

# Lagrådsremiss

## Upphandling på försvars- och säkerhetsområdet

---

Regeringen överlämnar denna remiss till Lagrådet.

Stockholm den 3 februari 2011

*Stefan Attefall*

*Lars Hedengran*  
(Socialdepartementet)

## Lagrådsremissens huvudsakliga innehåll

Lagrådsremissen innehåller förslag till lag om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

Huvudsakligen genomför lagen 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. Direktivet reglerar upphandling inom försvars- och säkerhetsområdet. Syftet med direktivet är framför allt att skapa förutsättningar för upphandlingar av sådant material och sådana tjänster som är av så känslig natur att upphandling enligt 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) 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) inte lämpar sig.

Direktivet följer i princip de tidigare upphandlingsdirektiven. Den stora skillnaden jämfört med dessa är att direktivet innehåller bestämmelser om informationssäkerhet, försörjningstrygghet och underentreprenad. Till skillnad från det klassiska direktivet och försörjningsdirektivet innehåller direktivet även bestämmelser om rättsmedel. Dessa bestämmelser är i stor utsträckning desamma som bestämmelserna i 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 (rättsmedelsdirektivet).

Till följd av direktivet genomförs även ändringar i lagen (1971:289) om allmänna förvaltningsdomstolar, lagen (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet, lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (förkortad LOU), lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (förkortad LUF) och offentlighets- och sekretesslagen (2009:400).

Vidare föreslås vissa andra ändringar i LOU och LUF, bl.a. omstruktureras lagarnas 16 kap.

# Innehållsförteckning

1	Beslut .....	7
2	Lagtext .....	8
2.1	Förslag till lag om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet .....	8
2.2	Förslag till lag om ändring i lagen (1971:289) om allmänna förvaltningsdomstolar .....	74
2.3	Förslag till lag om ändring i lagen (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet.....	76
2.4	Förslag till lag om ändring i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling .....	78
2.5	Förslag till lag om ändring i lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster .....	99
2.6	Förslag till lag om ändring i offentlighets- och sekretesslagen (2009:400) .....	119
3	Ärendet och dess beredning .....	121
4	Bakgrund.....	122
4.1	Försvars- och säkerhetsmarknaden.....	122
4.1.1	Försvars- och säkerhetsmarknadens kännetecken .....	122
4.1.2	Den svenska politiska inriktningen.....	123
4.2	Gällande rätt .....	123
4.2.1	Allmänt om upphandlingslagarna.....	123
4.2.2	Direktivstyrd upphandling .....	124
4.2.3	Icke direktivstyrd upphandling .....	128
4.3	Direktivet om försvars- och säkerhetsupphandling .....	131
4.3.1	Bakgrund .....	131
4.3.2	Nyheter m.m. i förhållande till LOU och LUF... ..	132
5	En ny lagstiftning om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.....	138
5.1	Genomförande i en separat lag .....	138
5.2	Bilagor till lagen.....	139
5.3	Lagrådsremissens disposition .....	141
6	Tillämpningsområde, definitioner och grundläggande principer .	141
6.1	Tillämpningsområde.....	141
6.2	Upphandling som endast delvis faller inom tillämpningsområdet .....	146
6.3	Undantag från lagens tillämpningsområde .....	148
6.3.1	Upphandling enligt internationella regler .....	148
6.3.2	Undantag vid upphandling enligt internationella regler .....	149
6.3.3	Särskilda undantag.....	151
6.3.4	Upphandling som rör krigsmateriel m.m.....	154
6.4	Anskaffning från egna företag.....	158
6.5	Definitioner .....	159

6.6	Tröskelvärden .....	160
6.7	Vissa grundläggande EU-rättsliga principer .....	162
7	Upphandlingsförfaranden .....	164
7.1	Selektivt och förhandlat förfarande.....	164
7.2	Förenklat förfarande, urvals förfarande och direktupphandling .....	176
7.3	Konkurrenspräglad dialog.....	178
7.4	Elektronisk auktion .....	181
7.5	Ramavtal .....	184
7.6	Inköpscentraler.....	187
7.7	Reserverade kontrakt.....	189
8	Bestämmelser om förfarandet.....	190
8.1	Tekniska specifikationer .....	190
8.2	Anbud med alternativa utföranden.....	195
8.3	Information om beskattning, miljöskydd, arbetarskydd och arbetsvillkor .....	196
8.4	Särskilda villkor för fullgörande av kontrakt .....	197
8.5	Annonsering .....	198
8.6	Tidsfrister för att komma in med anbudsansökningar och anbud.....	203
8.7	Inbjudan att komma in med anbud, att förhandla eller att föra dialog .....	206
8.8	Kommunikation, information, dokumentation m.m. ....	208
8.8.1	Kommunikation m.m. ....	208
8.8.2	Information till leverantörer och anbudsgivarens bundenhet av sitt anbud.....	210
8.8.3	Protokoll och bevarande av handlingar .....	212
8.9	Uteslutning av leverantörer .....	215
8.10	Kontroll av leverantörers lämplighet och val av deltagare m.m. ....	225
8.10.1	Inledande bestämmelser .....	225
8.10.2	Krav på registrering, leverantörens ekonomiska ställning samt bevis på teknisk och yrkesmässig kapacitet .....	227
8.10.3	Kvalitetsstyrningsstandarder, standarder för miljöledning och officiella förteckningar .....	229
8.11	Begränsad kontroll .....	232
8.12	Tilldelning av kontrakt.....	233
8.13	Sekretess hos upphandlande myndigheter och enheter ..	235
8.14	Avslutande artiklar i direktivet.....	236
9	Informationssäkerhet .....	237
9.1	Säkerhetsskyddsklassificerade uppgifter.....	237
9.2	Krav på leverantörer och underleverantörer.....	244
9.3	Åtgärder och krav i annonsen om upphandling.....	245
9.4	Krav på innehåll i anbud .....	247
9.5	Bevis på en leverantörs kapacitet .....	248
9.6	System för granskning av säkerhetsskyddet.....	250
9.7	Kontroll av anbudssökandes säkerhetsskydd .....	252
10	Försörjningstrygghet.....	254

10.1	Krav om försörjningstrygghet .....	254
10.2	Krav på innehåll i anbud.....	257
10.3	Krav som inte får ställas .....	259
11	Underentreprenad.....	260
11.1	Bakgrund .....	260
11.2	Anbudsgivarens val av underleverantör .....	262
11.2.1	Huvudregel .....	262
11.2.2	Begäran om uppgifter om underentreprenad .....	263
11.3	Upphandlande myndigheters och enheters krav på underentreprenad .....	264
11.3.1	Krav på viss andel av kontraktet.....	264
11.3.2	Uppfyllelse av kravet på underentreprenad ..	265
11.3.3	Krav att ange föremålet för underentreprenad utöver minimiandelen .....	266
11.3.4	Villkor om tilldelning av underentreprenad..	267
11.3.5	Företag som går samman och anknutna företag . .....	268
11.3.6	Avvisning av underleverantör.....	269
11.3.7	Innehåll i annonsen.....	270
11.4	Skyldigheter för anbudsgivare som inte är upphandlande myndighet eller enhet .....	270
11.4.1	Inledning .....	270
11.4.2	Allmänna principer .....	270
11.4.3	Annonsering av underentreprenadskontrakt ..	271
11.4.4	Kriterier för urval .....	273
11.4.5	Ramavtal.....	273
11.5	Undantag från kravet att anlita underleverantör .....	275
11.6	Leverantörens ansvar.....	275
11.7	Tillämpningsbestämmelser för leverantörer som är upphandlande myndigheter eller enheter.....	276
11.8	Sammanfattning.....	277
12	Rättsmedel och tillsyn .....	278
12.1	Bestämmelser om rättsmedel tas in i lagen.....	278
12.2	Avtalsspärr och todagarsfrist .....	280
12.3	Överprövning av en upphandling .....	283
12.4	Överprövning av ett avtals giltighet .....	287
12.5	Beräkningen av vissa tider.....	293
12.6	Skadestånd.....	294
12.7	Upphandlingsskadeavgift .....	296
12.8	Tillsyn.....	300
12.9	Sekretess och säkerhetsprövning i domstol .....	301
12.10	Behörig domstol .....	305
13	Ändringar i andra lagar .....	307
13.1	LOU och LUF .....	307
13.1.1	Tillämplig lag .....	307
13.1.2	Lagarnas tillämpningsområde.....	308
13.1.3	Omdisponering av 16 kap. LOU och LUF. ..	310
13.1.4	Övriga ändringar i LOU och LUF .....	311
13.1.5	Bilagor till LOU och LUF .....	312

13.2	Följdändringar i andra lagar .....	313
14	Ikraftträdande- och övergångsbestämmelser .....	315
15	Konsekvensanalys .....	316
16	Författningskommentar.....	320
16.1	Förslaget till lag om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.....	320
16.2	Förslaget till lag om ändring i lagen (1971:289) om allmänna förvaltningsdomstolar.....	425
16.3	Förslaget till lag om ändring i lagen (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet .....	426
16.4	Förslaget till lag om ändring i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling.....	427
16.5	Förslaget till lag om ändring i lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster .....	436
16.6	Förslaget till lag om ändring i offentlighets- och sekretesslagen (2009:400).....	444

# 1 Beslut

Regeringen har beslutat att inhämta Lagrådets yttrande över förslag till

1. lag om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,
2. lag om ändring i lagen (1971:289) om allmänna förvaltningsdomstolar,
3. lag om ändring i lagen (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet,
4. lag om ändring i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
5. lag om ändring i lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster,
6. lag om ändring i offentlighets- och sekretesslagen (2009:400).

## 2 Lagtext

### 2.1 Förslag till lag om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet

Härigenom föreskrivs<sup>1</sup> följande.

#### **1 kap. Lagens innehåll och tillämpningsområde samt allmänna bestämmelser**

##### **Lagens innehåll**

**1 §** I denna lag finns föreskrifter om

- lagens innehåll och tillämpningsområde samt allmänna bestämmelser (1 kap.),
- definitioner (2 kap.),
- tröskelvärden (3 kap.),
- upphandlingsförfaranden (4 kap.),
- ramavtal (5 kap.),
- elektronisk auktion (6 kap.),
- tekniska specifikationer, informationssäkerhet och försörjningstrygghet m.m. (7 kap.),
- annonsering av upphandling (8 kap.),
- tidsfrister för att komma in med anbudsansökningar och anbud m.m. (9 kap.),
- kommunikation, information och dokumentation (10 kap.),
- uteslutning av leverantörer (11 kap.),
- kontroll av leverantörers lämplighet och val av deltagare m.m. (12 kap.),
- tilldelning av kontrakt (13 kap.),
- underentreprenad (14 kap.),
- upphandling som inte omfattas av direktivet (15 kap.),
- avtalspär, överprövning och skadestånd (16 kap.),
- upphandlingsskadeavgift (17 kap.), och
- tillsyn (18 kap.).

