 2006/07:128 s. 353 ff.

Ett ”beskrivande dokument” är en kompletterande handling till annonseringen där uppdraget som upphandlingen avser beskrivs närmare. Det finns inget krav på att upprätta ett beskrivande dokument. Kan nödvändig information lämnas redan i annonsen, är detta tillräckligt.

Förfrågningsunderlaget vid en konkurrenspräglad dialog måste ge en god beskrivning av den upphandlande myndighetens behov och önskemål. I inledningen av en konkurrenspräglad dialog kan det dock vara svårt för en upphandlande myndighet att ange urvalskriterier, eftersom den då inte har vetskap om den lösning som bäst motsvarar dess behov. Detta leder till att myndigheten får använda sig av generella urvalskriterier som exempelvis kvalitet och pris. Urvalskriterierna får

inte ändras efter dialogfasen. Kriterierna bör dock inte vara för allmänt hållna och bör i vart fall preciseras i sådan omfattning att de ger en uppfattning om hur myndigheten ska gå tillväga för att värdera leverantörerna.

### ***Inledande av dialog***

**13 §** *Den upphandlande myndigheten ska inleda en dialog med de anbudssökande som har valts ut med tillämpning av 10 och 11 kap.*

*Dialogens syfte ska vara att identifiera och bestämma hur den upphandlande myndighetens behov bäst kan tillgodoses. Under dialogen får myndigheten diskutera alla aspekter av kontraktet med de utvalda anbudssökandena.*

Rubriken som föregår paragrafen är ny. Paragrafen är ny och behandlas i avsnitt 12.4. Bestämmelserna motsvarar artikel 29.3 första stycket i det klassiska direktivet.

I 10 och 11 kap. finns bestämmelser om uteslutning av leverantörer respektive bestämmelser om kontroll av leverantörers lämplighet och förmåga att genomföra ett kontrakt.

Dialogen kan omfatta inte endast tekniska utan även ekonomiska och juridiska aspekter, vilket framgår av uttrycket ”alla aspekter”.

### ***Genomförande av dialogen***

**14 §** *Den upphandlande myndigheten får bestämma att dialogen ska genomföras i successiva steg för att begränsa antalet lösningar som ska diskuteras under dialogen. I så fall, ska det anges i annonsen eller i det beskrivande dokumentet.*

Rubriken som föregår paragrafen är ny. Paragrafen motsvarar artikel 29.4 i det klassiska direktivet. Den är ny och behandlas i avsnitt 12.5. En motsvarande paragraf om successiva steg vid förhandlat förfarande med föregående annonsering finns i 4 kap. 4 §.

När det gäller successiva steg för att begränsa antalet lösningar som ska diskuteras i en konkurrenspräglad dialog är det förslag på lösningar och inte leverantörer som väljs bort i dialogfasen. En leverantör som har föreslagit flera lösningar är med i dialogen så länge inte alla lösningarna har uteslutits.

Vid den slutgiltiga anbudsgivningen är det normalt fråga om att leverantörerna lämnar anbud som avser vars och ens egen lösning. Detta beror på att myndigheten inte utan den enskilde leverantörens tillstånd får lämna ut information om dennes anbud till övriga leverantörer, se kommentaren till 16 §.

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

Paragrafen är ny och behandlas i avsnitt 12.6.

Paragrafens första mening motsvarar artikel 29.5 i det klassiska direktivet.

Det finns ingen tidsgräns för när dialogen ska vara avslutad. Den upphandlande myndigheten kan fortsätta dialogen till dess att en eller flera nöjaktiga lösningar har presenterats.

I *andra meningen* föreskrivs en skyldighet för den upphandlande myndigheten att underrätta anbudssökandena om att dialogen är avslutad. Motsvarande bestämmelse finns i artikel 29.6 första stycket i direktivet. Bestämmelsen har dock utformats redaktionellt med beaktande av bestämmelsen om underrättelse om beslut enligt 9 kap. 9 §.

### ***Uppmaning att lämna slutgiltiga anbud***

**16 §** *När en underrättelse har lämnats enligt 15 §, ska den upphandlande myndigheten uppmana de deltagande leverantörerna att lämna sina slutgiltiga anbud på grundval av den eller de lösningar som har lagts fram och preciserats under dialogen. Anbudet ska innehålla alla de faktorer och villkor som är nödvändiga för projektets genomförande.*

Rubriken som föregår paragrafen är ny. Även paragrafen är ny och motsvarar artikel 29.6 första stycket i det klassiska direktivet

Under pågående dialog får alla aspekter av kontraktet diskuteras, se kommentaren till 10 §. När dialogen förklarats avslutad enligt 15 § inleds det slutgiltiga anbudsförfarandet. Det finns inget som hindrar att en uppmaning att lämna slutgiltiga anbud lämnas samtidigt med underrättelsen enligt 15 § om att dialogen är avslutad.

Vid den slutgiltiga anbudsgivningen är det normalt fråga om att leverantörerna lämnar anbud som avser vars och ens egen lösning. Detta beror på att myndigheten inte utan den enskilde leverantörens tillstånd får lämna ut information om dennes anbud till övriga leverantörer. Det bör dock inte möta något formellt hinder att den upphandlande myndigheten använder sig av en leverantörs lösning eller delar av den vid infordrande av de slutliga anbudet, förutsatt att den upphandlande myndigheten generellt förbehållit sig den rätten eller träffar avtal med leverantören om det.

### ***Klarläggande och precisering av anbud***

**17 §** *Den upphandlande myndigheten får uppmana en deltagande anbudsgivare att klarlägga och precisera sitt anbud. Sådana åtgärder eller kompletterande upplysningar får dock inte innebära att grundläggande delar av anbudet eller inbjudan att lämna anbud ändras så att det påverkar konkurrensen eller leder till diskriminering.*

Rubriken som föregår paragrafen är ny. Paragrafen är ny och behandlas i avsnitt 12.7. Den motsvarar artikel 29.6 andra stycket i det klassiska direktivet.

Paragrafen gör det möjligt för upphandlande myndighet att anmoda en deltagande leverantör att förtydliga innehållet eller finjustera sitt anbud innan den upphandlande myndigheten beslutar om att anta det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Utrymmet för ändringar är begränsat. Paragrafen ger t.ex. inte utrymme för att förhandla med anbudsgivarna om de anbud som de har lämnat för att anpassa anbudet till de krav som den upphandlande myndigheten har angett och för att få

fram det bästa anbudet. Detta är frågor som istället får hanteras under dialogen. Det bör dock vara möjligt att göra såväl ekonomiska som materiella ändringar så länge dessa inte leder till att grundläggande delar av kontraktet ändras. I samband härmed erinras om vad som sägs i beaktandesatsen 31 i direktivet om att den konkurrenspräglade dialogen inte får ”användas på ett sådant sätt att konkurrensen begränsas eller snedvrids, särskilt inte genom att grundläggande delar av anbudet ändras, genom att nya väsentliga krav åläggs den utvalda anbudsgivaren eller genom att någon annan anbudsgivare än den som lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet kan komma i fråga”.

### **Värdering av anbud**

**18 §** *Den upphandlande myndigheten ska värdera anbudet på grundval av tilldelningskriterierna. Tilldelningskriterierna ska anges i annonsen eller i det beskrivande dokumentet.,*

Rubriken som föregår paragrafen är ny. Paragrafen är ny och behandlas i avsnitt 12.8. Den motsvarar artikel 29.7 i det klassiska direktivet.

Angående värdering av anbudet på grundval av tilldelningskriterier, se kommentaren till 12 §.

**19 §** *Den upphandlande myndigheten ska anta det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för den upphandlande myndigheten..*

Paragrafen är ny och behandlas i avsnitt 12.8.

Paragrafen motsvarar artikel 29.1 andra stycket i det klassiska direktivet. I artikel 29.7 i direktivet finns en bestämmelse som innebär att den upphandlande myndigheten ska välja det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga enligt direktivets artikel 53. Paragrafen, som täcker båda artiklarna i direktivet, har utformats i enlighet med 12 kap. 1 § första stycket första punkten. Exempel på kriterier som får beaktas vid värdering av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet finns även i 12 kap. 1 § andra stycket. Denna bestämmelse kommenteras i prop. 2006/07:128 s. 404 f.

Eftersom det vid användning av en konkurrenspräglad dialog ska vara fråga om särskilt komplicerade kontrakt, finns det naturligt nog ingen möjlighet att låta endast priset avgöra valet av leverantör.

### **Precisering av anbud eller bekräfta åtaganden**

**20 §** *Den upphandlande myndigheten får uppmana den anbudsgivare vars anbud har identifierats som det ekonomiskt mest fördelaktiga att precisera vissa aspekter i anbudet eller att bekräfta åtaganden som anges där.*

*En sådan precisering eller ett sådant bekräftande får dock inte leda till*

- 1. att väsentliga delar av anbudet eller inbjudan ändras,*
- 2. att konkurrensen snedvrids, eller*
- 3. diskriminering.*

Rubriken som föregår paragrafen är ny. Paragrafen är ny och behandlas i avsnitt 12.7. Den motsvarar artikel 29.7 andra stycket i det klassiska direktivet.

Paragrafen gör det möjligt för upphandlande myndigheten att anmoda den vinnande anbudsgivaren att förtydliga innehållet i anbudet. Utrymmet för ändringar är emellertid begränsat. Syftet med bestämmelsen är främst att klarlägga, precisera och finjustera detaljer i anbudet.

Det är möjligt för den upphandlande myndigheten att anmoda den anbudsgivare vars anbud har identifierats som det ekonomiskt mest fördelaktiga att bekräfta åtaganden som gjorts i anbudet. Detta bör också innebära att anbudsgivaren skulle kunna dra tillbaka ett åtagande som gjorts i anbudet. Ett sådant återtagande får dock inte vara av sådan beskaffenhet att det kan anses innebära en ändring av någon väsentlig del av anbudet.

Den upphandlande myndigheten ges inte utrymme att ingå i förhandlingar med anbudsgivaren om det utvalda anbudet. I en konkurrenspräglad dialog ska i stället alla förhandlingar företas innan dialogen förklaras avslutad.

### ***Priser eller betalning till deltagare***

**21 §** *Den upphandlande myndigheten får bestämma att priser eller betalning ska ges till deltagarna i dialogen.*

Rubriken som föregår paragrafen är ny. Paragrafen är ny och behandlas i avsnitt 12.12. Bestämmelsen motsvarar artikel 29.8 i det klassiska direktivet.

Denna bestämmelse klargör att den upphandlande myndigheten får besluta om att ersättning ska utgå till de anbudssökande i dialogen. Den ankommer på myndigheten att besluta om, när och under vilka förutsättningar betalning eventuellt ska utgå. Villkoren för att erhålla priser eller betalning ska vara utformade på ett sådant sätt att de inte innebär någon diskriminering av övriga deltagare i dialogen.

### ***Inköpscentraler***

**22 §** *En upphandlande myndighet får anskaffa byggtreprenader, varor och tjänster med hjälp av en inköpscentral.*

Rubriken är ny. Bestämmelsen är ny och genomförd, tillsammans med 2 kap. 9 a §, artikel 1.10 i klassiska direktivet. Bestämmelsen behandlas i avsnitt 14.

En upphandlande myndighet eller enhet får förvärva byggtreprenader, 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.

## ***5 a kap. Elektroniska auktioner***

Kapitlet är nytt och innehåller bestämmelser om elektroniska auktioner. En elektronisk auktion är inte ett fullständigt upphandlingsförfarande,

utan kan ingå som en avslutande del i ett annat upphandlingsförfarande. Utredningen föreslog en placering i anslutning till kapitlet om kontraktstilldelning. Regeringen anser dock att kapitlet i stället bör placeras i anslutning till kapitlet om upphandlingsförfaranden och ramavtal. En definition av begreppet elektronisk auktion finns i 2 kap. 6 a §.

Bestämmelserna genomför artikel 54 i det klassiska direktivet och behandlas i avsnitt 13.

I artikel 54.8 andra stycket i det klassiska direktivet finns en bestämmelse om att en upphandlande myndighet inte får använda elektroniska auktioner på ett otillbörligt sätt eller på ett sådant sätt att konkurrensen förhindras, begränsas eller snedvrids. Utredningen har föreslagit att en sådan bestämmelse ska tas in i LOU. Detta får emellertid anses följa redan av de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU (jfr prop. 2006/07:128 s. 333 angående motsvarande bestämmelser avseende ramavtal). Det bedöms därför inte nödvändigt att i LOU ta in en sådan bestämmelse. Någon bestämmelse motsvarande den av utredningen föreslagna bestämmelsen (14 a kap. 12 § LOU) finns därför inte med i regeringens förslag.

### ***Tillämpningsområdet***

**1 §** *En upphandlande myndighet får, om förfrågningsunderlaget kan fastställas med tillräcklig grad av exakthet, genomföra en elektronisk auktion vid*

- 1. öppet förfarande,*
- 2. selektivt förfarande,*
- 3. förhandlat förfarande i det fall som avses i 4 kap. 2 § 1,*
- 4. förnyad konkurrensutsättning inom ett ramavtal enligt 5 kap. 7 §,*
- 5. förenklat förfarande, och*
- 6. urvalsförfarande.*

Rubriken är ny. Paragrafen är ny och genomför artikel 54.2 första och andra styckena i det klassiska direktivet. Bestämmelsen behandlas i avsnitt 13.3.

I paragrafen anges vid vilka förfaranden elektronisk auktion får användas. Elektronisk auktion får enligt *punkterna 1 och 2* användas vid öppet och selektivt förfarande. Enligt *punkten 3* får elektronisk auktion genomföras vid förhandlat förfarande med föregående annonsering, om förfarandet får användas på grund av att de anbud som har lämnats vid ett öppet eller selektivt förfarande är ogiltiga eller inte kan godtas. De övriga fall då förhandlat förfarande med eller utan föregående annonsering får användas (t.ex. då något totalpris inte kan anges, då upphandlingen avser finansiella eller intellektuella tjänster, då det är fråga om forskningsändamål eller om kompletterande leveranser) är typiskt sett av sådan karaktär att det knappast finns möjlighet att använda elektronisk auktion under upphandlingen. Att elektroniska auktioner kan användas vid förnyad konkurrensutsättning inom ett ramavtal framgår av *punkten 4*. Elektronisk auktion torde även kunna användas vid upphandling av själva ramavtalet, om förutsättningarna för användning av elektroniska auktioner i övrigt är uppfyllda. Enligt artikel 32.2 i det klassiska direktivet ska en upphandlande myndighet som ämnar sluta ett ramavtal följa förfarandebestämmelserna fram till tilldelningen av kontraktet som

grundar sig på ramavtalet. Denna bestämmelse har genomförts i svensk rätt genom 5 kap. 1 § LOU, vari föreskrivs att en upphandlande myndighet får ingå ramavtal med tillämpning av bestämmelserna om offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster i denna lag. Tilldelningen av kontraktet torde därmed kunna föregås av en elektronisk auktion. Det är dock tveksamt om denna möjlighet kan utnyttjas i praktiken. Det torde i vart fall inte vara möjligt i de fall ramavtalet inte innehåller alla villkor för tilldelning av kontraktet, dvs. när en förnyad konkurrensutsättning ska ske.