Till lagen hör följande bilagor:

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

<sup>1</sup> Jfr Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/81/EG av den 13 juli 2009 om samordning av förfarandena vid tilldelning av vissa kontrakt för byggentreprenader, varor och tjänster av upphandlande myndigheter och enheter på försvars- och säkerhetsområdet och om ändring av direktiven 2004/17/EG och 2004/18/EG (EUT L 216, 20.8.2009, s. 76, Celex 32009L0081).

## Lagens tillämpningsområde

**2 §** Denna lag gäller för upphandling på försvars- och säkerhetsområdet av

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

Endast 15 kap. tillämpas i fråga om upphandling som

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

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

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

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

### *Andra lagar om upphandling*

**3 §** Det finns bestämmelser om offentlig upphandling i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling och om upphandling i lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster.

### *Upphandling som faller inom flera tillämpningsområden*

**4 §** Denna lag ska tillämpas om en upphandling omfattas av såväl denna lag som lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster.

**5 §** Denna lag ska inte tillämpas när en upphandling delvis omfattas av denna lag, men i övrigt varken omfattas av lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster.

**6 §** Det som sägs i 4 och 5 §§ gäller bara om tilldelning av ett enda kontrakt är berättigat av objektiva skäl.

Ett beslut att tilldela ett enda kontrakt får inte fattas för att undvika att upphandlingen omfattas av denna lag, lagen (2007:1091) om offentlig

upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster.

## **Undantag från lagens tillämpningsområde**

### *Upphandling enligt andra internationella regler*

**7 §** Denna lag gäller inte upphandling som omfattas av särskilda förfaranderegler

1. i enlighet med ett internationellt avtal eller en överenskommelse mellan en eller flera av staterna inom Europeiska ekonomiska samarbetsområdet (EES) och någon eller några andra stater,

2. i enlighet med ett internationellt avtal eller en överenskommelse om stationering av militär personal och som rör en stats åtaganden, eller

3. som tillämpas av en internationell organisation som gör inköp för sitt eget bruk och inte heller kontrakt som tilldelas av en stat inom EES i enlighet med sådana särskilda förfaranderegler.

### *Särskilda undantag*

**8 §** Denna lag gäller inte för kontrakt

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

2. som avser underrättelseverksamhet,

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

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

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

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

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

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

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

7. som avser skiljemanna- eller förlikningsuppdrag,

8. som avser finansiella tjänster, utom försäkringstjänster,

9. som avser anställningar, eller

10. som avser forsknings- och utvecklingstjänster, med undantag för sådana vilkas resultat endast tillkommer en upphandlande myndighet eller enhet i den egna verksamheten och betalas av myndigheten eller enheten.

Första stycket 4 avser även civila inköp.

Med fastighet enligt första stycket 5 avses det som enligt jordabalken utgör eller tillhör en fastighet. Befintlig byggnad som tillhör någon annan än ägaren till jorden ska också anses utgöra en fastighet. Detsamma

gäller sådana tillbehör till byggnaden som avses i 2 kap. 2 och 3 §§ jordabalken, om de tillhör byggnadens ägare.

#### *Undantag för upphandling som avser krigsmateriel m.m.*

**9 §** I fråga om upphandling som omfattas av artikel 346.1 b EUF-fördraget får regeringen i enskilda fall besluta om de undantag från bestämmelserna i denna lag som är nödvändiga med hänsyn till rikets väsentliga säkerhetsintressen.

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

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

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

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

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

#### **Allmänna bestämmelser**

##### *Principer för upphandling*

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

##### *Rätten att få delta i en upphandling*

**11 §** En anbudssökande eller anbudsgivare, som enligt bestämmelser i det land i vilket verksamheten är etablerad har rätt att leverera den tjänst som kontraktet är avsett för, får inte uteslutas från att delta i en upphandling endast på grund av krav på att leverantören ska vara en fysisk eller en juridisk person.

När det gäller tjänste- och byggentreprenadkontrakt eller varukontrakt som också omfattar tjänster eller monterings- och installationsarbeten får juridiska personer uppmanas att i anbudet eller anbudsansökan uppge namn och yrkeskvalifikationer på de personer som ska utföra tjänsterna.

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

## 2 kap. Definitioner

### Allmänna definitioner

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

**2 §** Med *anknutet företag* avses

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

Ett *bestämmande inflytande* ska anses finnas om ett företag direkt eller indirekt, i förhållande till ett annat företag, innehar mer än hälften av andelarna i företaget eller kontrollerar majoriteten av röstetalet på grund av aktieägande eller motsvarande eller kan utse mer än halva antalet ledamöter i företagets styrelse eller motsvarande ledningsorgan.

**3 §** Med *byggentreprenadkontrakt* avses ett kontrakt som

1. avser utförande eller både projektering och utförande av arbete som är hänförligt till en verksamhet som anges i bilaga 1, eller
2. medför att ett byggnadsverk realiseras, oavsett hur kontraktet utformas, enligt krav som ställs upp av den upphandlande myndigheten eller enheten.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3. undertecknas av parterna eller signeras av dem med en elektronisk signatur.

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

1. i hög grad hotar eller inskränker människors liv och hälsa,

2. i hög grad påverkar egendomsvärden, eller

3. kräver åtgärder för att tillhandahålla befolkningen livsförnödenheter.

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

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

Med leverantör avses också en grupp av leverantörer.

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

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

**19 §** Med *offentligt styrda organ* avses sådana bolag, föreningar, delägarförvaltningar, särskilt bildade samfällighetsföreningar och stiftelser som tillgodoser behov i det allmännas intresse, under förutsättning att behovet inte är av industriell eller kommersiell karaktär, och

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

**25 §** Med *upphandlande enhet* avses dels upphandlande myndigheter enligt 26 § som bedriver sådan verksamhet som avses i 1 kap. 4–10 §§ lagen om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, dels sådana företag som

1. en upphandlande myndighet kan utöva ett bestämmande inflytande över på det sätt som anges i andra stycket, eller

2. bedriver verksamhet som omfattas av 1 kap. 4–10 §§ lagen om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster med stöd av en särskild rättighet eller ensamrätt enligt tredje stycket.

Ett *bestämmande inflytande* ska anses finnas om en upphandlande myndighet, direkt eller indirekt, i förhållande till ett företag innehar mer än hälften av andelarna i företaget eller kontrollerar majoriteten av röstetalet på grund av aktieäggande eller motsvarande eller kan utse mer än halva antalet ledamöter i företagets styrelse eller motsvarande ledningsorgan.

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

1. beviljats enligt lag eller annan författning,

2. begränsar rätten att utöva en sådan verksamhet som avses i 1 kap. 4–10 §§ lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster till ett eller flera företag, och

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

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

Vid tillämpning av denna lag ska med myndighet jämföras

1. beslutande församlingar i kommuner och landsting, och

2. offentligt styrda organ som avses i 19 §, samt

3. sammanslutningar av en eller flera myndigheter enligt första stycket eller församlingar enligt 1 eller sammanslutningar av ett eller flera organ enligt 2.

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

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

**29 §** Med *utrustning av känslig karaktär*, *byggtreprenad av känslig karaktär* och *tjänster av känslig karaktär* avses utrustning, byggtreprenad och tjänster som har ett säkerhetssyfte och som inbegriper, kräver eller innehåller säkerhetsskyddsklassificerade uppgifter.

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

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

### **Definitioner som gäller endast 15 kap.**

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

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

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

## **3 kap. Tröskelvärden**

### **Tröskelvärdenas storlek**

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

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

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

Värdet av kontraktet ska beräknas exklusive mervärdesskatt.

### **Beräkning av värdet av ett kontrakt**

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

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

## **Förbud i vissa fall mot att dela upp en upphandling**

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

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

## **Upphandling av delkontrakt**

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

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

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

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

## **Byggtreprenadkontrakt**

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

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

## **Varukontrakt som löper på viss tid eller på obestämd tid**

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

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

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

## **Varu- eller tjänstekontrakt som regelbundet återkommer eller som ska förnyas**

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

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

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

Valet av beräkningsmetod får inte göras i avsikt att kringgå bestämmelserna om upphandling över tröskelvärdena i denna lag.

## **Vissa tjänstekontrakt**

**10 §** Värdet av ett tjänstekontrakt ska beräknas med utgångspunkt i

1. när det gäller försäkringstjänster: den premie som ska betalas och andra former av ersättning,

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

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

## **Ramavtal**

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

## **4 kap. Upphandlingsförfaranden**

### **Selektivt och förhandlat förfarande samt konkurrenspräglad dialog**

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

Förhandlat förfarande utan föregående annonsering får dock användas under de förutsättningar och på det sätt som anges i 4–8 §§.

Konkurrenspräglad dialog får användas under de förutsättningar och på det sätt som anges i 9–20 §§.

### **Förhandlat förfarande med föregående annonsering**

**2 §** Vid förhandlat förfarande med föregående annonsering ska en upphandlande myndighet eller enhet förhandla med anbudsgivarna om de an-

bud som de har lämnat, för att anpassa anbudet till de krav som myndigheten eller enheten har angett i annonsen om upphandling, i förfrågningsunderlaget och i de kompletterande handlingarna samt för att få fram det bästa anbudet enligt 13 kap. 1 §.

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

### **Förhandlat förfarande utan föregående annonsering**

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

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

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

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

4. de bud som har lämnats vid ett selektivt förfarande, ett förhandlat förfarande med föregående annonsering eller en konkurrenspräglad dialog är ogiltiga eller inte kan godtas med hänsyn till

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

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

d) 7 kap. 15 § om informationssäkerhet,

e) 7 kap. 17 § om försörjningstrygghet,

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

g) 11 kap. om uteslutning av leverantörer,

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

i) 13 kap. om tilldelning av kontrakt, eller

j) 14 kap. om underentreprenad, eller

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

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

Första stycket 4 gäller bara om villkoren för kontraktet i förhållande till den tidigare upphandlingen inte ändras väsentligt.

I det förhandlade förfarandet enligt första stycket 4 ska den upphandlande myndigheten eller enheten bjuda in endast anbudsgivare som uppfyller kraven i 11 och 12 kap. och som vid ett föregående selektivt förfarande, ett föregående förhandlat förfarande med föregående annonsering eller en föregående konkurrenspräglad dialog har lämnat anbud som uppfyller de formella kraven vid upphandlingen. I förfarandet får inte andra än sådana anbudsgivare delta.