Elektronisk auktion kan genomföras även vid upphandling enligt 15 kap. Detta framgår av *punkterna 5 och 6*. Förenklat förfarande och urvalsförfarande motsvarar för det icke-direktivstyrda området i princip öppet förfarande respektive selektivt förfarande inom det direktivstyrda området.

Av första ledet i bestämmelsen framgår att det krävs att förfrågningsunderlaget kan fastställas med tillräcklig exakthet. Detta innebär att elektronisk auktion inte är avsedd att användas vid mer komplicerade upphandlingar. Vid användning av öppet och selektivt förfarande samt förenklat förfarande och urvalsförfarande ska förfrågningsunderlaget vara tillräckligt preciserat innan de ursprungliga anbudena lämnas eftersom dessa förfaranden ger mycket begränsat utrymme för ändringar. Vid förhandlat förfarande torde krävas att förfrågningsunderlaget är fastställt med tillräcklig exakthet först då den elektroniska auktionen ska inledas.

## **2 §** *Den elektroniska auktionen ska grundas på*

*1. priser, när kontraktet ska tilldelas den leverantör som erbjudit det lägsta priset, eller*

*2. priser eller nya värden på de komponenter i anbudet som angetts i förfrågningsunderlaget, när kontraktet ska tilldelas den leverantör som har lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.*

Paragrafen är ny och genomför artikel 54.2 tredje stycket i det klassiska direktivet. Bestämmelsen behandlas i avsnitt 13.3.

Bestämmelsen föreskriver att den elektroniska auktionen ska grundas antingen på priser eller på priser eller nya värden, beroende på om kontraktet ska tilldelas på grund av lägsta pris eller det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

Av definitionen av begreppet elektronisk auktion i 2 kap. 6 a § framgår att de komponenter som ska ingå i auktionen måste kunna åsättas sådana värden som kan bli föremål för en automatisk bedömning utan subjektiva inslag.

## **3 §** *Om elektronisk auktion kommer att användas, ska den upphandlande myndigheten ange det i annonsen om upphandling.*

Paragrafen är ny och genomför artikel 54.3 första stycket i det klassiska direktivet. Bestämmelsen behandlas i avsnitt 13.3.

I paragrafen föreskrivs att en upphandlande myndighet som avser använda sig av en elektronisk auktion under en upphandling ska ange det

i annonsen. Av bestämmelsen följer alltså att en elektronisk auktion inte får hållas om det inte har angetts i annonsen om upphandling.

### **Förfrågningsunderlag**

**4 §** *Av förfrågningsunderlaget ska det framgå*

*1. de komponenter i anbudet vars värden kommer att vara föremål för den elektroniska auktionen,*

*2. de eventuella gränserna för de värden som kan presenteras, baserade på en bedömning av specifikationerna för föremålet för upphandlingen,*

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

*4. relevanta uppgifter om genomförandet av den elektroniska auktionen,*

*5. på vilka villkor anbudsgivarna kan lämna anbud, däribland de minsta skillnader mellan anbudet som kan ha bestämts, och*

*6. relevanta uppgifter om den elektroniska utrustning som används och om anslutningen till denna utrustning.*

*De komponenter som avses i första stycket 1 ska kunna kvantifieras och uttryckas i siffror eller procenttal.*

Rubriken som föregår paragrafen är ny. Även paragrafen är ny och genomför artikel 54.3 andra stycket i det klassiska direktivet. Bestämmelsen behandlas i avsnitt 13.3.

I paragrafen regleras vad som ska framgå av förfrågningsunderlaget när en upphandlande myndighet avser genomföra en elektronisk auktion.

### **Första utvärdering av anbud**

**5 §** *Innan en upphandlande myndighet inleder en elektronisk auktion, ska myndigheten genomföra en första fullständig utvärdering av anbudet i enlighet med tilldelningskriterierna och den fastställda viktningen för dessa.*

Rubriken som föregår paragrafen är ny. Paragrafen är ny och genomför artikel 54.4 första stycket i det klassiska direktivet. Bestämmelsen behandlas i avsnitt 13.4.

I paragrafen föreskrivs att den upphandlande myndigheten, innan den inleder en elektronisk auktion, ska genomföra en första fullständig utvärdering av anbudet.

Det första anbud som lämnas måste vara fullständigt i den meningen att det innehåller alla de komponenter som ska bli föremål för utvärdering vid kontraktstilldelningen. Även de komponenter som kan omfattas av den elektroniska auktionen ska vara angivna. Vid användning av förhandlat förfarande måste anbudet vara fullständigt i vart fall innan auktionen inleds.



### ***Inbjudan att lämna nya priser eller värden m.m.***

**6 §** *Alla anbudsgivare som har lämnat giltiga anbud ska bjudas in med elektroniska medel att lämna nya priser eller värden.*

*Inbjudan ska innehålla alla relevanta upplysningar för individuell anslutning till den elektroniska utrustning som används och uppgift om vid vilken tidpunkt den elektroniska auktionen kommer att inledas.*

Rubriken är ny. Paragrafen är ny och genomför, tillsammans med 9 och 10 §§, artikel 54.4 andra stycket i det klassiska direktivet. Den behandlas i avsnitt 13.4.

Paragrafen reglerar vilka anbudsgivare som ska bjudas in att lämna nya priser eller värden, hur detta ska gå till och vilken information inbjudan ska innehålla.

**7 §** *Vid tilldelning av kontrakt på grundval av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ska inbjudan åtföljas av resultatet av en fullständig bedömning av den berörda anbudsgivarens anbud som gjorts i enlighet med viktningen av tilldelningskriterierna.*

Paragrafen är ny och genomför artikel 54.5 första stycket i det klassiska direktivet. Den behandlas i avsnitt 13.4.

I paragrafen anges att inbjudan att lämna nya priser eller värden ska åtföljas av resultatet av den bedömning som gjorts av anbudsgivarens anbud.

För att resultatet av utvärderingen ska kunna tjäna som underlag för den elektroniska auktionen synes det inte vara tillräckligt att anbudsgivaren får kännedom om den sammanlagda bedömning som gjorts av hans anbud. I stället måste information lämnas om det separata resultatet beträffande varje komponent som ska ingå i auktionsförfarandet.

**8 §** *I inbjudan ska anges den matematiska formel som används för att vid den elektroniska auktionen automatiskt bestämma rangordningen med hänsyn till de nya priser och nya värden som lämnas under auktionen.*

*Den matematiska formeln ska innefatta den i annonsen eller i förfrågningsunderlaget angivna viktningen av alla de kriterier som fastställts för att bestämma vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga. Om kriterieviktningen angetts som intervall ska dessa i förväg reduceras till ett bestämt värde.*

*Om alternativa anbud är tillåtna ska separata formler ges för varje anbud.*

Paragrafen är ny och genomför artikel 54.5 andra och tredje styckena i det klassiska direktivet. Den behandlas i avsnitt 13.4.

Paragrafen reglerar den matematiska formel som ska användas för att möjliggöra den automatiska utvärderingen av nya priser eller värden under den elektroniska auktionen.

*Andra stycket* andra meningen syftar på den möjlighet som finns att ange betydelsen av olika kriterier som intervall med en lämplig största tillåtna spridning (se 12 kap. 2 § LOU och artikel 53.2 andra stycket i det klassiska direktivet). I den svenska språkversionen av direktivet anges att eventuellt förekommande intervall i förväg ska reduceras *med* ett bestämt

värde. I den engelska språkversionen anges i stället att ”any ranges shall, however, be reduced beforehand to a specified value”. De danska, franska och tyska språkversionerna ger ingen entydig vägledning i frågan. I paragrafen har därför angetts att förekommande intervall ska reduceras *till* ett bestämt värde.

**9 §** *Den elektroniska auktionen får inte inledas tidigare än två arbetsdagar efter den dag då inbjudan har skickats ut.*

Paragrafen är ny och genomför, tillsammans med 6 och 10 §§, artikel 54.4 andra stycket i det klassiska direktivet. Den behandlas i avsnitt 13.4.

I paragrafen föreskrivs att den elektroniska auktionen inte får påbörjas tidigare än två arbetsdagar efter den dag då inbjudan har skickats ut. Bestämmelser om inbjudan finns i 6–8 §§.

**10 §** *Den elektroniska auktionen får genomföras i flera på varandra följande etapper.*

Paragrafen är ny och genomför, tillsammans med 6 och 9 §§, artikel 54.4 andra stycket i det klassiska direktivet. Den behandlas i avsnitt 13.4.

En elektronisk auktion får genomföras i flera etapper. I 11 § regleras vilka upplysningar som ska eller får lämnas ut under en etapp i en elektronisk auktion.

#### ***Upplysningar till anbudsgivarna***

**11 §** *Under varje etapp i en elektronisk auktion ska den upphandlande myndigheten omedelbart meddela varje anbudsgivare tillräckliga upplysningar för att de ska ha kännedom om sin plats i rangordningen.*

*Den upphandlande myndigheten får också lämna andra upplysningar om priser eller värden, under förutsättning att detta har angetts i förfrågningsunderlaget.*

*Den upphandlande myndigheten får lämna upplysningar om antalet deltagare i den elektroniska auktionen.*

Rubriken är ny. Paragrafen är också ny och genomför artikel 54.6 i det klassiska direktivet. Den behandlas i avsnitt 13.4.

Paragrafen föreskriver vilka upplysningar en upphandlande myndighet ska eller får lämna till anbudsgivarna under varje etapp i en elektronisk auktion.

Sista meningen i artikel 54.6 i det klassiska direktivet föreskriver att den upphandlande myndigheten under inga omständigheter får röja anbudsgivarnas identitet under genomförandet av de olika etapperna i den elektroniska auktionen. Detta bedöms följa av bestämmelsen om anbudsssekretess i 19 kap. 3 § andra stycket offentlighets- och sekretesslagen och någon särskild bestämmelse behöver därför inte tas in i LOU.

För att möjliggöra utlämnande till anbudsgivare av uppgifter under en elektronisk auktion föreslås en ändring av 19 kap. 3 § andra stycket offentlighets- och sekretesslagen, se författningskommentaren till den paragrafen.

## **Avslutande av en elektronisk auktion**

### **12 §** *En elektronisk auktion ska avslutas av den upphandlande myndigheten*

1. vid den tidpunkt då auktionen enligt inbjudan att delta i auktionen ska stängas,

2. när det inte längre lämnas några nya priser eller nya värden som motsvarar angivna krav på minsta skillnader, eller

3. då det antal auktionsetapper som fastställts i inbjudan att delta i auktionen har genomförts.

I det fall som avses i första stycket 2 ska den upphandlande myndigheten i inbjudan att delta i auktionen ange hur långt efter det att den har tagit emot det sista budet som den kommer att stänga auktionen.

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

Rubriken som föregår paragrafen är ny. Paragrafen är ny och genomför artikel 54.7 i det klassiska direktivet. Den behandlas i avsnitt 13.4.

I paragrafen anges hur den upphandlande myndigheten ska avsluta en elektronisk auktion.

Enligt artikel 54.7 i det klassiska direktivet ska auktionen avslutas ”på ett eller flera av följande sätt”. Som bestämmelsen i paragrafen har utformats uppnås att en viss auktion kan avslutas på flera alternativa sätt, förutsatt att detta anges i förväg. Någon särskilt bestämmelse motsvarande den i direktivet behövs därför inte.

### **13 §** *När den elektroniska auktionen har stängts, ska den upphandlande myndigheten tilldela kontraktet på grundval av resultaten av den elektroniska auktionen.*

Paragrafen är ny och genomför artikel 54.8 första stycket i det klassiska direktivet. Den behandlas i avsnitt 13.4.

Den upphandlande myndigheten ska tilldela kontraktet på grundval av resultatet av den elektroniska auktionen. Inga andra omständigheter än resultaten av auktionen får inverka på tilldelningen av kontraktet. Resultaten ska komma fram automatiskt och utan något inslag av subjektiv bedömning från den upphandlande myndighetens sida.

## **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 kommissionen (förhandsinsyn).*

Rubriken är ny. Bestämmelsen är ny och genomför tillsammans med den föreslagna bestämmelsen i 16 kap. 8§ artikel 2d.4 i ändringsdirektivet. Förslaget behandlas i avsnitt 7.2.4.

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 iakttä en avtalsspärr innan avtalet sluts, se 16 kap. 17 § 2.

Genom förfarandet med förhandsinsyn ges leverantörer möjlighet att ansöka om överprövning av en upphandling innan avtal har slutits. En ansökan om överprövning ska ske inom den tid som gäller för den förhandsinsyn särskilt föreskrivna avtalsspärren, se kommentarerna till 16 kap. 8 och 11 §§.

Vid förhandsinsyn enligt den aktuella bestämmelsen ska annonsering ske i EUT. Blanketter och format för annonsering regleras i kommissionens förordning (EG) nr 1150/2009 av den 10 november 2009 om ändring av förordning (EG) nr 1564/2005 i fråga om standardformulär för offentliggörande av meddelanden inom ramen för anbuds förfaranden i enlighet med rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG<sup>36</sup>.

## 8 kap.

### Tidsfrister vid selektivt förfarande, konkurrenspräglad dialog och förhandlat förfarande med föregående annonsering

3 § Vid selektivt upphandlingsförfarande, *vid konkurrenspräglad dialog* och vid förhandlat upphandlingsförfarande med föregående annonsering ska tidsfristen för mottagande av anbudsansökningar vara minst 37 dagar från den dag då meddelandet om upphandling skickades.

Vid selektivt upphandlingsförfarande ska tidsfristen för mottagande av anbud vara minst 40 dagar från den dag då inbjudan skickades.

Rubriken som föregår paragrafen är ändrad så att det framgår att även konkurrenspräglad dialog omfattas.

Paragrafen motsvarar artikel 38.3 i det klassiska direktivet.

Paragrafens *första stycke* är ändrat till följd av att möjligheten att använda en konkurrenspräglad dialog införs.

5 § Om en annons utarbetas och skickas med elektroniska medel i enlighet med vad som gäller vid användandet av sådan teknik, får tidsfrifterna enligt 2 eller 3 § för mottagande av anbud vid öppet förfarande och tidsfristen enligt 4 § för mottagande av anbudsansökningar vid selektivt förfarande, *vid konkurrenspräglad dialog eller vid förhandlat förfarande med föregående annonsering* förkortas med sju dagar.

Paragrafen är ändrad till följd av att möjligheten att använda en konkurrenspräglad dialog införs.

<sup>36</sup> EUT L 313, 28.11.2009, s. 3, Celex 32009R1150

## **Skriftlig inbjudan att komma in med anbud, att förhandla eller föra dialog vid selektivt respektive förhandlat förfarande eller konkurrenspräglad dialog**

**10 §** Vid selektivt förfarande, *vid konkurrenspräglad dialog* och *vid förhandlat förfarande* med föregående annonsering *ska* en upphandlande myndighet vid ett och samma tillfälle skicka en skriftlig inbjudan till samtliga utvalda anbudssökande att komma in med anbud, *att delta i dialogen* eller att förhandla.

Inbjudan *ska* innehålla förfrågningsunderlaget *eller, i förekommande fall, det beskrivande dokumentet*. Om förfrågningsunderlaget *eller det beskrivande dokumentet* är direkt tillgängligt med elektroniska medel, är det dock tillräckligt att inbjudan innehåller en uppgift om var underlaget hålls tillgängligt.

En inbjudan *ska* dessutom innehålla minst uppgift om

1. tidsfristen för att begära kompletterande handlingar, om det är aktuellt, samt belopp och betalningssätt, om det *ska* betalas en avgift för handlingarna,

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

3. en hänvisning till annonsen om upphandlingen,

4. vilka handlingar som *ska* bifogas,

5. den inbördes viktningen av kriterierna för tilldelning av kontrakt eller kriteriernas prioritetsordning, om dessa upplysningar inte framgår av annonsen om upphandling, *det beskrivande dokumentet* eller av förfrågningsunderlaget, och

6. övriga uppgifter av betydelse för upphandlingen.

Rubriken som föregår paragrafen är ändrad så att det framgår att konkurrenspräglad dialog omfattas.

*Första stycket* medger möjlighet att lämna en skriftlig inbjudan till möjliga anbudssökande att delta i en konkurrenspräglad dialog.

Av *andra stycket* framgår vilken dokumentation som ska bifogas en inbjudan. Om ett beskrivande dokument tagits fram för den konkurrenspräglade dialogen, ska detta bifogas med inbjudan. Det är också möjligt att inbjudan innehåller en uppgift om var det beskrivande dokumentet hålls direkt tillgängligt med elektroniska medel.

Ändringen i  *tredje stycket andra punkten* motsvarar i sak artikel 40.5 första stycket c i det klassiska direktivet och är en följd av att möjligheten att använda en konkurrenspräglad dialog införs.

I konkurrenspräglad dialog finns ingen förutbestämd sista dag för anbud. För konkurrenspräglad dialog ska i stället anges uppgift om när dialogens inleds samt vilket eller vilka språk som den upphandlande myndigheten för dialogen på.

Av *femte punkten* i tredje stycket framgår att den inbördes viktningen av kriterierna för tilldelning av kontrakt eller dess prioritetsordning inte behöver anges särskilt i en inbjudan till en konkurrenspräglad dialog om detta framgår av annonsen eller det beskrivande dokumentet.

## **Om någon annan än den upphandlande myndigheten ska lämna ut förfrågningsunderlaget eller det beskrivande dokumentet**

**11 §** Om någon annan enhet än den ansvariga upphandlande myndigheten på begäran *ska* lämna ut förfrågningsunderlaget, *det beskrivande dokumentet* eller de kompletterande handlingarna, *ska* adressen till denna enhet anges i inbjudan. Om

en tidsfrist gäller för en sådan begäran och om en avgift *ska* betalas för handlingarna *ska* upplysning om fristen och avgiften samt betalningsvillkor anges i inbjudan.

De begärda handlingarna *ska* skickas till leverantörerna så snart som möjligt efter det att begäran har tagits emot.

Rubriken som föregår paragrafen är ändrad med anledning av att förfarandet konkurrenspräglad dialog införs.

Paragrafen är ändrad till följd av att möjligheten att använda en konkurrenspräglad dialog införs.

### **Tillhandahållande av kompletterande handlingar och upplysningar vid selektivt och förhandlat förfarande samt konkurrenspräglad dialog**

**12 §** Den upphandlande myndigheten eller den som avses i 16 § andra stycket *ska* lämna ut kompletterande upplysningar om förfrågningsunderlaget, *det beskrivande dokumentet* eller kompletterande handlingar senast sex dagar före den fastställda tidsfristen för mottagande av anbud, förutsatt att sådana upplysningar begärts i god tid.

Vid selektivt förfarande och vid påskyndat förhandlat förfarande enligt 10 kap. 8 § *ska* denna tidsfrist vara fyra dagar.

Rubriken som föregår paragrafen är ändrad så att det framgår att konkurrenspräglad dialog omfattas.

Paragrafen är ändrad till följd av att möjligheten att använda en konkurrenspräglad dialog införs.

## **9 kap.**

**1 §** 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 något annat sätt*.

Myndigheten får tillåta att en anbudsansökan görs per telefon.

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

Paragrafen är ändrad till följd av att det numera är klarlagt att ett krav på skriftlighet kan uppfyllas elektroniskt (se Regeringsrättens avgörande den 11 juni 2009 i mål nr 1571-09).

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 16.4.2.

**9 §** En upphandlande myndighet *ska* snarast möjligt skriftligen underrätta anbudssökandena och anbudsgivarna om de beslut som *har* fattats om att sluta ett ramavtal eller att tilldela ett kontrakt och om skälen för besluten. *I underrättelsen*

ska myndigheten ange den period som avtal enligt 16 kap. 6 § inte får ingås inom (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.

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 6.2.

Paragrafens *första stycke* kompletteras med att i tilldelningsbeslutet ska avtalsspärrens längd anges.

Såsom framgår av kommentaren till 16 kap. 6 § utlöser underrättelseskyligheten avseende tilldelningsbeslut, enligt denna paragraf, avtalsspärr. 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. Andra stycket justeras med anledning av att det inte ska gälla någon avtalsspärr efter en sådan underrättelse. Någon förändring i sak är inte avsedd genom ändringen. Det 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. 12 §, vilket behandlas närmare i avsnitt 8.7.2). Om underrättelsen inte uppfyller de angivna kraven börjar tidsfristen inte att löpa.

## 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 *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, *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.

Paragrafens *första stycke punkt 6* har ändrats så att den står i överensstämmelse med motsvarande bestämmelse i direktivet. Förslaget behandlas i avsnitt 16.2.3.

Paragrafens andra stycke, sjätte punkten, har ändrats så tillvida att en leverantör får uteslutas från att delta i en upphandling om inte relevanta bevis ges in inom den tidsfrist som den upphandlande myndigheten angett. Paragrafens *tredje stycke* har ändrats så tillvida 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.

### **Kontroll av uppgifter om skatter och socialförsäkringsavgifter**

**4 §** *Vid kontroll av om en leverantör har fullgjort sina åligganden avseende socialförsäkringsavgifter eller skatt i Sverige enligt 2 § första stycket 5 ska den upphandlande myndigheten hämta in uppgifter som styrker detta från behörig myndighet.*

Rubriken är ny. 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 och Kronofogdemyndigheten, 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.

Förslaget behandlas ytterligare i avsnitt 16.2.2.

## **11 kap.**

**3 §** *Vid selektivt förfarande, förhandlat förfarande med föregående annonsering och vid konkurrenspräglad dialog får den upphandlande myndigheten begränsa antalet anbudssökande som den kommer att bjuda in att lämna anbud eller att förhandla.*

Den upphandlande myndigheten ska i annonsen ange

1. vilka kriterier eller regler som den kommer att tillämpa vid valet av anbudssökande, och
2. det lägsta antal anbudssökande som kommer att *bjudas in* och, om ett högsta antal kommer att *bjudas in*, detta antal.

*Första stycket* motsvarar artikel 44.3 första stycket i det klassiska direktivet. Ändringen är en följd av att möjligheten att använda en konkurrenspräglad dialog införs. I andra stycket, andra punkten har en redaktionell ändring gjorts.

**4 §** *Antalet anbudssökande som bjuds in att delta vid ett selektivt förfarande, vid ett förhandlat förfarande med föregående annonsering eller vid en konkurrenspräglad dialog ska vara tillräckligt stort för att en effektiv konkurrens ska kunna*



uppnås. Antalet anbudssökande som bjuds in att delta vid ett selektivt förfarande får inte vara mindre än fem och vid förhandlat förfarande med föregående annonsering *eller vid en konkurrenspräglad dialog* inte mindre än tre.

Paragrafen är ändrad och motsvarar artikel 44.3 andra stycket i det klassiska direktivet. Ändringen är en följd av att möjligheten att använda en konkurrenspräglad dialog införs.

### **Begränsad kontroll**

**17 §** *En upphandlande myndighet får begränsa kontrollen av sådana handlingar som avses i 10 kap. samt 11 kap. 2 och 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 när det gäller den eller de anbudsgivare som myndigheten avser att tilldela kontraktet eller ramavtalet. 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 när det gäller de anbudssökande som myndigheten avser att bjuda in att lämna anbud respektive att förhandla.*

Rubriken är ny. Paragrafen är ny och möjliggör för de upphandlande myndigheterna och för 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. 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.

Paragrafen behandlas närmare i avsnitt 16.2.3.

### **12 kap.**

**2 §** Den upphandlande myndigheten *ska* ange hur sådana kriterier som avses i 1 § andra stycket kommer att viktas inbördes vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga. Kriterieviktningen får anges som intervall med en lämplig största tillåtna spridning. Om det enligt den upphandlande myndigheten inte är möjligt att ange viktningen av de olika kriterierna, *ska* dessa anges i fallande prioritetsordning.

Viktningen av kriterierna eller kriteriernas prioritetsordning *ska* anges i

1. annonsen om upphandlingen,
2. förfrågningsunderlaget,
3. en inbjudan att lämna anbud eller att delta i förhandlingar, *eller i*
4. *det beskrivande dokumentet.*

Fjärde punkten i paragrafens *andra stycke* är ny. Av andra stycket framgår att viktningen av kriterierna eller kriteriernas prioritetsordning vid en konkurrenspräglad dialog *ska* anges i annonsen eller i det beskrivande dokumentet. I avsnitt 12.2 berörs frågor om annonsering och beskrivande dokument när det gäller konkurrenspräglad dialog.

## 15 kap.

**2 §** Vid offentlig upphandling enligt detta kapitel tillämpas även 1 kap., 2 kap., 4 kap. 22 §, 6 kap. 13 §, 8 kap. 11 §, 11 kap. 6 §, 13 kap., 16 kap. och 17 kap. Vidare tillämpas bestämmelserna om konkurrenspräglad dialog i 4 kap. 1 § tredje stycket, 4, 6 och 10–21 §§, 8 kap. 3 § första stycket, 5 och 10 §§ samt 11 kap. 3 och 4 §§. Bestämmelserna i 5 kap. är tillämpliga utom såvitt avser 5 kap. 5 § beträffande kravet på minst tre leverantörer för sådana ramavtal som omfattas av 5 kap. 6 §.

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

Paragrafen reglerar vilka bestämmelser som är tillämpliga enligt detta kapitel vid all offentlig upphandling och motsvarar delvis nuvarande 2 § första stycket.

Paragrafen kommenteras närmare i avsnitt 16.3. Hänvisningen till bestämmelserna om ramavtal kommenteras i avsnitt 16.3.8. 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.

Bestämmelserna om konkurrenspräglad dialog över tröskelvärdena kommer att vara tillämpliga även vid upphandling som inte omfattas av direktivet. I paragrafens första stycke finns därför en hänvisning till de bestämmelser som ska tillämpas även vid upphandling genom konkurrenspräglad dialog som inte omfattas av direktivet. När upphandling genom konkurrenspräglad dialog får användas enligt detta kapitel framgår av 3 §.

Den nu gällande paragrafens tredje stycke har utgått som en regelförenklingsåtgärd, eftersom den utgör en ren upplysning.

**3 §** 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. Vidare får direktupphandling 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 finns synnerliga skäl.

Konkurrenspräglad dialog får, i enlighet med 2 §, användas om inte förenklat förfarande eller urvalsförfarande medger tilldelning av kontrakt.

Paragrafen motsvaras delvis av nuvarande 3 §.

Andra stycket, första meningen är ny och fastställer den direktupphandlingsgräns som föreslås gälla vid upphandling av varor, tjänster och byggentreprenader. Förslaget behandlas närmare i avsnitt 16.3.2. I andra meningen anges att direktupphandling får användas i tillämplig omfattning om förutsättningarna för förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt 4 kap. 5–9 §§ är uppfyllda. Med i tillämplig omfattning avses att öppet eller selektivt förfarande i 4 kap. 5 § första stycket, första punkten och 6 § omfattar förenklat förfarande eller urvalsförfarande i enlighet med 15 kap. De upphandlingsförfaranden som är tillämpliga i 15 kap. är förenklat förfarande och urvalsförfarande. Förslaget behandlas i avsnitt 16.3.4.

Därutöver 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 § andra stycket ÅLOU 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.”

Paragrafens *tredje stycke* är nytt och öppnar möjligheten att använda konkurrenspräglad dialog vid upphandling under tröskelvärdena och av B-tjänster. I detta stycke anges när konkurrenspräglad dialog får användas som upphandlingsform. I vilka fall en upphandlande myndighet får använda konkurrenspräglad dialog avgörs även med ledning av 4 kap. 11 §. Vad som sägs i 4 kap. 11 § om ”särskilt komplicerade kontrakt” visar att utrymmet för myndighetens subjektiva bedömningar är begränsat. För att ett kontrakt ska anses särskilt komplicerat krävs att den upphandlande myndigheten, objektivt sett, antingen inte kan definiera de tekniska medel som kan tillgodose dess behov eller mål eller specificera den rättsliga eller finansiella utformningen av ett projekt i ett förenklat förfarande eller ett urvalsförfarande. Se även i kommentaren till 4 kap. 11 §.

## **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 syfte att kringgå bestämmelserna i denna lag.*

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

*Vid beräkningen ska den upphandlande myndigheten beakta direktupphandlingar av samma slag gjorda av myndigheten senare än ett år tillbaka.*

Rubriken som föregår paragrafen är ny. Paragrafen är ny. Den motsvaras av bestämmelserna i 3 kap. 3 § första meningen, 3 kap. 5 § och 3 kap. 10 § rörande beräkning av ett kontrakts värde att jämföras med tillämpligt tröskelvärde.

Värdet ska, enligt *första stycket*, uppskattas till det totala beloppet som kan komma att betalas enligt avtalet. Uppdelningar av upphandlingar som görs i avsikt att underskrida tillämpliga tröskelvärden eller beloppsgränser förbjuds. 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.

Enligt paragrafens *andra stycke* ska options- och förlängningsklausuler beaktas som om de utnyttjats.