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

1. andra forsknings- och utvecklingstjänster än dem som avses i 1 kap. 8 §,

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

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

1. det gäller kompletterande leveranser av varor från den ursprungliga leverantören om

a) varorna är avsedda som antingen delvis utbyte av eller tillägg till tidigare leveranser, och

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

b) att arbetena tilldelas samma leverantör,

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

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

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

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

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

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

## **Konkurrenspräglad dialog**

### *Förutsättningar*

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

**10 §** Ett kontrakt anses som särskilt komplicerat om det inte rimligen kan krävas av en upphandlande myndighet eller enhet att den ska kunna

1. definiera de prestanda- eller funktionskrav enligt 7 kap. 3 § som kan tillgodose myndighetens eller enhetens behov eller med vilka dess mål kan uppnås, eller
2. ange den rättsliga eller finansiella utformningen av ett projekt.

### *Annonsering*

**11 §** Om en upphandlande myndighet eller enhet avser att använda sig av en konkurrenspräglad dialog, ska den i en annons ange detta. I annonsen eller i ett beskrivande dokument ska myndigheten eller enheten ange sina behov och krav.

### *Inledande av dialog*

**12 §** Den upphandlande myndigheten eller enheten ska inleda en dialog med de anbudssökande som har valts ut med tillämpning av 11 och 12 kap.

Dialogens syfte ska vara att identifiera och bestämma hur den upphandlande myndighetens eller enhetens behov bäst kan tillgodoses. Under dialogen får myndigheten eller enheten diskutera alla aspekter av kontraktet med de utvalda anbudssökandena, för att nå fram till en eller flera lösningar som kan tillgodose myndighetens behov och utgöra grunden för de anbud som de utvalda anbudssökandena bjuds in att lämna.

### *Genomförande av dialogen*

**13 §** Den upphandlande myndigheten eller enheten får bestämma att dialogen ska genomföras i successiva steg för att begränsa antalet lösningar som ska diskuteras under dialogen. I så fall ska det anges i annonsen eller i det beskrivande dokumentet. Begränsningen ska ske enligt de tilldelningskriterier som anges i annonsen eller i det beskrivande dokumentet. Det slutliga antalet lösningar ska alltid vara så stort att effektiv konkurrens uppnås, under förutsättning att det finns ett tillräckligt antal lösningar.

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

### *Uppmaning att lämna slutgiltiga anbud*

**15 §** När en underrättelse har lämnats enligt 14 § ska den upphandlande myndigheten eller enheten uppmana de deltagande anbudssökandena att lämna sina slutgiltiga anbud på grundval av den eller de lösningar som har lagts fram och preciserats under dialogen. Anbudena ska innehålla alla de faktorer och villkor som är nödvändiga för projektets genomförande.

### *Klarläggande och precisering av anbud*

**16 §** Den upphandlande myndigheten eller enheten får uppmana en deltagande anbudsgivare att klarlägga och precisera sitt anbud.

Sådana åtgärder eller kompletterande upplysningar får dock inte leda till att grundläggande delar av anbudet eller inbjudan att lämna anbud ändras så att det snedvrider konkurrensen eller leder till diskriminering.

### *Värdering av anbud*

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

**18 §** Den upphandlande myndigheten eller enheten ska anta det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga.

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

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

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

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

### *Priser eller betalning till deltagare*

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

## **Inköpscentraler**

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

När en inköpscentral som avses i 2 kap. 12 § 1 inte är en upphandlande myndighet eller enhet, ska den upphandlande myndigheten eller enheten anses ha följt denna lag om

1. de bestämmelser som har tillämpats av inköpscentralen vid kontraktstilldelningen överensstämmer med bestämmelserna i Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/81/EG av den 13 juli 2009 om samordning av förfarandena vid tilldelning av vissa kontrakt för byggentreprenader, varor och tjänster av upphandlande myndigheter och enheter på försvars- och säkerhetsområdet och om ändring av direktiven 2004/17/EG och 2004/18/EG<sup>2</sup>, och

<sup>2</sup> EUT L 216, 20.8.2009, s. 76 (Celex 32009L0081).

2. de kontrakt som tilldelats kan omfattas av effektiva åtgärder motsvarande dem som finns i avdelning IV i direktivet.

## **5 kap. Ramavtal**

### **Tillämpliga bestämmelser**

**1 §** En upphandlande myndighet eller enhet får ingå ramavtal med tillämpning av bestämmelserna om upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster i denna lag.

### **Tilldelning av kontrakt**

**2 §** Kontrakt som grundar sig på ett ramavtal ska tilldelas enligt 4, 6 eller 7 §. Ett sådant kontrakt får slutas endast mellan en upphandlande myndighet eller enhet och en leverantör som är part i ramavtalet.

Vid tilldelning av kontrakt som grundar sig på ett ramavtal får parterna inte väsentligt avvika från villkoren i ramavtalet.

### **Ramavtalets löptid**

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

### **Ramavtal med en enda leverantör**

**4 §** Om ett ramavtal ingåtts med en enda leverantör, ska villkoren i ett kontrakt som grundar sig på ramavtalet överensstämma med villkoren i ramavtalet.

Vid tilldelningen av sådana kontrakt får den upphandlande myndigheten eller enheten skriftligen samråda med den leverantör som är part i ramavtalet och vid behov uppmana leverantören att komplettera sitt anbud.

### **Ramavtal med flera leverantörer**

**5 §** Om ett ramavtal ingås med flera leverantörer, i enlighet med 6 eller 7 §, ska dessa vara minst tre, om det finns ett tillräckligt antal leverantörer som uppfyller urvalskriterierna och ett tillräckligt antal godtagbara anbud som uppfyller de tilldelningskriterier enligt 13 kap. 1 § andra stycket som angetts i förfrågningsunderlaget till ramavtalet.

**6 §** Om ramavtal ingåtts med flera leverantörer enligt 5 §, får tilldelning av kontrakt som grundar sig på ramavtalet ske genom tillämpning av villkoren i ramavtalet utan förnyad inbjudan att lämna anbud.

Kontrakt ska tilldelas den leverantör som har lämnat det bästa anbudet på grundval av de villkor som angetts i ramavtalet.

**7 §** Om ramavtal ingåtts med flera leverantörer enligt 5 § och om inte alla villkor är angivna i ramavtalet, ska parterna bjudas in att på nytt lämna anbud i enlighet med de villkor som anges i ramavtalet. Dessa villkor får om det är nödvändigt preciseras och vid behov kompletteras med andra villkor som angetts i förfrågningsunderlaget till ramavtalet.

Vid tillämpning av första stycket ska

1. den upphandlande myndigheten eller enheten för varje kontrakt som ska tilldelas skriftligen samråda med de leverantörer som kan genomföra kontraktet,

2. den upphandlande myndigheten eller enheten ange en tidsfrist som är tillräcklig för att lämna in anbud för varje särskilt kontrakt, med hänsyn tagen till upphandlingens art och omfattning,

3. anbudet lämnas skriftligen och den upphandlande myndigheten eller enheten inte ta del av innehållet i dem innan den angivna svarstiden har löpt ut, och

4. den upphandlande myndigheten eller enheten tilldela varje enskilt kontrakt till den anbudsgivare som har lämnat det bästa anbudet på grundval av de tilldelningskriterier som angetts i förfrågningsunderlaget till ramavtalet.

## **6 kap. Elektronisk auktion**

### **Tillämpningsområde**

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

1. selektivt förfarande,
2. förhandlat förfarande med föregående annonsering,
3. förnyad konkurrensutsättning inom ett ramavtal enligt 5 kap. 7 §,
4. förenklat förfarande, och
5. urvalsförfarande.

**2 §** Den elektroniska auktionen ska möjliggöra en rangordning på grund av automatiska utvärderingsmetoder och ska grundas på

1. priser, när kontraktet ska tilldelas den leverantör som erbjudit det lägsta priset, eller

2. priser eller nya värden på de delar av anbudet 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 eller enheten ange det i annonsen om upphandling.

### **Förfrågningsunderlag**

**4 §** Av förfrågningsunderlaget ska bl.a. framgå

1. de delar av anbudet, vars värden kan kvantifieras och uttryckas i siffror eller procental, som kommer att vara föremål för den elektroniska auktionen,

2. de eventuella gränserna för de värden som kan presenteras, baserade på en bedömning av specifikationerna för föremålet för upphandlingen,
3. vilka uppgifter som kommer att göras tillgängliga för anbudsgivarna under den elektroniska auktionen och när detta kommer att ske,
4. relevanta uppgifter om genomförandet av den elektroniska auktionen,
5. på vilka villkor anbudsgivarna kan lämna anbud, däribland de minsta skillnader mellan anbuderna som kan ha bestämts, och
6. relevanta uppgifter om den elektroniska utrustning som används och om anslutningen till denna utrustning.

### **Första utvärdering av anbud**

**5 §** Innan en upphandlande myndighet eller enhet inleder en elektronisk auktion ska myndigheten eller enheten genomföra en första fullständig utvärdering av anbuderna 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 godtagbara anbud ska bjudas in med elektroniska medel att lämna nya priser eller värden.

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

**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 fastställas 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 eller enheten omedelbart meddela varje anbudsgivare tillräckliga upplysningar för att de ska ha kännedom om sin plats i rangordningen.

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

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

## **Avslutande av en elektronisk auktion**

**12 §** En elektronisk auktion ska avslutas av den upphandlande myndigheten eller enheten

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

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

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

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

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

**13 §** När den elektroniska auktionen har avslutats, ska den upphandlande myndigheten eller enheten tilldela kontraktet på grundval av resultatet av den elektroniska auktionen.

## **7 kap. Tekniska specifikationer, informationssäkerhet och försörjningstrygghet m.m.**

### **Tekniska specifikationer**

**1 §** Tekniska specifikationer ska ingå i annonsen om upphandling, förfrågningsunderlaget, det beskrivande dokumentet eller de kompletterade handlingarna. Specifikationerna ska vara utformade på något av de sätt som anges i 2 och 3 §§.

### **Tekniska specifikationer som hänvisar till en standard**

**2 §** De tekniska specifikationerna ska, om inte 3 § tillämpas, vara utformade med hänvisning till de tekniska specifikationer som definieras i bilaga 4, och i turordning hänvisa till

1. svensk civil standard som överensstämmer med europeisk standard,
2. europeiskt tekniskt godkännande,
3. gemensam civil teknisk specifikation,

4. svensk civil standard som överensstämmer med internationell standard,

5. annan internationell civil standard,

6. annat tekniskt referenssystem som utarbetats av europeiska standardiseringsorgan,

7. annan svensk civil standard, svenskt tekniskt godkännande eller svensk teknisk specifikation om projektering, beräkning och utförande av byggtreprenader samt materialanvändning,

8. civil teknisk specifikation som har sitt ursprung i industrin och som i stor utsträckning accepteras av industrin, eller

9. svensk standard på försvarsområdet såsom den definieras i punkt 3 i bilaga 4 och liknande specifikation för försvarsmaterial.

Varje hänvisning som avses i första stycket ska följas av orden ”eller likvärdigt”.

Första stycket gäller inte, om det i någon annan författning finns avvikande bestämmelser eller om det finns avvikande tekniska krav i internationella standardiseringsavtal.

### **Tekniska specifikationer i form av prestanda- eller funktionskrav**

**3 §** En upphandlande myndighet eller enhet får ange de tekniska specifikationerna som prestanda- eller funktionskrav. I dessa krav får miljöegenskaper ingå. Kraven ska vara så utformade att föremålet för upphandlingen klart framgår.

En upphandlande myndighet eller enhet får hänvisa till de tekniska specifikationerna enligt 2 § som ett sätt för leverantören att visa att de uppställda prestanda- eller funktionskraven enligt första stycket är uppfyllda.

En upphandlande myndighet eller enhet får ange de tekniska specifikationerna genom hänvisning till specifikationerna enligt 2 § i fråga om vissa egenskaper och till prestanda- eller funktionskraven enligt första stycket i fråga om andra egenskaper.

### **Uppgifter om ursprung, tillverkning m.m.**

**4 §** De tekniska specifikationerna får inte innehålla uppgifter om ursprung, tillverkning eller särskilt framställningssätt eller hänvisningar till varumärke, patent, typ, ursprung eller tillverkning, om detta leder till att vissa företag gynnas eller missgynnas.

Sådana uppgifter och hänvisningar får dock förekomma i specifikationerna, om det annars inte är möjligt att beskriva föremålet för upphandlingen tillräckligt preciserat och begripligt. En sådan uppgift eller hänvisning ska följas av orden "eller likvärdigt".

### **Likvärdiga lösningar**

**5 §** Om en upphandlande myndighet eller enhet väljer att hänvisa till tekniska specifikationer enligt 2 §, får den inte förkasta ett anbud enbart på grund av att varorna eller tjänsterna inte stämmer överens med specifikationer som den har hänvisat till, om anbudsgivaren i sitt anbud

kan visa att de föreslagna lösningarna på ett likvärdigt sätt uppfyller kraven enligt de tekniska specifikationerna.

**6 §** Om en upphandlande myndighet eller enhet väljer att i enlighet med 3 § ange prestanda- eller funktionskrav, får den inte på grund av dessa krav förkasta ett anbud, om anbudsgivaren kan visa att anbudet överensstämmer med

1. en nationell standard som överensstämmer med en europeisk standard,
2. ett europeiskt tekniskt godkännande,
3. en gemensam teknisk specifikation,
4. en internationell standard, eller
5. ett tekniskt referenssystem som har utarbetats av ett europeiskt standardiseringsorgan.

Första stycket gäller under förutsättning att standardenliga byggtrenader, varor eller tjänster uppfyller de prestanda- eller funktionskrav som den upphandlande myndigheten eller enheten har ställt upp.

### **Miljömärken**

**7 §** Om en upphandlande myndighet eller enhet anger miljöegenskaper i form av prestanda- eller funktionskrav enligt 3 §, får den använda detaljerade specifikationer, eller vid behov delar av dessa, som fastställts för miljömärken, om

1. specifikationerna är lämpliga för att definiera egenskaperna hos de varor eller tjänster som ska upphandlas,
2. kraven för märket har utarbetats på grundval av vetenskapliga rön, och
3. märkena är tillgängliga för alla berörda parter.

Den upphandlande myndigheten eller enheten får ange att varor eller tjänster som är försedda med ett sådant miljömärke ska antas motsvara de tekniska specifikationer som angetts i förfrågningsunderlaget, men ska godtas även annat lämpligt bevis för att så är fallet.

### **Erkända organ**

**8 §** Upphandlande myndigheter eller enheter ska godta intyg från organ som är erkända i ett EES-land.

### **Anbud med alternativa utföranden**

**9 §** Ska en upphandlande myndighet eller enhet anta det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, får den tillåta anbudsgivare att lämna anbud med alternativa utföranden.

En upphandlande myndighet eller enhet ska i annonsen om upphandlingen ange om den godkänner anbud med alternativa utföranden. Om detta inte anges, är anbud med alternativa utföranden inte tillåtna.

En upphandlande myndighet eller enhet som tillåter anbud med alternativa utföranden ska i kravspecifikationer ange vilka minimikrav

som gäller för sådana anbud och de särskilda villkor som gäller för hur de ska presenteras.

Endast sådana anbud som uppfyller minimikraven får beaktas vid upphandlingen.

**10 §** Vid tilldelning av varu- eller tjänstekontrakt får en upphandlande myndighet eller enhet som har tillåtit anbud med alternativa utföranden enligt 9 § inte förkasta ett sådant anbud enbart på grund av att det, om det antas, skulle bli ett tjänstekontrakt i stället för ett varukontrakt eller ett varukontrakt i stället för ett tjänstekontrakt.

### **Information om beskattning, miljöskydd, arbetarskydd och arbetsvillkor**

**11 §** En upphandlande myndighet eller enhet får i förfrågningsunderlaget upplysa om vilka organ som kan lämna en anbudssökande eller anbudsgivare information om de bestämmelser om beskattning, miljöskydd, arbetarskydd och arbetsvillkor som kommer att gälla vid de tjänster eller byggtreprenader som ska omfattas av kontraktet.

Om den upphandlande myndigheten eller enheten lämnar sådana upplysningar om arbetarskydd och arbetsvillkor, ska den begära att anbudsgivare bekräftar att hänsyn har tagits till bestämmelserna om sådana villkor vid utformningen av anbudet.

Första och andra styckena ska inte påverka tillämpningen av bestämmelserna i 13 kap. 3 § om granskning av onormalt låga anbud.

### **Särskilda villkor för fullgörande av kontrakt**

**12 §** En upphandlande myndighet eller enhet får ställa särskilda villkor för hur ett kontrakt ska fullgöras. Dessa villkor kan särskilt avse underentreprenad, informationssäkerhet eller försörjningstrygghet. Även sociala, miljömässiga och andra villkor får ställas. Villkoren ska anges i annonsen om upphandling, förfrågningsunderlaget, det beskrivande dokumentet eller de kompletterande handlingarna.

### **Informationssäkerhet**

**13 §** En upphandlande myndighet eller enhet får kräva att en leverantör uppfyller vissa krav för att skydda säkerhetsskyddsklassificerade uppgifter, som myndigheten eller enheten överlämnar under upphandlingsförfarandet.

Den upphandlande myndigheten eller enheten får också kräva att en leverantör ska säkerställa att dess underleverantörer uppfyller sådana krav som avses i första stycket.

**14 §** En upphandlande myndighet eller enhet ska i annonsen om upphandling, förfrågningsunderlaget, det beskrivande dokumentet eller de kompletterande handlingarna precisera alla de åtgärder och krav som är nödvändiga för att trygga säkerheten för säkerhetsskyddsklassificerade

uppgifter när det gäller kontrakt som innehåller, inbegriper eller kräver sådana uppgifter.

**15 §** En upphandlande myndighet eller enhet får kräva att anbudens innehåller

1. en utfästelse från anbudsgivaren och de underleverantörer som redan valts ut om att de på lämpligt sätt kommer att skydda säkerhets-skyddsklassificerade uppgifter som de har tillgång till eller som de kommer att få kännedom om under genomförande av kontraktet och efter det att kontraktet har genomförts eller upphört att gälla,

2. en utfästelse från anbudsgivaren om att få den utfästelse som föreskrivs i 1 från andra underleverantörer som denne kommer att anlita under genomförandet av kontraktet,

3. tillräcklig information om de underleverantörer som redan valts ut för att den upphandlande myndigheten eller enheten ska kunna fastställa att var och en av dem har den kapacitet som krävs för att kunna skydda säkerhetsskyddsklassificerade uppgifter som de har tillgång till eller kommer att åläggas att framställa när de genomför underleverantörskontraktet, eller

4. en utfästelse från anbudsgivaren om att denne ska tillhandahålla den information som avses i 3 om nya underleverantörer innan dessa tilldelas kontrakt.

En upphandlande myndighet eller enhet får kräva att anbudens även innehåller annat för att trygga säkerheten för information.

### **Försörjningstrygghet**

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

**17 §** En upphandlande myndighet eller enhet får kräva att anbudens innehåller

1. certifiering eller dokumentation som visar i vilken utsträckning anbudsgivaren har förmåga att uppfylla sina skyldigheter i fråga om export, överföring och transitering av varor i samband med kontraktet,

2. uppgifter om eventuella begränsningar som exportkontroll eller säkerhetsarrangemang kan komma att medföra för den upphandlande myndigheten eller enheten i fråga om att sprida, överföra eller använda varorna och tjänsterna eller resultat av dessa varor och tjänster,

3. certifiering eller dokumentation som visar att organisationen och lokaliseringen av anbudsgivarens försörjningskedja gör det möjligt för denne att uppfylla kraven om försörjningstrygghet som den upphandlande myndigheten eller enheten anger i annonsen om upphandling, förfrågningsunderlaget, det beskrivande dokumentet eller de kompletterade handlingarna,

4. en utfästelse från anbudsgivaren om att se till att eventuella ändringar i försörjningskedjan under genomförandet av kontraktet inte kommer att inverka negativt på uppfyllandet av kraven om försörj-

ningstrygghet i annonsen om upphandling, förfrågningsunderlaget, det beskrivande dokumentet eller de kompletterade handlingarna,

5. en utfästelse från anbudsgivaren att, i enlighet med villkor som parterna ska komma överens om, upprätta eller upprätthålla den kapacitet som krävs för att tillmötesgå den upphandlande myndighetens eller enhetens eventuellt ökade behov till följd av en kris,

6. dokumentation i fråga om att uppfylla den upphandlande myndighetens eller enhetens ökade behov till följd av en kris,

7. en utfästelse från anbudsgivaren att utföra underhåll, modernisering och anpassningar av den utrustning som är föremål för upphandlingen,

8. en utfästelse från anbudsgivaren att i tid informera den upphandlande myndigheten eller enheten om varje förändring i anbudsgivarens organisation, försörjningskedja eller industriella strategi som kan påverka anbudsgivarens skyldigheter gentemot den upphandlande myndigheten eller enheten, eller

9. en utfästelse från anbudsgivaren att, i enlighet med villkor som parterna ska komma överens om, förse den upphandlande myndigheten eller enheten med allt som behövs för produktion av reservdelar, komponenter, särskilda tillbehör och särskild testutrustning, inklusive ritningar, licenser och instruktioner, för den händelse anbudsgivaren inte längre kan tillhandahålla denna utrustning.