Enligt paragrafens *tredje stycke* ska den upphandlande myndigheten vid beräkningen beakta direktupphandlingar av samma slag gjorda av myndigheten senare än ett år tillbaka. Det är den upphandlande myndigheten som uppskattar kontraktsvärdet.

Vid behov av vägledning för tolkningen av bestämmelsen får stöd sökas i motiven för och praxis avseende motsvarande bestämmelser över tröskelvärdena.

## **Annonsering**

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

Rubriken är ändrat så att den inte endast omfattar annonsering vid förenklat förfarande. Paragrafen motsvarar nu gällande 4 § samt 6 § första och tredje styckena. Regleringen i nuvarande 6 § andra stycket av innehåll i en annons i andra stycket har tagits in i 5 §.

## **Innehåll i annons m.m.**

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

*Vid förenklat förfarande ska det dessutom framgå*

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

*Vid urvals förfarande ska annonsen med ansökningsinbjudan innehålla uppgift om*

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

Rubriken är ny. Paragrafen är 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.

Paragrafens *andra och tredje stycken* motsvarar nu gällande 6 § andra stycket och 10 §.

#### ***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 elektronisk databas som är allmänt tillgänglig.*

*Regeringen meddelar föreskrifter om förhandsinsyn.*

Rubriken som föregår paragrafen är ny. Paragrafen är ny och kommenteras närmare i avsnitt 7.2.5. Möjligheten för en upphandlande myndighet som vill direktupphandla ett kontrakt att genom förhandsinsyn försäkra sig om att det avtal som ingås inte kan komma att ogiltigförklaras har en motsvarighet inom det direktivstyrda området i 7 kap. 4 §, se kommentaren till den paragrafen. Annonseringsbestämmelserna skiljer sig dock åt då publicering av en annons om förhandsinsyn vid direktupphandling ska ske i en elektronisk databas som är allmänt tillgänglig.

#### ***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.

Rubriken som föregår paragrafen är ny och har, som en följd av den föreslagna ändringen av paragrafen, ändrats så att den överensstämmer med motsvarande rubrik i 6 kap. Paragrafens *första stycke* motsvarar nuvarande första stycket. Den nu gällande paragrafens andra och tredje stycken har utgått, vilket behandlas i avsnitt 16.3.11.

**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*.

Bestämmelsen är oförändrad bortsett från att det nu hänvisas till 4 § *andra stycket*.

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

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.

Bestämmelsen ska tolkas på samma sätt som motsvarande bestämmelse över tröskelvärdena. Förslaget behandlas ytterligare i avsnitt 16.3.6.

### ***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 när det gäller den eller de anbudsgivare som myndigheten avser att bjuda in till förhandling eller, om ingen förhandling sker, den anbudsgivare som myndigheten avser tilldela kontraktet eller ramavtalet. 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 när det gäller de anbudssökande som myndigheten avser att bjuda in att lämna anbud respektive att förhandla.*

Rubriken som föregår paragrafen är ny. Paragrafen är också 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.

Bestämmelserna ska tolkas på samma sätt som motsvarande bestämmelser över tröskelvärdena. Förslaget behandlas närmare i avsnitt 16.3.7.

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

Paragrafen motsvarar nuvarande första stycket. Andra stycket har utgått, eftersom den får anses överflödigt. Den föreslagna bestämmelsen behandlas i avsnitt 16.3.11.

### ***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.*

Rubriken är ny. Paragrafen är ny men motsvaras delvis av 11 kap. 5 § som gäller vid upphandling över tröskelvärdena. Den behandlas i avsnitt 16.3.5. Paragrafen ska i allt väsentligt tolkas på samma sätt som sin motsvarighet över tröskelvärdena.

**17 §** *En upphandlande myndighet 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.*

I paragrafen har endast en redaktionell ändring gjorts. ”Den upphandlande myndigheten” har ändrats till ”En upphandlande myndighet”.

**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.*

Paragrafen motsvarar nuvarande 18 § med den skillnaden att den i andra meningen hänvisar till direktupphandling enligt 3 § andra stycket, första meningen. Paragrafen 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.

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

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

Paragrafen är oförändrad bortsett från ett par mindre redaktionella ändringar.

**21 §** 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 kommissionen* om det.

Sista meningen i den nu gällande paragrafen rörande godkännande av publicering har utgått. Bestämmelsen kommenteras i avsnitt 16.3.11. Vidare har ”Europeiska gemenskapernas kommission” ändrats till ”Europeiska kommissionen”.

#### **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.

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

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

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

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

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

Rubriken är ändrad så att det framgår att den gäller undantag vid upphandling. Paragrafen reglerar undantag vid försvarsupphandlingar och upphandlingar som gäller rikets säkerhet.

Nuvarande andra stycket, som gäller regeringens rätt att överlåta till en upphandlande myndighet att själv besluta om undantag, upphävs. Bestämmelserna 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.

Vidare ändras, i *andra stycket punkten 2*, begreppet materiel till byggtreprenader och varor. Detta för att överensstämja med begreppen i övrigt i lagen. Slutligen bemyndigas Försvarsmakten, i *tredje stycket*, att besluta om sådana undantag som avses i första stycket om upphandlingens värde understiger 5 miljoner kronor. Förslagen behandlas närmare i avsnitt 16.3.9.

**23 §** Bestämmelserna i 14 kap. 1 § första stycket, 4 och 6–9 §§ gäller även för projektävlingar som understiger tröskelvärdet i 14 kap. 2 §, om *tävlingens värde uppgår till högst det i 3 § andra stycket angivna värdet*.

Vid anordnande av projektävlingar ska 3 § tillämpas. En projektävling ska annonseras enligt 4 eller 6 §.

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



*Paragrafens första stycke* är ändrat så att det hänvisar till den direktupphandlingsgräns som anges i 3 § andra stycket.

#### **16 kap. Överprövning, skadestånd m.m.**

Det nuvarande 16 kap. om överprövning, skadestånd m.m. i LOU upphävs och ersätts med ett nytt kapitel med följande bestämmelser.

Genom de föreslagna bestämmelserna 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.

#### **Ansökan om överprövning**

**1 §** *En leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada får i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärd enligt 5 eller 15 §.*

Rubriken är ny. 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 upphandling som ett avtal som slutits mellan en upphandlande myndighet och en eller flera leverantör.

#### **Behörig domstol**

**2 §** *En ansökan om överprövning ska göras hos den förvaltningsrätt i vars domkrets den upphandlande myndigheten har sin hemvist.*

*Prövningstillstånd krävs vid överklagande till kammarrätten.*

Rubriken som föregår paragrafen motsvarar rubriken närmast före nuvarande 16 kap. 3 §. Paragrafen motsvarar nuvarande 16 kap. 3 §.

#### **Förbud mot överklagande**

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

Rubriken som föregår paragrafen motsvarar rubriken närmast före nuvarande 16 kap. 4 §. Paragrafen motsvarar nuvarande 16 kap. 4 §.

## **Interimistiskt beslut**

**4 §** Rätten får besluta att avtal inte får ingås eller 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 §.

Rubriken är ny. Paragrafen motsvarar delvis nuvarande 16 kap. 2 § andra stycket och genomför artikel 2.1a och 2.5 i ändringsdirektivet. Förslaget behandlas närmare i avsnitt 8.2.

En motsvarighet till bestämmelsen i *första stycket första ledet* finns i nu gällande 16 kap. 2 § andra stycket första meningen LOU. Bestämmelser om avtalsspärr införs i syfte att möjliggöra överprövning av en upphandling innan avtal om upphandling ingås. Avtalsspärr gäller dock inte för alla upphandlingar och endast i första instans, se 16 kap. 6, 8 och 9 §§. Behov av att kunna fatta interimistiska beslut med motsvarande innebörd som en avtalsspärr, dvs. att avtal inte får ingås, kan därför finnas i förvaltningsrätt för de upphandlingar där någon avtalsspärr inte gäller och i överinstanserna. Detta följer av paragrafens tredje stycke. 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 ledet* innehåller en ny bestämmelse. Vid överprövning av ett avtals giltighet 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.

## **Överprövning av 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 besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Rubriken är ny. Paragrafen motsvarar nuvarande 16 kap. 2 § första stycket. Den genomför artikel 2.1b i ändringsdirektivet. Förslaget behandlas i avsnitt 8.1.

## **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, eller med ett elektroniskt medel i kombination med ett annat kommunikationsmedel, får avtal inte ingås förrän 15 dagar har gått.

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

Rubriken är ny. Paragrafen är ny och genomför artikel 2a.2 första stycket i ändringsdirektivet. Förslaget behandlas i avsnitt 6.1.

Paragrafen anger när avtalsspärr gäller. När avtalsspärren gäller får avtal inte ingås. Syftet är att ge anbudssökande och anbudsgivare råd om att överväga behovet av överprövning av upphandlingen. I förening med övriga bestämmelser om avtalsspärr är syftet också att möjliggöra en överprövning innan avtal sluts.

Paragrafen 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 (jfr avsnitt 16.4.2).

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 (EEG, Euratom) nr 1182/71 av den 3 juni 1971 om regler för bestämning av perioder datum och frister<sup>37</sup>). 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.

<sup>37</sup> EGT L 124, 8.6.1971 s. 1, Celex 31971R1182

Av 9 kap. 9 § första stycket och, genom en hänvisning, 15 kap. 19 § framgår att avtalsspärrens längd ska anges i underrättelsen om tilldelningsbeslutet.

Av 16 kap. 19 § 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.

### ***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.

Rubriken är ny. Paragrafen 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 6.3.

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 frivilligt välja att iaktta en avtalsspärr för att undgå risken att avtalet om upphandling förklaras ogiltigt, se kommentaren till 16 kap. 17 §.

*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.

### ***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.**

Rubriken är ny. Även paragrafen är ny och genomför tillsammans med 7 kap. 4 § artikel 2d.4 i ändringsdirektivet. Förslaget behandlas i avsnitt 7.2.4 och 7.2.5.

I paragrafen återges tidsfristen för den avtalsspärr som ska iakttas vid förhandsinsyn. Om förhandsinsyn enligt 7 kap. 4 § eller 15 kap. 5 a § är korrekt utförd och avtalsspärren enligt denna paragraf är iakttagen,

tillämpas inte bestämmelserna om ogiltighet av avtal på upphandlingen, se 16 kap. 17 § 2.

### ***Förlängd avtalsspärr***

**9 §** *Vid en ansökan om överprövning av en upphandling enligt 5 § fortsätter avtalsspärr enligt 6 eller 8 § att gälla under handläggningen i förvaltningsrätten (förlängd avtalsspärr).*

*Rätten får besluta att någon förlängd avtalsspärr inte ska gälla.*

Rubriken som föregår paragrafen är ny. Paragrafen är ny och genomför artikel 2.3 i ändringsdirektivet. Förslaget behandlas i avsnitt 6.4.

Enligt *första stycket* gäller en förlängd avtalsspärr gäller intill dess förvaltningsrätten har avgjort målet. Den förlängda avtalsspärren 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 behövt, 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 iaktas följer av 16 kap. 11 § att en ansökan om överprövning ska ha kommit in före utgången av avtalsspärren. Den förlängda avtalsspärren inträder automatiskt så snart en ansökan om överprövning i rätt tid kommit in till förvaltningsrätten. Det är viktigt att den upphandlande myndigheten så snart som möjligt får kännedom om att en förlängd avtalsspärr har inträtt.

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 *andra stycket* får rätten besluta att någon förlängd avtalsspärr inte ska gälla. Genom denna möjlighet 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 noggrant 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 på eget initiativ (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 avtalsspärr 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 avtalsspärr, inte ingå avtal förrän avtalsspärr 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 förvaltningsrätten, får avtal inte ingås förrän efter tio dagar från det förvaltningsrätten har avgjort målet.

### **Tiodagarsfrist**

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

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

När Regeringsrätten har fattat ett interimistiskt beslut enligt 4 § och beslutar att återförvisa till lägre instans, får avtal inte ingås förrän tio dagar har gått från beslutet om återförvisning.

Rätten får besluta att någon tiodagarsfrist inte ska gälla.

Rubriken som föregår paragrafen är ny. Paragrafen är ny. Förslaget behandlas närmare i avsnitt 6.5.

Paragrafen 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 förvaltningsrätten får avtal inte ingås förrän tio dagar har gått från det att förvaltningsrätten har avgjort målet. För det fall förvaltningsrätten bifaller en leverantörs ansökan om överprövning ersätts den förlängda avtalsspärr av avgörandet i sak. Avser överprövningen t.ex. tilldelningsbeslutet får avtal då inte ingås.

I andra stycket föreskrivs att om en förvaltningsrätt eller en kammarrätt interimistiskt har förordnat att avtal inte får ingås, får avtal inte ingås förrän tio dagar har gått från det att domstolen 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 förvaltningsrätt 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 förvaltningsrätten. Vid en återförvisning till förvaltningsrätten återinträder inte den förlängda avtalsspärr som kan ha gällt under förvaltningsrättens första prövning, utan förvaltningsrätten är hänvisad till att fatta ett interimistiskt beslut för

att avtal inte ska få ingås när tiodagarsfristen efter återförvisningsbeslutet löpt ut.

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. Tredje stycket är naturligtvis inte tillämpligt om Regeringsrätten i och för sig har fattat ett interimistiskt beslut, men detta har upphävts vid tidpunkten för återförvisningen.

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 avtal har slutits och att överklagandet därmed 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 *fyerde stycke*. Eftersom ett sådant förordnande kan förta leverantören rätten till överprövning (jfr 16 kap. 13 §) bör möjligheten användas i undantagsfall och med stor försiktighet. Situationen kan jämföras med de överväganden som görs när rätten avslår ett yrkande om interimistiskt beslut.

Domstolen kan inte upphäva en 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 §).

### ***Tidsfrister för ansökan om överprövning av upphandling***

**11 §** *En ansökan om överprövning av en upphandling ska ha kommit in till förvaltningsrätten före utgången av sådan avtalsspärr som följer av 6 eller 8 §.*

Rubriken som föregår paragrafen är ny. Paragrafen är ny och genomför artikel 2c i ändringsdirektivet. Förslaget behandlas i avsnitt 8.7.1.

Paragrafen innehåller tidsfrister för att ansöka om överprövning av en 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 en upphandling 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 en upphandling där avtalsspärr vid förhandsinsyn gäller enligt 8 § ska ha kommit in innan tio dagar gått från publiceringen av annonsen i EUT eller i en elektronisk databas som är allmänt tillgänglig (jfr 7 kap. 4 § respektive 15 kap. 5 a §).

Av 16 kap. 19 § 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.