En upphandlande myndighet eller enhet får kräva att anbuderna även innehåller annat för att visa att anbudsgivaren uppfyller kraven i fråga om försörjningsstrygghet.

**18 §** En upphandlande myndighet eller enhet får inte kräva ett åtagande av en anbudsgivare som begränsar möjligheten för organ i licensgivarens stat att i enlighet med internationell rätt eller unionslagstiftning tillämpa de nationella kriterier som gäller för beviljande av licens för export, överföring eller transitering under de förhållanden som råder vid tidpunkten för ett sådant beslut.

## **8 kap. Annonsering av upphandling**

### **Obligatorisk och icke-obligatorisk annonsering av upphandlingar**

**1 §** En upphandlande myndighet eller enhet som avser att tilldela ett kontrakt eller ingå ett ramavtal ska annonsera upphandlingen, om inte något annat följer av 4 kap. 4–8 §§.

### **Information om planerade upphandlingar (förhandsannonsering)**

**2 §** En upphandlande myndighet eller enhet som vill tillämpa bestämmelserna om förkortning av tidsfrister i 9 kap. 3 § får i en annons lämna information om de kontrakt eller ramavtal som myndigheten eller enheten avser att tilldela respektive ingå under de närmast följande tolv månaderna (förhandsannonsering).

### **Annonsering om resultatet av en upphandling (efterannonsering)**

**3 §** En upphandlande myndighet eller enhet som har tilldelat ett kontrakt eller ingått ett ramavtal ska till Europeiska kommissionen skicka en annons om upphandlingsresultatet senast 48 dagar efter det att kontraktet tilldelats eller ramavtalet ingåtts (efterannonsering).

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

### **Annonsering vid förhandsinsyn**

**4 §** En upphandlande myndighet eller enhet som avser att tilldela ett kontrakt genom förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt 4 kap. 4–8 §§ får skicka en annons om sin avsikt till Europeiska kommissionen (förhandsinsyn).

## **9 kap. Tidsfrister för att komma in med anbudsansökningar och anbud m.m.**

### **Förhållanden som ska beaktas när tidsfristernas längd bestäms**

**1 §** När tidsfrister för att komma in med anbudsansökningar och anbud bestäms av den upphandlande myndigheten eller enheten ska särskild hänsyn tas till hur komplicerad upphandlingen är och hur lång tid som leverantörer kan antas behöva för att utarbeta anbuden. Dock ska tidsfristerna i detta kapitel iakttas.

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

**2 §** Vid selektivt förfarande, konkurrenspräglad dialog och förhandlat förfarande med föregående annonsering ska tidsfristen för att komma in med anbudsansökningar vara minst 37 dagar från den dag då annonsen om upphandling skickades för publicering.

Vid selektivt förfarande ska tidsfristen för att komma in med anbud vara minst 40 dagar från den dag då en inbjudan enligt 8 § skickades till utvalda anbudssökande.

Första och andra styckena gäller om inte något annat följer av 3–7 §§.

### **Tidsfrist efter förhandsannonsering**

**3 §** Om den upphandlande myndigheten eller enheten har förhandsannonserat enligt 8 kap. 2 §, bör tidsfristen för att komma in med anbud vid selektivt förfarande vara minst 36 dagar och får inte i något fall vara kortare än 22 dagar från den dag då annonsen skickades för publicering.

De tidsfrister som anges i första stycket får användas endast om

1. förhandsannonsen innehöll de uppgifter som anges i bilaga IV till direktiv 2009/81/EG, i den mån uppgifterna var tillgängliga vid tidpunkten för förhandsannonseringen, och

2. minst 52 dagar, men högst 12 månader, gått från den dag då förhandsannonsen skickades för publicering.

### **Förkortad tidsfrist vid användning av elektroniska medel**

**4 §** Om en annons utarbetas och skickas med elektroniska medel, får tidsfristen enligt 2 § första stycket för att komma in med anbudsansökningar vid selektivt förfarande, konkurrenspräglad dialog eller förhandlat förfarande med föregående annonsering, förkortas med sju dagar.

**5 §** Tidsfristerna för att komma in med anbud vid selektivt förfarande får, utöver vad som följer av 4 §, förkortas med fem dagar, om den upphandlande myndigheten eller enheten med elektroniska medel ger fri, direkt och fullständig tillgång till hela förfrågningsunderlaget från den dag då annonsen om upphandlingen skickades till Europeiska kommissionen för publicering. Den Internetadress där förfrågningsunderlaget finns tillgängligt ska anges i annonsen.

### **Förlängning av tidsfrister**

**6 §** Tillhandahålls inte hela förfrågningsunderlaget och kompletterande upplysningar inom de tidsfrister som anges i 10 §, trots att detta begärts i god tid, ska fristerna för att komma in med anbud förlängas så att alla leverantörer ska kunna få kännedom om all den information som behövs för att utarbeta ett anbud.

Första stycket gäller även om anbud inte kan lämnas annat än efter ett besök på plats.

### **Förkortade tidsfrister på grund av tidsbrist i vissa fall**

**7 §** Om det vid selektivt förfarande eller vid förhandlat förfarande med föregående annonsering på grund av tidsbrist inte är möjligt att tillämpa de tidsfrister som anges i detta kapitel, får en upphandlande myndighet eller enhet ange att tidsfristen för att komma in med anbudsansökningar, räknat från den dag då annonsen om upphandling skickades för publicering, ska vara minst 15 dagar eller, om annonsen skickades med elektroniska medel, minst 10 dagar.

Under förutsättning av tidsbrist får en upphandlande myndighet eller enhet ange att tidsfristen för att komma in med anbud vid selektivt förfarande ska vara minst 10 dagar från den dag då inbjudan att lämna anbud skickades.

### **Inbjudan att komma in med anbud eller att förhandla**

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

**8 §** Vid selektivt förfarande, konkurrenspräglad dialog och förhandlat förfarande med föregående annonsering ska en upphandlande myndighet

eller enhet vid ett och samma tillfälle skicka en skriftlig inbjudan till samtliga utvalda anbudssökande att komma in med anbud, att delta i dialogen eller att förhandla.

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

En inbjudan ska dessutom innehålla minst uppgift om

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

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

3. en hänvisning till annonsen om upphandlingen,

4. vilka handlingar som ska bifogas,

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

6. övriga uppgifter av betydelse för upphandlingen.

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

**9 §** Om någon annan än den upphandlande myndigheten eller enheten på begäran ska lämna ut hela eller delar av förfrågningsunderlaget, det beskrivande dokumentet eller de kompletterande handlingarna, ska adressen anges i inbjudan. Om en tidsfrist gäller för en sådan begäran och om en avgift ska betalas för de begärda handlingarna, ska upplysning om fristen och avgiften samt betalningsvillkor anges i inbjudan.

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

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

**10 §** Den upphandlande myndigheten eller enheten ska vid selektivt och förhandlat förfarande samt vid konkurrenspräglad dialog lämna ut kompletterande upplysningar om förfrågningsunderlaget, det beskrivande dokumentet eller kompletterande handlingar senast sex dagar före angiven sista dag för att komma in med anbud, förutsatt att sådana upplysningar begärts i god tid.

Vid påskyndat förfarande enligt 7 § andra stycket ska denna tidsfrist vara fyra dagar.

## **10 kap. Kommunikation, information och dokumentation**

### **Regler för kommunikation**

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

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

Myndigheten eller enheten får tillåta att en anbudsansökan görs per telefon.

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

**2 §** Vid kommunikation med elektroniska medel ska dessa vara icke-diskriminerande, allmänt tillgängliga och möjliga att använda tillsammans med sådan maskin- och programvara som i allmänhet används.

**3 §** Information om de specifikationer som är nödvändiga för elektronisk inlämning av anbudsansökningar och anbud, inbegripet kryptering, ska finnas tillgänglig för alla berörda parter.

En upphandlande myndighet eller enhet får kräva att elektroniska anbud ska vara försedda med en avancerad elektronisk signatur enligt lagen (2000:832) om kvalificerade elektroniska signaturer.

En upphandlande myndighet eller enhet ska ha sådan utrustning att den elektroniskt kan ta emot anbudsansökningar, anbud, ritningar och planer på ett säkert sätt. Utrustningen ska vara försedd med sådana säkerhetsanordningar att vissa uppgifter går att få fram, att bara behöriga personer ska få tillgång till uppgifterna och att det ska gå att spåra om någon obehörig har tagit del av uppgifterna.

Regeringen meddelar närmare föreskrifter om säkerhetsanordningarna.

### **Skyldighet att lämna in intyg m.m.**

**4 §** Vid användning av elektroniska medel enligt 1 § ska anbudssökande och anbudsgivare före utgången av tidsfristen för att lämna anbudsansökan eller anbud i annan form lämna in sådana handlingar som avses i 11 kap. 3 §, 12 kap. 7, 8, 10, 11, 15 och 17–19 §§, om de inte finns tillgängliga i elektronisk form.

### **Bekräftelse av ansökan om att få lämna anbud**

**5 §** En upphandlande myndighet eller enhet får begära att en anbudsansökan som görs per telefax ska bekräftas genom ett annat elektroniskt medel enligt 3 § andra stycket eller genom en egenhändigt undertecknad handling som är myndigheten eller enheten tillhanda före utgången av den tidsfrist som myndigheten eller enheten anger.

Har en anbudsansökan gjorts per telefon, ska en bekräftelse skickas före utgången av ansökningstiden.

Den upphandlande myndigheten eller enheten ska i annonsen om upphandling ange sådana villkor som avses i första och andra styckena.

### **Uppgifter från leverantörer ska bevaras säkert**

**6 §** Kommunikation, informationsutbyte och lagrade uppgifter som rör ett upphandlingsärende ska bevaras säkert.

### **Öppnande av anbud**

**7 §** Den upphandlande myndigheten eller enheten får inte ta del av innehållet i anbudsansökningarna och anbudena förrän tidsfristen för att komma in med anbudsansökan respektive anbud har gått ut.

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

### **Rättelse av fel, förtydligande och komplettering**

**8 §** En upphandlande myndighet eller enhet får tillåta att en anbuds-sökande eller anbudsgivare rättar en uppenbar felskrivning eller fel-räkning eller något annat uppenbart fel i anbudsansökan eller anbudet.

Myndigheten eller enheten får begära att en anbudsansökan eller ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för sär-behandling eller konkurrensbegränsning. Myndigheten eller enheten får också begära att en leverantör förtydligar eller kompletterar handlingar som getts in och som avses i 11 och 12 kap.

### **Information till leverantörer**

#### *Underrättelse om beslut*

**9 §** En upphandlande myndighet eller enhet ska snarast möjligt skriftligen underrätta anbudssökandena och anbudsgivarna om de beslut som har fattats om att sluta ett ramavtal eller att tilldela ett kontrakt och om skälen för besluten. I underrättelsen ska myndigheten eller enheten ange den period under vilken avtal enligt 16 kap. 1 § inte får ingås (avtalsspärr).