**12 §** *En ansökan om överprövning av ett beslut att avbryta en upphandling ska ha kommit in till förvaltningsrätten innan tio dagar har gått från det att den upphandlande myndigheten 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, eller med ett elektroniskt medel i kombination med ett annat kommunikationsmedel, ska en ansökan om överprövning ha kommit in till förvaltningsrätten innan 15 dagar har gått från det att den upphandlande myndigheten har skickat underrättelsen.*

Paragrafen är ny. Förslaget behandlas i avsnitt 8.7.2.

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 §.

#### ***När prövning av en upphandling inte längre får ske***

**13 §** *En ansökan om överprövning av en upphandling ska inte prövas efter den tidpunkt då avtal har slutits mellan upphandlande myndighet och leverantör.*

Rubriken som föregår paragrafen är ny. Paragrafen motsvarar delvis nuvarande 16 kap. 1 § andra och tredje stycket och behandlas i avsnitt 8.9.



En ansökan om överprövning av en upphandling ska inte prövas efter den tidpunkt då ett avtal har slutits. Vid upphandlingar då någon avtalsspärr inte gäller ska en ansökan för att kunna tas upp till prövning ha kommit in före det att avtal har ingåtts. Målet ska avskrivas om avtal har ingåtts. Detta överensstämmer med vad som i dag gäller vid överprövning av direktupphandling.

### ***Justering av talan***

**14 §** *Om ett avtal ingås i strid med 4, 6, 8, 9 eller 10 §, ska rätten, på yrkande av leverantör, överpröva avtalets giltighet.*

Rubriken är ny. Paragrafen är ny och behandlas i avsnitt 8.9.

Paragrafen reglerar domstolens prövning i den situationen att ett avtal, efter att ett mål om överprövning av en upphandling har anhängiggjorts, 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 §, avtalsspärr enligt 16 kap. 6, 8 eller 9 § och förbud mot att ingå avtal efter förvaltningsrätts dom eller efter upphävande av ett interimistiskt beslut enligt 16 kap. 10 §.

Av 16 kap. 13 § framgår att en ansökan om överprövning inte ska prövas efter den tidpunkt då ett avtal har slutits. För att en leverantör, på grund av att en upphandlande myndighet har slutit ett avtal i strid mot ett förbud, inte ska behöva anhängiggöra ett mål om överprövning av avtalets giltighet föreskrivs i förevarande paragraf att rätten i stället, på yrkande av leverantör, ska överpröva avtalets giltighet. Om leverantören inte önskar att avtalets giltighet ska överprövas ska rätten avskriva målet.

Om en upphandlande myndighet i strid mot ett förbud ingår ett avtal ska en leverantör som har ansökt om överprövning av en upphandling således normalt inte vara tvungen att ge in en ansökan om överprövning av avtalets giltighet. 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.

En leverantör som får kännedom om att ett avtal har slutits i strid mot någon av de aktuella bestämmelserna kan naturligtvis på eget initiativ framställa ett yrkande om att överprövningen ska avse avtalets giltighet. En domstol som har fått kännedom om att ett avtal har slutits och därför överväger att avskriva målet torde i många fall upplysa leverantören om detta innan avskrivning sker. Därmed kan leverantören, om denne så önskar, justera sitt yrkande.

Om avtalet har ingåtts efter det att förvaltningsrätten 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.

### **Överprövning av avtals giltighet**

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

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

2. när avtal inte får ingås enligt 4, 6, 8, 9 eller 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 följa de villkor som framgår av den paragrafen eller av det ramavtal som ligger till grund för det nya anbuds-förfarandet och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

Rubriken som föregår paragrafen är ny. Paragrafen är ny och genomför artikel 2d.1 och 2 i ändringsdirektivet. Förslaget behandlas i avsnitt 7.1.

Paragrafen innehåller en uttömmande uppräknning av de fall av felaktig eller underlåten upphandling som kan föranleda att en domstol förklarar ett ingånget avtal ogiltigt.

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 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, 8 eller 9 §, tiodagarsfristen enligt 16 kap. 10 § eller att avtalet slutits i strid med ett interimistiskt beslut enligt 16 kap. 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 inte börjat 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 enligt denna punkt, ska leda till att tillsynsmyndigheten ansöker om att marknadsskadeavgift ska påföras i enlighet med vad som föreskrivs i kap. 17.

*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 iakttas 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. 17 § 1.

I 16 kap. 18 § regleras de tidsfrister som gäller för att ansöka om överprövning av ett avtals giltighet.

Om avtalet förklaras ogiltigt innebär det att det är civilrättsligt ogiltigt och inte kan göras gällande. Skyldigheten att fullgöra avtalet bortfaller alltså för båda parter. Har förpliktelseerna i avtalet helt eller delvis uppfyllts är huvudregeln att prestationerna ska återgå. Om en återgång av prestationerna inte är möjlig är utgångspunkten att det förmögenhetsläge som gällde innan det ogiltiga avtalet slöts ska återställas. Om exempelvis varor som levererats redan förbrukats eller tjänster redan utförts kan parterna få utge ersättning för den nytta de haft av varandras prestationer. En annan tänkbar situation är en byggnad som uppförts till hälften när avtalet förklaras ogiltigt. I en sådan situation får ersättning lämnas för de prestationer som redan har utförts, medan framtida prestationer inte får utföras.

Den upphandlande myndigheten kan också bli skadeståndsskyldig gentemot leverantören. Rätten till skadestånd till leverantör då ett avtal har förklarats ogiltigt regleras i 16 kap. 20 § och behandlas i avsnitt 11.2.

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. 16 § förklara att ett ingånget

avtal får bestå. Ett avtal ska inte heller ogiltigförklaras under de förutsättningar som anges i 16 kap. 17 §.

### *När ett avtal inte får ogiltigförklaras*

**16 §** Om det finns tvingande hänsyn till ett allmänintresse, ska rätten besluta att avtalet får bestå trots att förutsättningarna för ogiltighet enligt 15 § är uppfyllda.

Rubriken som föregår paragrafen är ny. Paragrafen är ny och genomför artikel 2d.3 i ändringsdirektivet. Förslaget behandlas i avsnitt 7.2.1.

På talan av en leverantör ska rätten besluta om ogiltighet enligt de förutsättningar som anges i 15 §. 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 unionsrätten. I artikel 36 i EUF-fördraget finns t.ex. en uppräknning 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 EU-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 vid myndigheternas tillhandahållande av allmän service till samhället. Det ankommer på domstolarna att göra en skälig 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 och 2 §.

**17 § Bestämmelsen om ogiltighet i 15 § 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 6 §, eller

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

Paragrafen är ny och genomför artikel 2d.4 och 5 i första rättsmedelsdirektivet i dess lydelse enligt ändringsdirektivet. Förslaget behandlas i avsnitt 7.2.3, 7.2.4 och 7.2.5.

Paragrafen 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. 15 § 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 ogiltigförklara avtalet. 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 upphandlingen. En sådan prövning sker enligt 16 kap. 5 § och kan föranleda ett förordnande att upphandlingen ska göras om eller får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

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 föranleder att avtal som slutits mellan upphandlande myndighet och leverantör inte kan förklaras ogiltigt.

Vill en leverantör angripa en upphandling som tillkännages genom förhandsinsyn får detta ske genom en ansökan överprövning av upphandlingen. Det ankommer på leverantören att bevaka den förhandsinsyn som annonseras för att kunna tillvarata rätten till överprövning av upphandlingen.

### **Tidsfrister för ansökan om överprövning av avtals giltighet**

**18 §** *En ansökan som avser överprövning enligt 15 § av ett avtals giltighet som har slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör ska ha kommit in till förvaltningsrätten*

*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.*

Rubriken som föregår paragrafen är ny. Paragrafen är också ny och genomför artikel 2f i ändringsdirektivet. Förslaget behandlas i avsnitt 8.7.3.

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 en upphandling och av ett beslut att avbryta en upphandling gäller de tidsfrister som framgår av 11 respektive 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 avtals giltighet ska ske enligt de förutsättningarna som anges i 16 kap. 15–17 §§.

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

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

Rubriken är ny. Paragrafen är ny och behandlas närmare i avsnitt 8.8.

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 en upphandling sammanfaller med de tidsfrister under vilka avtalsspär gälls. 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 en upphandling som ett avtals giltighet beräknas med iakttagande av söndagsregeln.

## ***Skadestånd***

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

Rubriken motsvarar den rubrik som föregår nuvarande 16 kap. 5 §. Paragrafen motsvarar nuvarande 16 kap. 5 §. Den genomför artikel 2.1c i ändringsdirektivet.

**21 §** *Anbudssökande eller anbudsgivare 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.*

Paragrafen, som reglerar rätten till skadestånd för det negativa kontraktsintresset, är ny och behandlas närmare i avsnitt 11.1.

**22 §** *Talan om skadestånd enligt 20 eller 21 § ska väckas vid allmän domstol inom ett år från den tidpunkt då avtal har slutits mellan upphandlande myndighet och leverantör eller har förklarats ogiltigt enligt 15 §. Väcks inte talan i tid, är rätten till skadestånd förlorad.*

Paragrafen motsvarar delvis nuvarande 16 kap. 6 §. Möjligheten enligt 16 kap. 15 § att ogiltigförklara ett avtal som har slutits mellan en

upphandlande myndighet och leverantör innebär att skadeståndstalan enligt LOU kan aktualiseras i nya situationer. Med anledning av detta införs en tidsfrist för att väcka talan om skadestånd på grund av att ett avtal förklarats ogiltigt. Tidsfristen är ett år från det att avtalet ogiltigförklarats. Ändringsförslaget behandlas i avsnitt 11.2.

### **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.

#### **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.*

Rubriken som föregår paragrafen är ny. Paragrafen är ny och dess första stycke bidrar, tillsammans med 17 kap. 2 §, till genomförandet av artikel 2e.2 i ändringsdirektivet. Förslaget behandlas i avsnitt 9.

Paragrafen 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.



**2 §** *Allmän förvaltningsdomstol ska påföra en upphandlande myndighet marknadsskadeavgift om*

*1. allmän förvaltningsdomstol i ett avgörande som har vunnit laga kraft fastställt att ett avtal får bestå, trots att lagstadgad avtalsspärr inte iakttagits,*

*2. allmän förvaltningsdomstol i ett avgörande som har vunnit laga kraft fastställt att ett avtal får bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse enligt 16 kap. 16 §, eller*

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

Paragrafen är ny och punkterna 1 och 2 genomför, tillsammans med 17 kap. 1 § första stycket, artikel 2e.2 i ändringsdirektivet. Förslaget behandlas i avsnitt 9.2.

Paragrafen 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.

Den *första 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 den 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. 15 § 2. Ingripande får endast ske om det finns ett lagakraftvunnet avgörande från allmän förvaltningsdomstol med denna innebörd.

Av den *andra punkten* framgår att marknadsskadeavgift ska påföras en upphandlande myndighet när en domstol i ett mål om överprövning av ett avtal förklarar 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.

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. Utdömande 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. 15 § 1.

Krav på föregående annonsering finns i 7 kap. 1 och 2 §§, 13 kap. 2 och 5 §§, 14 kap. 5 § samt 15 kap. 4 och 6 §§. Det förhållandet att annonsering skett genom s.k. förhandsinsyn enligt 7 kap. 4 § i ett fall där grund för ogiltighet förelegat, medför inte att möjligheten att påföra marknadsskadeavgift bortfaller.

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.

### ***Marknadsskadeavgiftens storlek***

**3 §** *Marknadsskadeavgiften ska uppgå till lägst 10 000 kronor och högst tio miljoner kronor. Avgiften får inte överstiga tio procent av kontraktsvärdet.*

*Värdet av ett kontrakt ska uppskattas till det totala belopp som ska betalas enligt kontraktet.*

Rubriken är ny. Paragrafen är ny och genomför delvis artikel 2e.2 i ändringsdirektivet. Förslaget behandlas i avsnitt 9.5.

Paragrafens *första stycke* anger det lägsta och högsta belopp som marknadsskadeavgift kan fastställas till. Det ankommer på tillsynsmyndigheten att ange de omständigheter som åberopas till stöd för yrkandet. Det kan även vara lämpligt att tillsynsmyndigheten yrkar att marknadsskadeavgiften ska uppgå till ett visst belopp..

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.

**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.*

Paragrafen är ny. Förslaget behandlas i avsnitt 9.6.

Domstolen har stort utrymme att ta hänsyn till alla relevanta omständigheter inom ramen för marknadsskadeavgiftens avskräckande syfte. Detta innebär att hänsyn ska tas till såväl försvårande som förmildrande omständigheter. Utgångspunkten bör dock vara att avgiften bestäms så att myndigheten avhåller sig från överträdelser av lagen samt att även andra avhåller sig från överträdelser. 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. I vissa fall kan andra olägenheter eller negativa ekonomiska konsekvenser för den upphandlande myndigheten ses som en förmildrande omständighet. 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 för rena undantagsfall.

***Tidsfrist för ansökan om marknadsskadeavgift efter domstols beslut att avtal ska bestå***

**5 §** *En ansökan om att påföra marknadsskadeavgift enligt 2 § 1 eller 2 ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom sex månader från den tidpunkt då det avgörande vilken ansökan grundas på har vunnit laga kraft.*

Rubriken som föregår paragrafen är ny. Paragrafen är ny och anger inom vilken tid tillsynsmyndigheten ska väcka talan om marknadsskadeavgift när en domstol beslutat att ett avtal får bestå trots att föreskriven avtalsspärr inte har iakttagits eller att det får bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse enligt 16 kap. 16 §. I dessa fall ska tillsynsmyndighetengenom förvaltningsdomstolens försorg alltid ha tillgång till en domstols beslut i anledning av att en leverantör har ansökt om överprövning. Förslaget behandlas i avsnitt 9.10.

## **Tidsfrister för ansökan om marknadsskadeavgift vid otillåten direktupphandling**

**6 §** När ansökan om att påföra marknadsskadeavgift grundas på 2 § 3 och en eller flera leverantörer har ansökt om överprövning av avtalets giltighet inom i 16 kap. 18 § föreskrivna tidsfrister, ska ansökan ha kommit in till förvaltningsrätten först då fristen har löpt ut och samtliga beslut med anledning av överprövningen har vunnit laga kraft. Ansökan ska dock senast ha kommit in inom sex månader från den tidpunkt då samtliga beslut har vunnit laga kraft.

När ingen leverantör har ansökt om överprövning av avtalets giltighet inom i 16 kap. 18 § föreskrivna tidsfrister, ska ansökan ha kommit in till förvaltningsrätten inom ett år från den tidpunkt då avtalet slöts.

Rubriken som föregår paragrafen är ny. Paragrafen är ny och anger inom vilken tid tillsynsmyndigheten ska väcka talan om marknadsskadeavgift med anledning av otillåten direktupphandling. Förslaget behandlas i avsnitt 9.10.