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

### *Upplysningar på begäran av en leverantör*

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

En upphandlande myndighet eller enhet ska på skriftlig begäran av en anbudsgivare som har lämnat ett godtagbart anbud som har förkastats, lämna upplysningar om utformningen av och de relativa fördelarna med det valda anbudet samt namnet på den anbudsgivare som tilldelats kontraktet eller parterna i ramavtalet.

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

### **Anbudsgivare är bunden av sitt anbud**

**11 §** En upphandlande myndighet eller enhet ska i förfrågningsunderlaget ange den tid som en anbudsgivare ska vara bunden av sitt anbud.

En anbudsgivare är bunden av sitt anbud även om anbudsgivaren har fått underrättelse enligt 9 § första stycket eller upplysningar enligt 10 §.

### **Protokoll**

**12 §** En upphandlande myndighet eller enhet ska för varje upphandling upprätta ett protokoll, där det bl.a. ska framgå

1. det valda upphandlingsförfarandet,
2. skälen till att ett anbud förkastats,
3. skälen till att ett kontrakt eller ramavtal inte tilldelats en leverantör,
4. skälen till att förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt 4 kap. 4–8 §§ tillämpats,
5. skälen till att tidsfristen i 4 kap. 6 § andra stycket eller 4 kap. 7 § tredje stycket eller gränsen i 4 kap. 7 § andra stycket överskridits,
6. skälen till att konkurrenspräglad dialog tillämpats, och
7. skälen till att ett ramavtal har en löptid på mer än sju år.

En upphandlande myndighet eller enhet är skyldig att på Europeiska kommissionens begäran sända protokollet eller huvuddragen i det till kommissionen.

Regeringen meddelar närmare föreskrifter om vad ett protokoll ska innehålla.

### **Bevarande av handlingar**

**13 §** När en upphandling har avslutats ska en upphandlande myndighet eller enhet som inte omfattas av arkivlagen (1990:782) på betryggande sätt förvara anbudsansökningar och anbud med tillhörande beskrivningar, modeller och ritningar samt anbudsförteckningar, sammanställningar, protokoll och liknande.

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

## 11 kap. Uteslutning av leverantörer

### Omständigheter som ska medföra uteslutning av leverantörer

1 § En upphandlande myndighet eller enhet ska utesluta en leverantör från att delta i en upphandling, om myndigheten eller enheten får kännedom om att leverantören enligt en lagakraftvunnen dom är dömd för brott som innefattar

1. sådan brottslighet som avses i artikel 2 i rådets rambeslut 2008/841/RIF av den 24 oktober 2008 om kampen mot organiserad brottslighet<sup>3</sup>,

2. bestickning enligt definitionen i artikel 3 i rådets akt av den 26 maj 1997 om utarbetande på grundval av artikel K 3.2 c i fördraget om Europeiska unionen av konventionen om kamp mot korruption som tjänstemän i Europeiska gemenskaperna eller Europeiska unionens medlemsstater är delaktiga i<sup>4</sup>, respektive artikel 2.1 i rådets rambeslut 2003/568/RIF av den 22 juli 2003 om kampen mot korruption inom den privata sektorn<sup>5</sup>,

3. bedrägeri i den mening som avses i artikel 1 i konventionen som utarbetats på grundval av artikel K.3 i fördraget om Europeiska unionen, om skydd av Europeiska gemenskapernas finansiella intressen<sup>6</sup>,

4. penningtvätt och finansiering av terrorism enligt definitionen i artikel 1 Europaparlamentets och rådets direktiv 2005/60/EG av den 26 oktober 2005 om åtgärder för att förhindra att det finansiella systemet används för penningtvätt och finansiering av terrorism<sup>7</sup>, eller

5. terroristbrott eller brott med anknytning till terroristverksamhet såsom de definieras i artikel 1 respektive 3 i rådets rambeslut 2002/475/RIF av den 13 juni 2002 om bekämpande av terrorism eller anstiftan, medhjälp och försök att begå brott i den mening som avses i artikel 4 i nämnda rambeslut<sup>8</sup>.

Är leverantören en juridisk person, ska leverantören uteslutas om en företrädare för den juridiska personen har dömts för brottet.

Om det finns grundad anledning anta att en leverantör ska uteslutas med stöd av första stycket, får myndigheten eller enheten begära att leverantören visar att det inte finns någon grund för uteslutning.

Om det finns särskilda skäl, får en upphandlande myndighet eller enhet avstå från att utesluta en leverantör som dömts för brottslighet enligt första stycket.

### Omständigheter som får medföra uteslutning av leverantörer

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

<sup>3</sup> EUT L 300, 11.11.2008, s. 42 (Celex 32008F0841).

<sup>4</sup> EGT C 195, 25.6.1997, s. 1 (Celex 31997F0625/01/).

<sup>5</sup> EGT L 358, 31.12.1998, s. 2 (Celex 31998F0742).

<sup>6</sup> EGT C 316, 27.11.1995, s. 48 (Celex 31995F1127/03/).

<sup>7</sup> EUT L 309, 25.11.2005, s. 15 (Celex 32005L0060).

<sup>8</sup> EGT L 164, 22.6.2002, s. 3 (Celex 32002F0475).

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

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

3. genom lagakraftvunnen dom är dömd för brott avseende yrkesutövningen, såsom till följd av en överträdelse av befintlig lagstiftning om export av försvars- och säkerhetsutrustning,

4. har gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen, såsom genom att inte ha iakttagit sina skyldigheter i fråga om informations-säkerhet eller försörjningstrygghet vid ett tidigare kontrakt, och den upphandlande myndigheten eller enheten kan visa detta,

5. har, på grundval av någon form av bevis som även kan bestå av skyddade uppgiftskällor, kunnat konstaterats inte vara så tillförlitlig som krävs för att inte riskera rikets säkerhet,

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

7. i något väsentligt hänseende har låtit bli att lämna begärda upplysningar eller lämnat felaktiga upplysningar som begärts med stöd av bestämmelserna i 11 eller 12 kap.

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

Myndigheten eller enheten får, utom i de fall som avses i 4 §, begära att en leverantör visar att det inte finns någon grund för att utesluta leverantören med stöd av första stycket 1, 2, 3 eller 6.

## **Intyg och bevis angående leverantör**

**3 §** Den upphandlande myndigheten eller enheten ska som bevis för att det inte finns grund för att utesluta en leverantör godta utdrag ur officiellt register eller annan likvärdig handling när det gäller ett förhållande som avses i 1 § eller 2 § första stycket 1, 2 eller 3 och intyg från behörig myndighet när det gäller ett förhållande som avses i 2 § första stycket 6.

Om sådana handlingar eller intyg som avses i första stycket inte utfärdas i leverantörens hemland eller ursprungsland eller inte omfattar samtliga de fall som avses i 1 § eller 2 § första stycket 1–3 får de ersättas av en utsaga som har avgetts på heder och samvete eller av en liknande försäkran.

Om en leverantör är registrerad i en officiell förteckning över godkända leverantörer i ett land inom EES, får det antas att leverantören uppfyller de förutsättningar som anges i 1 § eller i 2 § första stycket 1–4 och 7.

## **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 6 ska den upphandlande myndigheten eller enheten inhämta uppgifter om detta från behörig myndighet.

## **12 kap. Kontroll av leverantörers lämplighet och val av deltagare m.m.**

### **Inledande bestämmelser**

**1 §** Innan kontrakt tilldelas enligt 13 kap. ska den upphandlande myndigheten eller enheten kontrollera lämpligheten hos de leverantörer som inte har uteslutits enligt 11 kap. 1 och 2 §§.

**2 §** En upphandlande myndighet eller enhet får ställa krav på en lägsta nivå för anbudssökandes och anbudsgivares ekonomiska samt tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Dessa ska överensstämja med bestämmelserna i 8–16 §§. Omfattningen av den information som avses i 8–16 §§ samt de lägsta nivåerna för den kapacitet som krävs för ett visst kontrakt ska ha samband med kontraktsföremålet och stå i proportion till detta.

De krav på kapacitet som ställs upp ska framgå av annonsen om upphandling.

### **Begränsning av antalet anbudssökande i upphandlingsförfaranden**

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

Den upphandlande myndigheten eller enheten ska i annonsen ange

1. vilka kriterier eller regler som den kommer att tillämpa vid valet av anbudssökande, och
2. det lägsta antal anbudssökande som kommer att bjudas in och, om ett högsta antal kommer att bjudas in, detta antal.

**4 §** Antalet anbudssökande som bjuds in att delta får inte vara mindre än tre.

**5 §** En upphandlande myndighet eller enhet ska bjuda in minst det antal anbudssökande som angetts enligt 3 § andra stycket 2.

Om antalet anbudssökande, som uppfyller de i annonsen angivna kraven och urvalskriterierna (de kvalificerade anbudssökande), är lägre än det i annonsen angivna lägsta antal som kommer att bjudas in, får den upphandlande myndigheten eller enheten fortsätta förfarandet genom att bjuda in de kvalificerade anbudssökande som har begärt att få delta.

**6 §** Om den upphandlande myndigheten eller enheten anser att antalet lämpliga anbudssökande är för lågt för att effektiv konkurrens ska kunna säkerställas, får den låta förfarandet anstå och på nytt offentliggöra den

ursprungliga annonsen och fastställa en ny tidsfrist för att komma in med anbudsansökningar.

Både de anbudssökande som valdes ut i samband med det första offentliggörandet och de som väljs ut i samband med det andra offentliggörandet ska bjudas in att delta i upphandlingsförfarandet enligt 9 kap. 8–10 §§.

### **Krav på registrering**

**7 §** Den upphandlande myndigheten eller enheten får begära att en anbudssökande visar att sökanden är registrerad i ett aktiebolags- eller handelsregister eller ett motsvarande register, som förs i det land där den anbudssökande har sitt ursprung eller är etablerad, om det i detta land är en förutsättning för att få bedriva yrkesverksamhet.

I stället för det som anges i första stycket kan en anbudssökande avge en utsaga på heder och samvete eller vidta någon annan liknande åtgärd eller visa upp ett intyg.

I samband med förfaranden för tilldelning av tjänstekontrakt får den upphandlande myndigheten eller enheten begära att en anbudssökande ska visa att han eller hon har ett särskilt tillstånd eller liknande i sitt hemland, om detta krävs för att tillhandahålla den aktuella tjänsten.