Till skillnad mot vad som gäller enligt de fall för vilka tidsfristen regleras i 17 kap. 5 § 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 stycket* behandlas situationen att en eller flera leverantörer ansöker om överprövning av ett avtals giltighet. I 16 kap. 18 § anges inom vilken tid en leverantör ska ge in en ansökan om överprövning till förvaltningsrätten. 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 stycket* reglerar situationen att ingen leverantör har ansökt om överprövning av avtal inom de frister som anges i 16 kap. 18 § föreskrivna fristen. Det ligger i sakens natur, såsom bestämmelserna har utformats, att tillsynsmyndigheten alltid måste avvakta att den tidsfristen har löpt ut innan en 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 ett år från det att avtalet i fråga slöts för att väcka talan.

### **Betalning av marknadsskadeavgift m.m.**

**7 §** *Marknadsskadeavgiften tillfaller staten.*

Rubriken är ny. Bestämmelsen är också ny. Förslaget behandlas i avsnitt 9.7.

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

*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.*

Paragrafen är ny. Förslaget behandlas i 9.12.

I *första stycket* anges den tidsfrist inom vilken marknadsskadeavgift ska betalas.

**9 §** *En påförd marknadsskadeavgift bortfaller om avgörandet inte har kunnat verkställas inom fem år från det att avgörandet har vunnit laga kraft.*

Av den föreslagna bestämmelsen framgår att marknadsskadeavgiften faller bort om inte verkställighet har kunnat ske inom fem år från det att den allmänna förvaltningsdomstolens avgörande vann laga kraft. Detta motsvarar vad som gäller enligt 35 § marknadsföringslagen (2008:486) och 3 kap. 23 § konkurrenslagen (2008:579).

### **Tillsyn**

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

Rubriken motsvarar den rubrik som föregår nuvarande 16 kap. 7 §. Bestämmelsen motsvarar delvis nuvarande 16 kap. 7 § och behandlas i avsnitt 10.

**11 §** *Vid sin tillsyn får myndigheten inhämta alla nödvändiga upplysningar för sin tillsynsverksamhet från upphandlande myndigheter eller den som kan antas vara en upphandlande myndighet. Upplysningarna ska i första hand inhämtas genom skriftligt förfarande. Om det på grund av materialets omfattning, brådska eller något annat förhållande är lämpligare, får upplysningarna inhämtas genom besök hos den upphandlande myndigheten.*

Paragrafen motsvarar delvis nuvarande 16 kap. 7 § och behandlas i avsnitt 10.

För att tillsynsmyndigheten ska kunna utöva effektiv tillsyn får myndigheten rätt att hämta in upplysningar även från den som kan antas vara en upphandlande myndighet. Skyldigheten att tillhandahålla sådana upplysningar regleras i 17 kap. 12 §.

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

Paragrafen motsvarar delvis nuvarande 16 kap. 8 § LOU och behandlas i avsnitt 10.

För att tillsynsmyndigheten ska kunna utöva effektiv tillsyn är även den som kan antas vara en upphandlande myndighet skyldig att tillhandahålla de upplysningar som tillsynsmyndigheten begär för sin tillsyn. Tillsynsmyndighetens rätt att hämta in upplysningar regleras i 17 kap. 11 §.

**13 §** *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.*

Paragrafen är ny och behandlas i avsnitt 10.1.

Paragrafen ger tillsynsmyndigheten rätt att förelägga en upphandlande myndighet att lämna uppgift, att visa upp en handling eller att lämna över en kopia av handlingen. Paragrafen kompletterar tillsynsmyndighetens rätt att hämta in upplysningar och upphandlande myndigheters skyldighet att tillhandahålla sådana upplysningar enligt 17 kap. 11 och 12 §§. Den 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.

## **Behörig domstol**

**14 §** En ansökan om påförande av marknadsskadeavgift ska göras hos den förvaltningsrätt i vars domkrets den upphandlande myndigheten har sin hemvist.

Tillsynsmyndighetens föreläggande enligt 13 § får överklagas hos den förvaltningsrätt i vars domkrets den som föreläggandet riktar sig till har sin hemvist.

*Prövningstillstånd krävs vid överklagande till kammarrätten.*

Rubriken som föregår paragrafen är ny. Paragrafen är också ny.

Av *första stycket* framgår vilken förvaltningsrätt som ska ta emot och pröva tillsynsmyndighetens ansökan om påförande av marknadsskadeavgift. Förslaget behandlas i avsnitt 9.9.

Av *andra stycket* framgår till vilken förvaltningsrätt tillsynsmyndighetens föreläggande enligt 17 kap. 11 § att lämna uppgifter eller handlingar ska överklagas. Förslaget behandlas i avsnitt 10.

Av *tredje stycket* framgår att det krävs prövningstillstånd vid överklagande till kammarrätten.

## **Ikraftträdande- och övergångsbestämmelser**

1. Denna lag träder i kraft den 1 juli 2010.
2. Äldre bestämmelser ska tillämpas på upphandlingar som påbörjats före ikraftträdandet.

Av *första punkten* 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). Åtgärder i strid mot de föreslagna bestämmelserna som vidtagits som ett led i en påbörjad upphandling ska inte kunna leda till att avtalet ogiltigförklaras eller föranleda något ingripande i form av särskild avgift (marknadsskadeavgift). När det gäller otillåten direktupphandling, dvs. när ett avtal har slutits utan att upphandlingen har annonserats enligt bestämmelserna i LOU, får en sådan anses påbörjad först när avtalet har slutits om inte myndigheten eller enheten kan visa att ett upphandlingsförfarande enligt lagen rent faktiskt har påbörjats vid en tidigare tidpunkt.

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

### 1 kap.

1 § I denna lag finns föreskrifter om

- lagens innehåll och tillämpningsområde samt allmänna bestämmelser (1 kap.),
  - definitioner (2 kap.),
  - tröskelvärden (3 kap.),
  - upphandlingsförfaranden (4 kap.),
  - ramavtal (5 kap.),
  - *elektronisk auktion* (5 a kap.),
  - tekniska specifikationer och särskilda kontraktsvillkor i förfrågningsunderlag m.m. (6 kap.),
  - annonsering av upphandling (7 kap.),
  - tidsfrister för att komma in med anbudsansökningar och anbud m.m.) (8 kap.),
  - kommunikation, information och dokumentation (9 kap.),
  - uteslutning av leverantörer (10 kap.),
  - kvalificering och urvalsbedömning (11 kap.),
  - tilldelning av kontrakt (12 kap.),
  - projekttävlingar på tjänsteområdet (13 kap.),
  - anbud som omfattar varor med ursprung i tredje land (14 kap.),
  - upphandling som inte omfattas av direktivet (15 kap.),
  - överprövning, skadestånd m.m. (16 kap.), och
  - *marknadsskadeavgift och tillsyn* (17 kap.).
- Till lagen hör följande bilagor
- Förteckning över byggtreprenadkontrakt (bilaga 1)
  - Förteckning över tjänstekontrakt (A-tjänster) (bilaga 2)
  - Förteckning över tjänstekontrakt (B-tjänster) (bilaga 3)
  - Definition av vissa tekniska specifikationer (bilaga 4)

Paragrafen, som beskriver lagens innehåll, är ändrad mot bakgrund av de nya kapitlen om elektronisk auktion (5 a kap.) och marknadsskadeavgift och tillsyn (17 kap.) som föreslås införas i lagen.

**24 a §** *Upphandlande enheter bör beakta miljöhänsyn och sociala hänsyn vid upphandling i den utsträckning det är påkallat med hänsyn till upphandlingens art.*

Bestämmelsen är ny och motsvarar 1 kap. 9 a § LOU, se kommentaren till den paragrafen.

### 2 kap.

**6 a §** *Med elektronisk auktion avses en upprepad process med hjälp av elektroniska medel för att presentera nya lägre priser eller nya värden för vissa delar av anbudet, vilken genomförs efter en första fullständig utvärdering av an-*



*buden och möjliggör en rangordning på grund av automatiska utvärderingsmetoder.*

Paragrafen är ny och genomför artikel 1.6 i försörjningsdirektivet. Den motsvarar 2 kap. 6 a § LOU, se kommentaren till den paragrafen.

**9 a §** *Med inköpscentral avses en upphandlande myndighet som*

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

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

Paragrafen är ny och genomför, tillsammans med 4 kap. 4 §, artikel 1.8 i försörjningsdirektivet. Förslaget behandlas närmare i avsnitt 14 och motsvarar 2 kap. 9 a § LOU, se kommentaren till den paragrafen.

**26 §** *Med direktupphandling avses ett upphandling utan krav på anbud i viss form.*

Paragrafen motsvarar 2 kap. 23 § LOU, se kommentaren till den paragrafen.

#### **4 kap.**

##### ***Inköpscentraler***

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

Rubriken är ny. Paragrafen är ny och genomför, tillsammans med 2 kap. 9 a §, artikel 1.8 i försörjningsdirektivet. Bestämmelsen behandlas närmare i avsnitt 14 och motsvarar 4 kap. 22 § LOU, se kommentaren till den paragrafen.

##### ***5 a kap. Elektronisk auktion***

Kapitlet är nytt och behandlar elektroniska auktioner. En elektronisk auktion är inte ett fullständigt upphandlingsförfarande, utan kan ingå som en avslutande del i ett annat upphandlingsförfarande. Utredningen föreslog en placering i anslutning till kapitlet om kontraktstilldelning. Regeringen anser dock att kapitlet i stället bör placeras i anslutning till kapitlet om upphandlingsförfaranden och ramavtal. Bestämmelserna genomför artikel 56 i försörjningsdirektivet och behandlas i avsnitt 13. Bestämmelserna motsvarar i hög utsträckning 5 a kap. LOU, se kommentaren till det kapitlet.

Begreppet elektronisk auktion definieras i 2 kap. 6 a §.

I artikel 56.9 i försörjningsdirektivet finns en bestämmelse om att en upphandlande enhet inte får använda elektroniska auktioner på ett otillbörligt sätt eller på ett sådant sätt att konkurrensen förhindras, begränsas eller snedvrids. Utredningen har föreslagit att en sådan bestämmelse ska tas in i LUF. Detta får emellertid anses följa redan av de grundläggande principerna i 1 kap. 24 § LUF (jfr prop. 2006/07:128 s.

492 f. angående motsvarande bestämmelser avseende ramavtal). Någon bestämmelse motsvarande den av utredningen föreslagna bestämmelsen (17 a kap. 12 § LUF) finns inte med i regeringens förslag.

### ***Tillämpningsområdet***

**1 §** *En upphandlande enhet får, om förfrågningsunderlaget kan fastställas med tillräcklig grad av exakthet, genomföra en elektronisk auktion vid*

- 1. öppet förfarande*
- 2. selektivt förfarande,*
- 3. förhandlat förfarande med föregående annonsering,*
- 4. förenklat förfarande, och*
- 5. urvalsförfarande.*

Rubriken är ny. Paragrafen är ny och genomför artikel 56.2 första och andra styckena i försörjningsdirektivet.

Paragrafen motsvarar i stora delar 5 a kap. 1 § LOU, se kommentaren till den paragrafen.

Av *punkten 3* framgår att inom försörjningssektorerna får elektronisk auktion genomföras vid förhandlat förfarande utan föregående annonsering. I bestämmelsen saknas alltså den begränsning vad gäller användning av elektronisk auktion vid förhandlat förfarande med föregående annonsering som finns i LOU.

Vidare föreligger en skillnad jämfört med motsvarande paragraf i LOU vad gäller förnyad konkurrensutsättning inom ett ramavtal. Försörjningsdirektivet innehåller inte några bestämmelser om förnyad konkurrensutsättning. Direktivet innehåller inte heller någon bestämmelse som reglerar elektronisk auktion vid förnyad konkurrensutsättning. Någon bestämmelse avseende elektronisk auktion vid förnyad konkurrensutsättning inom ett ramavtal införs därför inte heller i LUF. Det står dock en upphandlande enhet fritt att även inom försörjningssektorerna använda sig av bestämmelserna om förnyad konkurrensutsättning inom ett ramavtal i LOU (jfr prop. 2006/07:128 s. 177). Under förutsättning att de grundläggande principerna respekteras bör en elektronisk auktion kunna genomföras vid ett sådant förfarande.

**2 §** *Den elektroniska auktionen ska grundas på*

- 1. priser, när kontraktet ska tilldelas den leverantör som erbjudit det lägsta priset, eller*
- 2. priser eller nya värden på de komponenter i anbuden som angetts i förfrågningsunderlaget, när kontraktet ska tilldelas den leverantör som har lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.*

Paragrafen är ny och genomför artikel 56.2 tredje stycket i försörjningsdirektivet. Den motsvarar 5 a kap. 2 § LOU, se kommentaren till den paragrafen.

**3 §** Om elektronisk auktion kommer att användas, ska den upphandlande enheten ange det i annonsen om upphandling.

Paragrafen är ny och genomför artikel 56.3 första stycket i försörjningsdirektivet. Den motsvarar 5 a kap. 3 § LOU, se kommentaren till den paragrafen.

### **Förfrågningsunderlag**

**4 §** Av förfrågningsunderlaget ska det framgå

1. de komponenter i anbudens värden kommer att vara föremål för den elektroniska auktionen,

2. de eventuella gränserna för de värden som kan presenteras baserade på en bedömning av specifikationerna för föremålet för upphandlingen,

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

4. relevanta uppgifter om genomförandet av den elektroniska auktionen,

5. på vilka villkor anbudsgivarna kan lämna anbud, däribland de minsta skillnader mellan anbudens värden som kan ha bestämts, och

6. relevanta uppgifter om den elektroniska utrustning som används och om anslutningen till denna utrustning.

De komponenter som avses i första stycket 1 ska kunna kvantifieras och uttryckas i siffror eller procenttal.

Rubriken som föregår paragrafen är ny. Paragrafen är ny och genomför artikel 56.3 andra stycket i försörjningsdirektivet. Den motsvarar 5 a kap. 4 § LOU, se kommentaren till den paragrafen.

### **Första utvärdering av anbud**

**5 §** Innan en upphandlande enhet inleder en elektronisk auktion, ska enheten genomföra en första fullständig utvärdering av anbudens värden i enlighet med tilldelningskriterierna och den fastställda viktningen för dessa.

Rubriken som föregår paragrafen är ny. Paragrafen är ny och genomför artikel 56.4 första stycket i försörjningsdirektivet. Den motsvarar 5 a kap. 5 § LOU, se kommentaren till den paragrafen.

### **Inbjudan att lämna nya priser eller värden m.m.**

**6 §** Alla anbudsgivare som har lämnat giltiga anbud ska bjudas in med elektroniska medel att lämna nya priser eller värden.

Inbjudan ska innehålla alla relevanta upplysningar för individuell anslutning till den elektroniska utrustning som används och uppgift om vid vilken tidpunkt den elektroniska auktionen kommer att inledas.

Rubriken är ny. Paragrafen är ny och genomför, tillsammans med 9 och 10 §§, artikel 56.4 andra stycket i försörjningsdirektivet. Den motsvarar 5 a kap. 6 § LOU, se kommentaren till den paragrafen.

**7 §** Vid tilldelning av kontrakt på grundval av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ska inbjudan åtföljas av resultatet av en fullständig bedömning av den

*berörda anbudsgivarens anbud som gjorts i enlighet med viktningen av tilldelningskriterierna.*

Paragrafen är ny och genomför artikel 56.5 första stycket i försörjningsdirektivet. Den motsvarar 5 a kap. 7 § LOU, se kommentaren till den paragrafen.

**8 §** *I inbjudan ska anges den matematiska formel som används för att vid den elektroniska auktionen automatiskt bestämma rangordningen med hänsyn till de nya priser och nya värden som lämnas enligt auktionen.*

*Den matematiska formeln ska innefatta den i annonsen eller i förfrågningsunderlaget angivna viktningen av alla de kriterier som fastställts för att bestämma vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga. Om kriterieviktningen angetts som intervall ska dessa i förväg reduceras till ett bestämt värde.*

*Om alternativa anbud är tillåtna ska separata formler ges för varje anbud.*

Paragrafen är ny och genomför artikel 56.5 andra och tredje styckena i försörjningsdirektivet. Den motsvarar 5 a kap. 8 § LOU, se kommentaren till den paragrafen.

**9 §** *Den elektroniska auktionen får inte inledas tidigare än två arbetsdagar efter den dag då inbjudan har skickats ut.*

Paragrafen är ny och genomför, tillsammans med 6 och 10 §§, artikel 56.4 andra stycket i försörjningsdirektivet. Den motsvarar 5 a kap. 9 § LOU, se kommentaren till den paragrafen.

**10 §** *Den elektroniska auktionen får genomföras i flera på varandra följande etapper.*

Paragrafen är ny och genomför, tillsammans med 6 och 9 §§, artikel 56.4 andra stycket i försörjningsdirektivet. Den motsvarar 5 a kap. 10 § LOU, se kommentaren till den paragrafen.

### **Upplysningar till anbudsgivarna**

**11 §** *Under varje etapp i en elektronisk auktion ska den upphandlande enheten omedelbart meddela varje anbudsgivare tillräckliga upplysningar för att de ska ha kännedom om sin plats i rangordningen.*

*Den upphandlande enheten får också lämna andra upplysningar om priser eller värden, under förutsättning att detta har angetts i förfrågningsunderlaget.*

*Den upphandlande enheten får lämna upplysningar om antalet deltagare i den elektroniska auktionen.*

Rubriken är ny. Paragrafen är ny och genomför artikel 56.6 i försörjningsdirektivet. Den motsvarar 5 a kap. 11 § LOU, se kommentaren till den paragrafen.

## **Avslutande av en elektronisk auktion**

### **12 §** *En elektronisk auktion ska avslutas av den upphandlande enheten*

1. vid den tidpunkt då auktionen enligt inbjudan att delta i auktionen ska stängas,

2. när det inte längre lämnas några nya priser eller nya värden som motsvarar angivna krav på minsta skillnader, eller

3. då det antal auktionsetapper som fastställts i inbjudan att delta i auktionen har genomförts.

I det fall som avses i första stycket 2 ska den upphandlande enheten i inbjudan att delta i auktionen ange hur långt efter det att den har tagit emot det sista budet som den kommer att stänga auktionen.

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

Rubriken som föregår paragrafen är ny. Paragrafen är ny och genomför artikel 56.7 i försörjningsdirektivet. Den motsvarar 5 a kap. 12 § LOU, se kommentaren till den paragrafen.

### **13 §** *När den elektroniska auktionen har stängts, ska den upphandlande enheten tilldela kontraktet på grundval av resultaten av den elektroniska auktionen.*

Paragrafen är ny och genomför artikel 56.8 i försörjningsdirektivet. Den motsvarar 5 a kap. 13 § LOU, se kommentaren till den paragrafen.

## **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 kommissionen (förhandsinsyn).*

Rubriken är ny. Bestämmelsen är ny och genomför tillsammans med 16 kap. 9 § artikel 2d.4 i ändringsdirektivet. Förslaget behandlas i avsnitt 7.2.4.

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

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

Enheten får tillåta att en anbudssökning görs per telefon.

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

Paragrafen motsvarar delvis nu gällande 9 kap. 1 §. Förslaget behandlas i avsnitt 16.4.2. Paragrafen motsvarar 9 kap. 1 § LOU, se kommentaren till den paragrafen.

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

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

Paragrafen motsvarar delvis nu gällande 9 kap. 9 § och bidrar till genomförande av artikel 2a.2 i andra rättsmedelsdirektivet i dess lydelse enligt ändringsdirektivet. Förslaget behandlas närmare i avsnitt 6.2 och motsvarar 9 kap. 9 § LOU, se kommentaren till den paragrafen.

## 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 *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, *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.

Bestämmelsen i paragrafens *första stycke* punkt 6 har ändrats så att den står i överensstämmelse med motsvarande bestämmelse i direktivet. Förslaget behandlas i avsnitt 16.2.3.

Paragrafens *tredje 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.

### **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 § första stycket ska den upphandlande enheten hämta in uppgifter som styrker detta från behörig myndighet.*

Rubriken är ny. Bestämmelsen motsvarar i stort 10 kap. 4 § LOU, se kommentaren till den paragrafen.

## **11 kap.**

**3 §** Den upphandlande enheten ska ange kriterier och regler för urval till ett kvalificeringssystem, och i den utsträckning som framgår av 10 kap., grunder för uteslutning från ett sådant system. Detta kan göras genom en hänvisning till andra företags kvalificeringssystem.

Kriterierna och reglerna ska tillhandahållas den leverantör som begär det.

En leverantör kan när som helst ansöka om att bli kvalificerad.

Kriterierna och villkoren för urval får vid behov uppdateras. Berörda leverantörer ska underrättas om de ändringar som gjorts.

I paragrafens *tredje stycke* har en redaktionell ändring gjorts så att ett felaktigt ”kan” har strukits.

### **Begränsad kontroll**

**13 §** *En upphandlande enhet får begränsa kontrollen av sådana handlingar som avses i 10 kap. samt 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 när det gäller den eller de anbudsgivare som enheten avser att tilldela kontraktet eller ramavtalet. 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 när det gäller de anbudssökande som enheten avser att bjuda in att lämna anbud respektive att förhandla.*

Rubriken är ny. Paragrafen är också ny och motsvarar 11 kap. 17 § LOU, se kommentaren till den paragrafen.

## 15 kap.

2 § Vid upphandling enligt detta kapitel tillämpas även 1 kap., 2 kap., 5 kap., 6 kap. 14 §, 16 kap. och 17 kap.

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

*Ett särskilt kvalificeringssystem enligt 11 kap. 2 § får tillämpas vid användning av urvalsförfarande för tilldelning av kontrakt eller ramavtal enligt detta kapitel.*

Bestämmelsens *första och andra stycken* motsvarar 15 kap. 2 § LOU, se kommentaren till den paragrafen. Bestämmelsens *tredje stycke* är nytt. Förslaget i denna del behandlas närmare i avsnitt 16.3.10.

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

Direktupphandling får dock användas om kontraktets värde uppgår till högst 15 procent av det tröskelvärde som avses i 3 kap. 1 § första stycket 1. Vidare får direktupphandling användas i tillämplig omfattning i de fall då 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.

Paragrafen 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 16.3.2. I *andra meningen* anges att direktupphandling får användas i tillämplig omfattning om förutsättningarna för förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt 4 kap. 2 och 3 §§ är uppfyllda. De upphandlingsförfaranden som är tillämpliga i 15 kap. är förenklat förfarande och urvalsförfarande. Förslaget behandlas i avsnitt 16.3.4.

DäruDärutöver 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 § andra stycket 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 försämras eller sådana situationer där det endast finns ett möjligt vård- och boendeanternativ 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.”

### **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 syfte att kringgå bestämmelserna i denna lag.*

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

*Vid beräkningen ska den upphandlande enheten beakta direktupphandlingar av samma slag gjorda av enheten senare än ett år tillbaka.*

Rubriken som föregår paragrafen är ny. Paragrafen motsvarar 15 kap. 3a § LOU, se kommentaren till den paragrafen.

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

Rubriken är ändrad så att den inte endast avser annonsering vid förenklat förfarande. Paragrafen motsvarar 15 kap. 4 § LOU, se kommentaren till den paragrafen.

### **Innehåll i annons m.m.**

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

*Vid förenklat förfarande ska det dessutom framgå*

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

*Vid urvalsförfarande ska annonsen med ansökningsinbjudan innehålla uppgift om*

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

Rubriken är ny. Paragrafen motsvarar 15 kap. 5 § LOU, se kommentaren till den paragrafen.

### ***Annonsering vid förhandsinsyn***

**5 a §** *En upphandlande enhet som avser att tilldela ett kontrakt genom direktupphandling enligt 3 § andra stycket får annonsera sin avsikt i en elektronisk databas som är allmänt tillgänglig.*

*Regeringen meddelar föreskrifter om förhandsinsyn.*

Rubriken som föregår paragrafen är ny. Paragrafen motsvarar 15 kap. 5 a § LOU, se kommentaren till den paragrafen.

### ***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.*

Rubriken som föregår paragrafen är ny. Paragrafen motsvarar 15 kap. 7 § LOU, se kommentaren till den paragrafen.

**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.*

Bestämmelsen motsvarar 15 kap. 9 § LOU, se kommentaren till den paragrafen.

**13 a §** *Vid kontroll av om en leverantör har fullgjort sina åligganden avseende socialförsäkringsavgifter eller skatt i Sverige enligt 10 kap. 3 § första stycket 5 ska den upphandlande enheten inhämta uppgifter som styrker detta från behörig myndighet.*

Bestämmelsen motsvarar 15 kap. 13 a § LOU, se kommentaren till den paragrafen.

### ***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 när det gäller den eller de anbudsgivare som enheten avser att bjuda in till förhandling eller, om ingen förhandling sker, den eller de anbudsgivare som enheten avser tilldela kontraktet eller ramavtalet. 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 när det gäller de anbudssökande som enheten avser att bjuda in att lämna anbud respektive att förhandla.*

Rubriken som föregår paragrafen är ny. Paragrafen motsvarar 15 kap. 13 b § LOU, se kommentaren till den paragrafen.

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

Bestämmelsen motsvarar 15 kap. 15 § LOU, se kommentaren till den paragrafen.

#### ***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.*

Rubriken är ny. Paragrafen motsvarar 15 kap. 15 a § LOU, se kommentaren till den paragrafen.

**17 §** *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.*

Paragrafen har justerats redaktionellt. ”Den upphandlande enheten” har ersatts med ”En upphandlande enhet”.

**18 §** 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.

Paragrafen motsvarar 15 kap. 18 § LOU, se kommentaren till den paragrafen.

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

Vid direktupphandling och vid tilldelning av kontrakt som 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.

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

Paragrafen motsvarar 15 kap. 19 § LOU, se kommentaren till den paragrafen.

**21 §** 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 kommissionen* om det.

Bestämmelsen motsvarar 15 kap. 21 § LOU, se kommentaren till den paragrafen.

### ***Undantag vid upphandling som rör rikets säkerhet m.m.***

**22 §** I fråga om *upphandling* som avses i 1 kap. 2 § andra stycket 3 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.

Rubriken är ändrad så att det framgår att den gäller undantag vid upphandling. Paragrafen motsvarar 15 kap. 22 § första och andra stycket LOU, se kommentaren till den paragrafen.

**23 §** Bestämmelserna i 13 kap. 1 § första stycket, 4, 6 och 8–10 §§ gäller även för projekttävlingar som understiger tröskelvärdet i 14 kap. 2 §, om *tävlingens värde uppgår till högst det i 3 § andra stycket angivna värdet*.

Vid anordnande av projekttävlingar *ska* 3 § tillämpas. En projekttävling *ska* annonseras enligt 4 eller 6 §.

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

*Första stycket* hänvisar till den i 3 § andra stycket föreskrivna direktupphandlingsgränsen.

### ***16 kap. Överprövning, skadestånd m.m.***

Det nuvarande 16 kap. om överprövning, skadestånd m.m. i LUF upphävs och ersätts med ett nytt kapitel med följande bestämmelser.

Genom de föreslagna bestämmelserna 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.

### ***Ansökan om överprövning***

**1 §** *En leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada får i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärd enligt 5 eller 15 §.*

Rubriken är ny. Paragrafen 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 en upphandlande enhet och en eller flera leverantörer.

### **Behörig domstol**

**2 §** *En ansökan om överprövning ska göras hos den förvaltningsrätt i vars domkrets den upphandlande enheten har sin hemvist.*

*Prövningstillstånd krävs vid överklagande till kammarrätten.*

Rubriken motsvarar rubriken närmast före nuvarande 16 kap. 4 §.

Paragrafen motsvarar nuvarande 16 kap. 4 § LUF.

### **Förbud mot överklagande**

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

Rubriken motsvarar rubriken närmast före nuvarande 16 kap. 5 §.

Paragrafen motsvarar nuvarande 16 kap. 5 § LUF.

### **Interimistiskt beslut**

**4 §** *Rätten får besluta att avtal inte får ingås eller 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 §.*

Rubriken är ny. Paragrafen 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 8.2 och motsvarar 16 kap. 4 § LOU, se kommentaren till den paragrafen.

### **Överprövning av 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 besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.*

Rubriken är ny. Paragrafen motsvarar delvis 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 avhjälpa bristerna tas bort. Förslaget behandlas närmare i avsnitt 8.3.

Bestämmelsen behandlas närmare i avsnitt 8.1 och motsvarar 16 kap. 5 § LOU, se kommentaren till den paragrafen.

## **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, eller med ett elektroniskt medel i kombination med ett annat kommunikationsmedel, får avtal inte ingås förrän 15 dagar har gått.

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

Rubriken är ny. Paragrafen är ny. Första och andra styckena genomför artikel 2a.2 första stycket i ändringsdirektivet. Förslaget behandlas närmare i avsnitt 6.1 och motsvarar 16 kap. 6 § LOU, se kommentaren till den paragrafen.

## **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.

Rubriken är ny. Paragrafen 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 6.3 och motsvarar 16 kap. 7 § 1, 2, 4 och 5 LOU, se kommentaren till den paragrafen.

## **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.

Rubriken är ny. Paragrafen är ny och genomför, tillsammans med 7 kap. 7 § artikel 2d.4 i ändringsdirektivet. Förslaget behandlas i avsnitt 7.2.4 och 7.2.5. Paragrafen motsvarar 16 kap. 8 § LOU, se kommentaren till den paragrafen.

## **Förlängd avtalsspärr**

**9 §** Vid en ansökan om överprövning av en upphandling enligt 5 § fortsätter avtalsspärr enligt 6 eller 8 § att gälla under handläggningen i förvaltningsrätten (förlängd avtalsspärr).

Rätten får besluta att någon förlängd avtalsspärr inte ska gälla.

Rubriken som föregår paragrafen är ny. Paragrafen är ny och genomför artikel 2.3 i ändringsdirektivet. Förslaget behandlas i avsnitt 6.4 och

överensstämmer med 16 kap. 9 § LOU, se kommentaren till den paragrafen.

### **Tiodagarsfrist**

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

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

När Regeringsrätten har fattat ett interimistiskt beslut enligt 4 § och beslutar att återförvisa målet till lägre instans, får avtal inte ingås förrän tio dagar har gått från beslutet om återförvisning.

Rätten får besluta att någon tiodagarsfrist inte ska gälla.

Rubriken som föregår paragrafen är ny. Paragrafen är ny. Förslaget behandlas närmare i avsnitt 6.5 och överensstämmer med 16 kap. 10 § LOU, se kommentaren till den paragrafen.

### **Tidsfrister för ansökan om överprövning av en upphandling**

**11 §** En ansökan om överprövning av en upphandling ska ha kommit in till förvaltningsrätten före utgången av sådan avtalsspärr som följer av 6 eller 8 §.

Rubriken som föregår paragrafen är ny. Bestämmelsen är ny och genomför artikel 2c i ändringsdirektivet. Förslaget behandlas i avsnitt 8.7.1 och överensstämmer med 16 kap. 11 § LOU, se kommentaren till den paragrafen.

**12 §** En ansökan om överprövning av ett beslut att avbryta en upphandling ska ha kommit in till förvaltningsrätten innan tio dagar har gått från det att den upphandlande 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, eller med ett elektroniskt medel i kombination med ett annat kommunikationsmedel, ska en ansökan om överprövning ha kommit in till förvaltningsrätten innan 15 dagar har gått från det att den upphandlande enheten har skickat underrättelsen.

Paragrafen är ny. Den behandlas i avsnitt 8.7.2 och motsvarar 16 kap. 12 § LOU, se kommentaren till den paragrafen.

### **När prövning av en upphandling inte längre får ske**

**13 §** En ansökan om överprövning av en upphandling ska inte prövas efter den tidpunkt då avtal har slutits mellan upphandlande enhet och leverantör.

Paragrafen motsvarar delvis nuvarande 16 kap. 1 § andra och tredje stycket. Förslaget behandlas i avsnitt 8.9 och motsvarar 16 kap. 13 § LOU, se kommentaren till den paragrafen.

## **Justering av talan**

**14 §** Om ett avtal ingås i strid med 4, 6, 8, 9 eller 10 §, ska rätten, på yrkande av leverantör, överpröva avtalets giltighet.

Rubriken är ny. Bestämmelsen är ny och behandlas i avsnitt 8.9. Paragrafen motsvarar 16 kap. 14 § LOU, se kommentaren till den paragrafen.

## **Överprövning av avtals giltighet**

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

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

2. när avtal inte får ingås enligt 4, 6, 8, 9 eller 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.

Rubriken som föregår paragrafen är ny. Även paragrafen är ny och genomför artikel 2d.1 och 2 i ändringsdirektivet. Förslaget behandlas i avsnitt 7.1 och motsvarar 16 kap. 15 § LOU, se kommentaren till den paragrafen.

## **När ett avtal inte får ogiltigförklaras**

**16 §** Om det finns tvingande hänsyn till ett allmänintresse, ska rätten besluta att avtalet får bestå trots att förutsättningarna för ogiltighet enligt 15 § är uppfyllda.

Rubriken som föregår paragrafen är ny. Paragrafen är ny och genomför artikel 2d.3 i ändringsdirektivet. Förslaget behandlas i avsnitt 7.2.1 och överensstämmer med 16 kap. 16 § LOU, se kommentaren till den paragrafen.

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

Paragrafen är ny och genomför artikel 2d.4 i andra rättsmedelsdirektivet i dess lydelse enligt ändringsdirektivet. Förslaget behandlas i avsnitt 7.2.4 och 7.2.5. Paragrafen motsvarar 16 kap. 17 § 2 LOU.

## **Tidsfrister för ansökan om överprövning av avtals giltighet**

**18 §** En ansökan som avser överprövning enligt 15 § av giltigheten av ett avtal som har slutits mellan en upphandlande enhet och en leverantör ska ha kommit in till förvaltningsrätten

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 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 om upphandling slöts.

Rubriken är ny. Paragrafen är också ny och genomför artikel 2f i ändringsdirektivet. Förslaget behandlas i avsnitt 8.7.3 och motsvarar 16 kap. 18 § LOU, se kommentaren till den paragrafen.

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

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

Rubriken är ny. Bestämmelsen är ny. Förslaget behandlas i avsnitt 8.8 och motsvarar 16 kap. 19 § LOU, se kommentaren till den paragrafen.

### ***Skadestånd***

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

Rubriken motsvarar den rubrik som föregår nuvarande 16 kap. 6 §. Bestämmelsen motsvarar nuvarande 16 kap. 6 § LUF.

**21 §** *Anbudssökande eller anbudsgivare 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.*

Bestämmelsen motsvarar nuvarande 16 kap. 7 § LUF.

**22 §** *Talan om skadestånd enligt 20 eller 21 § ska väckas vid allmän domstol inom ett år från den tidpunkt då avtal har slutits mellan upphandlande enhet och leverantör eller har förklarats ogiltigt enligt 15 §. Väcks inte talan i tid, är rätten till skadestånd förlorad.*

Paragrafen motsvarar delvis nuvarande 16 kap. 8 § LUF. Paragrafen motsvarar 16 kap. 22 § LOU, se kommentaren till den paragrafen. Ändringsförslaget behandlas i avsnitt 11.2.

### ***17 kap. Marknadsskadeavgift och tillsyn***

Kapitlet är nytt. Förslaget behandlas i avsnitt 9. 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.

## **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.

Rubriken som föregår paragrafen är ny. Paragrafen är också ny. Paragrafens första stycke bidrar, tillsammans med 17 kap. 2 §, till genomförandet av artikel 2e.2 i ändringsdirektivet. Förslaget behandlas i avsnitt 9 och motsvarar 17 kap. 1 § LOU, se kommentaren till den paragrafen.

**2 §** Allmän förvaltningsdomstol ska påföra en upphandlande enhet marknadsskadeavgift om

1. allmän förvaltningsdomstol i ett avgörande som har vunnit laga kraft fastställt att ett avtal får bestå, trots att lagstadgad avtalsspärr inte iakttagits,

2. allmän förvaltningsdomstol i ett avgörande som har vunnit laga kraft fastställt att ett avtal får bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse enligt 16 kap. 16 §, eller

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

Paragrafen är ny. Punkterna 1 och 2 genomför, tillsammans med 17 kap. 1 § första stycket, artikel 2e.2 i ändringsdirektivet. Förslaget behandlas i avsnitt 9.2 och motsvarar 17 kap. 2 § LOU, se kommentaren till den paragrafen.

## **Marknadsskadeavgiftens storlek**

**3 §** Marknadsskadeavgiften ska uppgå till lägst 10 000 kronor och högst tio miljoner kronor. Avgiften får inte överstiga tio procent av kontraktsvärdet.

Värdet av ett kontrakt ska uppskattas till det totala belopp som ska betalas enligt kontraktet.

Rubriken är ny. Paragrafen är också ny och genomför delvis artikel 2e.2 i ändringsdirektivet. Förslaget behandlas i avsnitt 9.5 och överensstämmer med 17 kap. 3 § LOU, se kommentaren till den paragrafen.

**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.

Paragrafen är ny. Förslaget behandlas i avsnitt 9.6 och överensstämmer med 17 kap. 4 § LOU, se kommentaren till den paragrafen.

***Tidsfrister för ansökan om marknadsskadeavgift efter domstols beslut att avtal ska bestå***

**5 §** *En ansökan om att påföra marknadsskadeavgift enligt 2 § 1 eller 2 ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom sex månader från den tidpunkt då det avgörande som ansökan grundas på har vunnit laga kraft.*

Rubriken som föregår paragrafen är ny. Paragrafen är ny. Förslaget behandlas i avsnitt 9.10 och överensstämmer med 17 kap. 5 § LOU, se kommentaren till den paragrafen.

**6 §** *När ansökan om att påföra marknadsskadeavgift grundas på 2 § 3 och en eller flera leverantörer har ansökt om överprövning av avtalets giltighet inom i 16 kap. 18 § föreskrivna tidsfrister, ska ansökan ha kommit in till förvaltningsrätten först då fristen har löpt ut och samtliga beslut med anledning av överprövningen har vunnit laga kraft. Ansökan ska dock senast ha kommit in inom sex månader från den tidpunkt då samtliga beslut har vunnit laga kraft,*

*När ingen leverantör har ansökt om överprövning av avtalets giltighet inom i 16 kap. 18 § föreskrivna tidsfrister, ska ansökan ha kommit in till förvaltningsrätten inom ett år från den tidpunkt då avtalet slöts.*

Paragrafen är ny. Förslaget behandlas i avsnitt 9.7 och överensstämmer med 17 kap. 6 § LOU, se kommentaren till den paragrafen.

***Betalning av marknadsskadeavgift m.m.***

**7 §** *Marknadsskadeavgiften tillfaller staten.*

Rubriken är ny. Bestämmelsen är ny. Förslaget behandlas i avsnitt 9.12 och överensstämmer med 17 kap. 7 § LOU, se kommentaren till den paragrafen.

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

*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.*

Paragrafen är ny. Förslaget behandlas i avsnitt 9.13 och överensstämmer med 17 kap. 8 § LOU, se kommentaren till den paragrafen.

**9 §** *En påförd marknadsskadeavgift bortfaller om avgörandet inte har kunnat verkställas inom fem år från det att avgörandet har vunnit laga kraft.*

Bestämmelsen motsvarar delvis nuvarande 16 kap. 9 §. Paragrafen motsvarar 17 kap. 9 § LOU, se kommentaren till den paragrafen.

## **Tillsyn**

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

Rubriken motsvarar den rubrik som föregår nuvarande 16 kap. 9 §. Bestämmelsen motsvarar delvis nuvarande 16 kap. 9 §. Paragrafen motsvarar 17 kap. 10 § LOU, se kommentaren till den paragrafen.

**11 §** Vid sin tillsyn får myndigheten inhämta alla nödvändiga upplysningar för sin tillsynsverksamhet från upphandlande enheter eller den som kan antas vara en upphandlande enhet. Upplysningarna ska i första hand inhämtas genom skriftligt förfarande. Om det på grund av materialets omfattning, brådska eller något annat förhållande är lämpligare, får upplysningarna inhämtas genom besök hos den upphandlande enheten.

Paragrafen motsvarar delvis nuvarande 16 kap. 9 §. Förslaget behandlas i avsnitt 10.1. Paragrafen motsvarar 17 kap. 11 § LOU, se kommentaren till den paragrafen.

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

Paragrafen motsvarar delvis nuvarande 16 kap. 10 §. Förslaget behandlas i avsnitt 10.1. Paragrafen motsvarar 17 kap. 12 § LOU, se kommentaren till den paragrafen.

**13 §** 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.

Paragrafen är ny. Förslaget behandlas i avsnitt 10.1. och motsvarar 17 kap. 13 § LOU, se kommentaren till den paragrafen.

## **Behörig domstol**

**14 §** En ansökan om påförande av marknadsskadeavgift ska göras hos den förvaltningsrätt i vars domkrets den upphandlande enheten har sin hemvist.

Tillsynsmyndighetens föreläggande enligt 13 § får överklagas hos den förvaltningsrätt i vars domkrets den som föreläggandet riktar sig till har sin hemvist.

Prövningstillstånd krävs vid överklagande till kammarrätten.

Rubriken som föregår paragrafen är ny. Även paragrafen är ny och motsvarar 17 kap. 14 § LOU, se kommentaren till den paragrafen.

## **Ikraftträdande- och övergångsbestämmelser**

1. Denna lag träder i kraft den 1 juli 2010.
2. Äldre bestämmelser gäller för upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet.

*Första punkten* genomför artikel 3.1 första stycket i ändringsdirektivet.

Övergångsbestämmelserna överensstämmer med de som föreslås avseende LOU, se kommentaren till dessa.

### **19.3 Förslaget till lag om ändring i offentlighets- och sekretesslagen (2009:400)**

#### **19 kap.**

**3 §** Sekretess gäller för uppgift som hänför sig till ärende om förvärv, överlåtelse, upplåtelse eller användning av egendom, tjänst eller annan nyttighet, om det kan antas att det allmänna lider skada om uppgiften röjs. Begreppet tjänst omfattar inte arbete som för en myndighets behov utförs av dess egen eller någon annan myndighets personal, om det inte är fråga om ett arbete som en myndighet i konkurrens med andra myndigheter eller enskilda erbjuder sig att utföra.

Om ett ärende enligt första stycket rör upphandling, får uppgift som rör anbud eller som rör motsvarande erbjudande inom en kommun, ett landsting eller en myndighet eller mellan statliga myndigheter inte i något fall lämnas till någon annan än den som har lämnat anbudet eller erbjudandet förrän alla anbud eller erbjudanden offentliggörs eller beslut om leverantör och anbud fattats eller ärendet dessförinnan har slutförts. *Under en elektronisk auktion får dock lämnas sådana uppgifter som avses i 5 a kap. 11 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller 5 a kap. 11 § lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster.* Sekretessen enligt detta stycke gäller inte vid ett ansökningsförfarande enligt lagen (2008:962) om valfrihetssystem.

Om ett ärende enligt första stycket rör försäljning av lös egendom för det allmännas räkning, får uppgift som rör anbud eller som rör motsvarande erbjudande inom en kommun, ett landsting eller en myndighet eller mellan statliga myndigheter inte i något fall lämnas till någon annan än den som har lämnat anbudet eller erbjudandet förrän alla anbud eller erbjudanden offentliggörs eller avtal har slutits eller ärendet annars har slutförts.

För uppgift i en allmän handling gäller sekretessen i högst tjugo år. Beträffande handling som anger villkoren i slutet avtal gäller sekretessen dock längst till dess två år, eller hos statliga affärsverk och Försvarets materielverk samt i kommunal affärsverksamhet fem år, har gått från det avtalet slöts.

*Andra stycket*, i vilket föreskrivs absolut sekretess för anbud under en upphandling, är ändrat till följd av att vissa uppgifter måste kunna lämnas ut för att en elektronisk auktion ska kunna genomföras, jfr 5 a kap. 11 § LOU och LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 13.6.