### **Bevis på ekonomisk ställning**

**8 §** Bevis på en leverantörs ekonomiska kapacitet kan utgöras av

1. uppgift om företagets samlade omsättning och, i förekommande fall, omsättningen för det verksamhetsområde som upphandlingen gäller för de tre senaste verksamhetsåren eller den kortare tid under vilken verksamheten bedrivits,

2. balansräkningar eller utdrag ur dem, eller

3. intyg från banker eller, i förekommande fall, bevis på relevant ansvarsförsäkring för verksamheten.

**9 §** Den upphandlande myndigheten eller enheten ska i annonsen om upphandling eller i inbjudan att lämna anbud ange vilken eller vilka av de i 8 § nämnda handlingarna och uppgifterna som ska visas upp samt vilka andra handlingar som ska visas upp. En balansräkning eller utdrag ur den behöver endast visas upp om den ska offentliggöras enligt lagstiftningen i det land där leverantören är hemmahörande.

**10 §** Om en leverantör har ett godtagbart skäl för att inte visa de handlingar och uppgifter som den upphandlande myndigheten eller enheten begär, får leverantören visa sin ekonomiska kapacitet med någon annan handling som den upphandlande myndigheten eller enheten finner lämplig.

## Bevis på teknisk och yrkesmässig kapacitet

11 § Den upphandlande myndigheten eller enheten ska i annonsen om upphandling ange vilka av de uppgifter som anges i andra stycket som den har valt och vilka andra uppgifter som måste tillhandahållas.

Den tekniska kapaciteten får styrkas på ett eller flera av följande sätt:

1. genom en förteckning över slutförda byggentreprenader under de fem senaste åren, åtföljd av intyg om att de viktigaste byggentreprenaderna utförts på ett tillfredsställande sätt med uppgift om värde, tidpunkt och plats för byggentreprenaderna och huruvida de utfördes enligt gängse branschnormer och slutfördes på ett korrekt sätt,

2. genom en förteckning över de viktigaste varuleveranser eller tjänster som utförts under, som regel, de fem senaste åren med uppgift om värde och tidpunkt samt huruvida det varit fråga om privata eller offentliga mottagare,

3. genom uppgifter om den tekniska personal och de tekniska organ som ansvarar för kvalitetskontrollen eller som berörs på annat sätt, vare sig de direkt tillhör leverantörens företag eller inte, och, i fråga om byggentreprenader, uppgifter om den tekniska personal och de tekniska organ som entreprenören kan förfoga över för att genomföra entreprenaden,

4. genom en beskrivning av leverantörens tekniska utrustning och av de metoder som leverantören använder för att säkra kvaliteten, av företagets undersöknings- och forskningsresurser samt de företagsinterna bestämmelserna i fråga om immaterialrätt,

5. genom en kontroll som ska utföras av den upphandlande myndigheten eller enheten själv eller på dennas vägnar av ett behörigt organ i leverantörens etableringsland, förutsatt att detta organ ger sitt samtycke,

6. när det är fråga om byggentreprenadkontrakt, tjänstekontrakt eller varukontrakt inbegripet monterings- och installationsarbeten eller monterings- och installationstjänster, genom uppgifter om leverantörens utbildnings- och yrkeskvalifikationer eller motsvarande uppgifter om ledande personer i företaget, särskilt om den eller dem som ska ansvara för tillhandahållande av tjänsterna eller leda byggentreprenaden,

7. när det är fråga om byggentreprenader eller tjänster, genom uppgifter om de miljöskyddsåtgärder leverantören kommer att tillämpa när kontraktet fullgörs, om det med hänsyn till vad kontraktet avser behövs sådana uppgifter,

8. genom en uppgift om antalet anställda i medeltal per år hos tjänsteleverantören eller entreprenören och antalet anställda med ledningsfunktion under de tre senaste åren,

9. genom en uppgift om

a) vilka verktyg, maskiner och teknisk utrustning, antalet anställda och deras yrkeskunnande eller de försörjningskällor som den ekonomiska aktören förfogar över för att fullgöra kontraktet, samt uppgift om var dessa finns i de fall de finns utanför EES, och

b) förmågan att tillmötesgå den upphandlande myndighetens eller enhetens eventuellt ökade behov till följd av en kris eller att garantera underhåll, modernisering och anpassningar av den utrustning som är föremål för upphandlingen,

10. när det gäller varor som ska levereras, genom prover, beskrivningar eller fotografier, vars äkthet ska styrkas om den upphandlande myndigheten eller enheten begär det, eller genom intyg som upprättas av officiella institutioner för kvalitetskontroll eller enheter för sådan kontroll av erkänd kompetens och av vilka det ska framgå att varor som är klart identifierade genom referenser överensstämmer med vissa specifikationer eller standarder, eller

11. när det gäller kontrakt som inbegriper, kräver eller innehåller säkerhetsskyddsklassificerade uppgifter, genom bevis om förmågan att behandla, lagra och överföra sådana uppgifter på den skydds nivå som krävs av den upphandlande myndigheten eller enheten.

Om det är nödvändigt ska den behöriga myndigheten sända intyg enligt andra stycket 1 direkt till den upphandlande myndigheten eller enheten.

Om en mottagare enligt andra stycket 2 är en upphandlande myndighet eller enhet, ska intyg som utfärdats eller attesterats av denna myndighet eller enhet lämnas. Om mottagaren inte är en upphandlande myndighet eller enhet, ska intyg från köparen lämnas eller, om detta inte är möjligt, en försäkran från leverantören lämnas.

En kontroll enligt andra stycket 5 ska avse en leverantörs tillverkningskapacitet eller en tjänstleverantörs tekniska kapacitet och, om det behövs, leverantörens undersöknings- och forskningsresurser samt åtgärder för kvalitetskontroll.

**12 §** Bevis enligt 11 § andra stycket 11 får ges genom ett system för granskning av säkerhetsskyddet. En upphandlande myndighet eller enhet får ge leverantörer som ännu inte har granskats genom ett sådant system en förlängd tidsfrist för att säkerhetsskyddet ska kunna granskas. Den upphandlande myndigheten eller enheten ska i så fall i annonsen om upphandling ange att den möjligheten finns och tidsfristen för att ordna det.

**13 §** En upphandlande myndighet eller enhet får begära att ett behörigt organ i anbudssökandes stat kontrollerar att de krav i fråga om informationssäkerhet som den upphandlande myndigheten eller enheten ställer är uppfyllda när det gäller

1. de lokaler och installationer som planeras att användas,
2. de industriella och administrativa förfaranden som kommer att tillämpas,
3. formerna för informationsstyrning, och
4. den personal som kommer att arbeta med att genomföra kontraktet.

**14 §** Om en leverantör har ett godtagbart skäl för att inte visa de handlingar och uppgifter som den upphandlande myndigheten eller enheten begär, får leverantören styrka sin tekniska eller yrkesmässiga kapacitet med någon annan handling som den upphandlande myndigheten eller enheten finner lämplig.

## **Tillgång till andra företags kapacitet**

**15 §** En leverantör får vid behov när det gäller ett visst kontrakt åberopa andra företags ekonomiska, tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Leverantören ska genom att tillhandahålla ett åtagande från företagen i fråga eller på annat sätt visa att leverantören kommer att förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet ska fullgöras.

## **Leverantörers yrkeskunnande**

**16 §** Vid bedömningen av en leverantörs förmåga att fullgöra ett varukontrakt som innefattar monterings- eller installationsarbeten, tjänster eller byggentreprenad, får särskild vikt fästas vid yrkeskunnande, effektivitet, erfarenhet och tillförlitlighet.

## **Kvalitetsstyrningsstandarder**

**17 §** Om en upphandlande myndighet eller enhet kräver att leverantören visar upp ett intyg utfärdat av ett oberoende ackrediterat organ om att leverantören iakttar vissa kvalitetsstyrningsstandarder, ska myndigheten eller enheten hänvisa till sådana kvalitetsstyrningssystem som bygger på relevanta europeiska standarder på området och som är certifierade av oberoende ackrediterade organ vilka uppfyller europeiska standarder för ackreditering och certifiering.

Myndigheten eller enheten ska godkänna likvärdiga certifikat från oberoende ackrediterade organ som är etablerade inom EES. Den ska även godta andra bevis på likvärdiga kvalitetsstyrningssystem som lämnas av leverantörer.

## **Standarder för miljöledning**

**18 §** Om en upphandlande myndighet eller enhet i de fall som avses i 11 § andra stycket 7 kräver att få tillgång till ett av ett oberoende organ upprättat certifikat som intygar att leverantören uppfyller vissa miljöledningsstandarder, ska myndigheten eller enheten hänvisa till förordning (EG) nr 761/2001 av den 19 mars 2001 om frivilligt deltagande för organisationer i gemenskapens miljölednings- och miljöredovisningsordning<sup>9</sup> (EMAS) eller till miljöledningsstandarder som bygger på relevanta europeiska eller internationella standarder. Miljöledningsstandarderna ska vara certifierade av organ som uppfyller unionslagstiftningen eller internationella standarder för certifiering.

Myndigheten eller enheten ska godta likvärdiga intyg från andra organ som är etablerade inom EES. Den ska även godta andra bevis på likvärdiga miljöledningsåtgärder som lämnas av leverantörer.

<sup>9</sup> EGT L 114, 24.04.2001, s. 1 (Celex 32001R0761).

## **Officiella förteckningar**

**19 §** Om en leverantör är registrerad i en officiell förteckning över godkända leverantörer i ett land inom EES upprättad av behöriga myndigheter eller innehar ett certifikat utfärdat av ett certifieringsorgan som uppfyller europeiska standarder för certifiering, får det antas att leverantören uppfyller de förutsättningar och krav som anges i

1. 11 kap. 1 §, 2 § första stycket 1–4 och 7, samt i detta kapitel 7 §, 8 § första stycket 1 och 2 samt 11 § andra stycket 1, 3, 6, 8 och 9 när det gäller byggentreprenörer,

2. 11 § andra stycket 2–5 och 10 när det gäller varuleverantörer, eller

3. 11 § andra stycket 2 och 4–9 när det gäller tjänsteleverantörer.

## **Begränsad kontroll**

**20 §** I ett selektivt eller förhandlat förfarande får en upphandlande myndighet eller enhet begränsa kontrollen av sådana handlingar som avses i 11 kap. samt 12 kap. 2 och 7–18 §§ som intygar leverantörens lämplighet till de anbudssökande som myndigheten eller enheten avser att bjuda in att lämna anbud respektive att förhandla. Leverantören ska ges skäligen tid att komma in med de begärda handlingarna.

## **13 kap. Tilldelning av kontrakt**

### **Alternativa grunder för tilldelning av kontrakt**

**1 §** En upphandlande myndighet eller enhet ska anta antingen

1. det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för den upphandlande myndigheten eller enheten, eller

2. det anbud som innehåller det lägsta priset.

Vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga, ska myndigheten eller enheten ta hänsyn till olika kriterier som är kopplade till föremålet för kontraktet, såsom pris, leverans- eller genomförandetid, miljöegenskaper, driftkostnader, kostnadseffektivitet, kvalitet, ekonomisk livslängd, lönsamhet, försörjningstrygghet, samverkansförmåga, operativa egenskaper, funktionella och tekniska egenskaper, service och tekniskt stöd.

En upphandlande myndighet eller enhet ska i annonsen om upphandlingen eller i förfrågningsunderlaget ange vilken grund för tilldelning av kontraktet som kommer att tillämpas.

### **Viktning av kriterier**

**2 §** Den upphandlande myndigheten eller enheten ska ange hur sådana kriterier som avses i 1 § andra stycket kommer att viktas inbördes vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga. Kriterieviktningen får anges som intervall med en lämplig största tillåtna spridning.

Om det enligt den upphandlande myndigheten eller enheten inte är möjligt att ange viktningen av de olika kriterierna, ska dessa anges i fallande prioritetsordning.

Viktningen av kriterierna eller kriteriernas prioritetsordning ska anges i

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

### **Onormalt låga anbud**

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

En begäran om förklaring kan gälla

1. om anbudsgivaren kan utnyttja särskilt kostnadseffektiva metoder att fullgöra kontraktet,
2. om anbudsgivaren kan utnyttja tekniska lösningar eller ovanligt gynnsamma förhållanden för att fullgöra kontraktet,
3. egenarten hos de varor, tjänster eller byggentreprenader som föreslås av anbudsgivaren,
4. om anbudsgivaren iakttar de bestämmelser om arbetarskydd och arbetsförhållanden som gäller på den ort där kontraktet ska fullgöras, och
5. om anbudsgivaren fått möjlighet att erhålla statligt stöd.

Den upphandlande myndigheten eller enheten ska ge anbudsgivaren tillfälle att yttra sig över myndighetens eller enhetens skäl för att förkasta anbudet med beaktande av de lämnade förklaringarna.

**4 §** Om en upphandlande myndighet eller enhet finner att ett anbud är onormalt lågt på grund av att anbudsgivaren har fått statligt stöd, får myndigheten eller enheten begära en förklaring av anbudsgivaren. Kan anbudsgivaren inte efter en sådan begäran och inom en skälig tidsfrist som angetts av den upphandlande myndigheten eller enheten visa att det är fråga om ett med EUF-fördraget förenligt stöd, får anbudet förkastas.

En upphandlande myndighet eller enhet som förkastar ett anbud enligt första stycket ska underrätta Europeiska kommissionen om det.

## **14 kap. Underentreprenad**

### **Anbudsgivarens val av underleverantör**

#### *Huvudregel*

**1 §** Den utvalda anbudsgivaren ska ha möjlighet att välja sina underleverantörer för samtliga underleverantörskontrakt som inte omfattas av 3 eller 5 §.

#### *Uppgifter om underentreprenad*

**2 §** Den upphandlande myndigheten eller enheten får begära att anbudsgivaren i sitt anbud ska ange hur stor del av kontraktet som kan

komma att läggas ut på underentreprenad, förslag på underleverantör och föremålet för underleverantörskontraktet.

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

## **Den upphandlande myndighetens eller enhetens krav på underentreprenad**

### *Förutsättningar*

**3 §** Den upphandlande myndigheten eller enheten får begära att den utvalda anbudsgivaren lägger ut en del av kontraktet på underentreprenad.

Den upphandlande myndigheten eller enheten ska vid en begäran enligt första stycket ange den procentuella andel som måste läggas ut på underentreprenad i form av intervallvärden med en minimiandel och en maximandel, med möjlighet för anbudsgivaren att öka denna andel. Maximandelen får dock inte överstiga 30 procent av kontraktets värde.

Den upphandlande myndigheten eller enheten ska vid en sådan begäran som avses i första stycket kräva att anbudsgivarna i sina anbud anger vilken eller vilka delar av anbudet de avser att lägga ut på underentreprenad.

**4 §** Den upphandlande myndigheten eller enheten får begära att anbudsgivarna ska ange vilken eller vilka delar av anbudet som de avser att lägga ut på underentreprenad utöver den minimiandel som måste läggas ut enligt 3 § och att ange vilka underleverantörer de avser att anlita.

### *Villkor om tilldelning av underentreprenad*

**5 §** Den upphandlande myndigheten eller enheten får kräva att den utvalda anbudsgivaren, om denne inte är en upphandlande myndighet eller enhet, ska tillämpa 9–11 §§ för samtliga eller vissa underleverantörskontrakt. Den upphandlande myndigheten eller enheten ska i kontraktet med anbudsgivaren uppställa villkor om att anbudsgivaren, vid tilldelning av ett underleverantörskontrakt till tredje man, ska tillämpa 9–11 §§.

Ställer den upphandlande myndigheten eller enheten krav på underentreprenad enligt 3 §, ska den kräva att den utvalda anbudsgivaren för dessa underleverantörskontrakt ska tillämpa 9–11 §§ enligt första stycket.

### *Företag som går samman och anknutna företag*

**6 §** Vid tillämpningen av 5 § ska, om flera företag går samman för att erhålla ett kontrakt, inte något av dem anses som tredje man. Detsamma gäller ett anknutet företag.

Anbudsgivarens anbud ska innehålla en uttömmande förteckning över företag som avses i första stycket. Förteckningen ska uppdateras när ändringar inträffar i förhållandena mellan företagen.

#### *Avvisning av underleverantör*

**7 §** En upphandlande myndighet eller enhet får avvisa en underleverantör som anbudsgivaren valt i samband med tilldelningsförfarandet för huvudkontraktet eller som den utvalda anbudsgivaren valt ut under genomförandet av kontraktet. Ett sådant avvisande får endast grunda sig på de kriterier som tillämpats vid urvalet av anbudsgivare för huvudkontraktet.

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

#### *Innehåll i annonsen*

**8 §** De krav som avses i 2–5 och 7 §§ ska anges i annonsen om upphandling.

### **Skyldigheter för anbudsgivare som inte är upphandlande myndighet eller enhet**

#### *Allmänna principer*

**9 §** Den utvalda anbudsgivaren ska behandla underleverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt agera på ett öppet sätt.

#### *Annonsering av underentreprenadkontrakt*

**10 §** När en utvald anbudsgivare, som inte är en upphandlande myndighet eller enhet, avser att tilldela en tredje man ett underleverantörskontrakt som har ett värde som inte beräknas understiga tillämpligt tröskelvärde i 3 kap. 1 § första stycket ska anbudsgivaren annonsera om det.

Värdet av underentreprenadskontraktet ska beräknas enligt 3 kap.

Annonseringen ska ske enligt 8 kap. 1 §. Vid behov ska annonsen även innehålla den upphandlande myndighetens eller enhetens godkännande. Annonsering krävs dock inte om underleverantörskontraktet uppfyller de villkor som anges i 4 kap. 4–8 §§.

Den utvalda anbudsgivaren får annonsera om underleverantörer enligt 8 kap. 1 § även om någon sådan skyldighet inte föreligger.

#### *Kriterier för urval*

**11 §** I annonsen ska den utvalda anbudsgivaren ange kriterierna för det urval som föreskrivs av den upphandlande myndigheten eller enheten och andra kriterier som gäller för valet av underleverantör. Dessa kriterier ska vara förenliga med de kriterier som tillämpats av den

upphandlande myndigheten eller enheten vid urvalet av anbudsgivare för huvudkontraktet.

De kvalifikationer som krävs måste ha ett direkt samband med föremålet för underleverantörskontraktet och den minimikapacitet som krävs måste överensstämja med föremålet.

### *Ramavtal*

**12 §** Den utvalda anbudsgivaren kan uppfylla kraven i 3 eller 5 § genom att tilldela underleverantörskontrakt på grundval av ett ramavtal. Ramavtalet ska tilldelas med tillämpning av 9–11 §§.

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

Underleverantörskontrakt som avses i första och andra stycket får endast slutas med leverantörer som är parter i ramavtalet.

**13 §** Ett ramavtal som avses i 12 § får löpa under längre tid än sju år endast om det är motiverat av den levererade varans, anläggningens eller konstruktionens förväntade livslängd och de tekniska svårigheter som ett byte av leverantör kan orsaka.

### **Undantag från kravet att anlita underleverantör**

**14 §** Den utvalda anbudsgivaren är inte skyldig att anlita underleverantörer om anbudsgivaren kan visa att ingen av de underleverantörer som deltog i konkurrensutsättningen eller deras anbud uppfyller de kriterier som anges i annonsen om underentreprenad och det innebär att den utvalda anbudsgivaren därför inte kan uppfylla de krav som anges i huvudkontraktet.

## **15 kap. Upphandling som inte omfattas av direktivet**

### **Tillämpningsområdet**

**1 §** Detta kapitel gäller för sådan upphandling som avses i 1 kap. 2 § andra stycket.

### **Tillämpliga bestämmelser**

**2 §** Vid upphandling enligt detta kapitel tillämpas även

- 1 kap. (lagens innehåll och tillämpningsområde samt allmänna bestämmelser),
- 2 kap. (definitioner),
- 4 kap. 21 § (inköpscentraler),
- 5 kap. (ramavtal), utom såvitt avser 5 kap. 5 § beträffande kravet på minst tre leverantörer för sådana ramavtal som omfattas av 5 kap. 6 §,
- 7 kap. 4 § (uppgifter om ursprung, tillverkning m.m.),
- 7 kap. 7 § (miljömärken),

- 7 kap. 12 § (särskilda villkor för fullgörande av kontrakt),
- 7 kap. 13–15 §§ (informationssäkerhet),
- 7 kap. 16–18 §§ (försörjningstrygghet),
- 9 kap. 9 § (om någon annan än den upphandlande myndigheten eller enheten ska lämna ut förfrågningsunderlaget eller det beskrivande dokumentet),
- 12 kap. 7 § (krav på registrering),
- 14 kap. (underentreprenad),
- 16 kap. (avtalsspärr, överprövning och skadestånd),
- 17 kap. (upphandlingsskadeavgift), och
- 18 kap. (tillsyn).

Vidare tillämpas bestämmelserna om konkurrenspräglad dialog i 4 kap. 1 § tredje stycket och 9–20 §§, 9 kap. 2 § första stycket, 4, 8 och 10 §§ samt 12 kap. 3 och 4 §§.

Vid upphandling som avser tjänster som anges i bilaga 3 (B-tjänster) tillämpas även 7 kap. 1–3, 5, 6 och 8 §§, när värdet av kontraktet uppgår till minst tillämpligt tröskelvärde i 3 kap.

En upphandlande myndighet får publicera annonser om upphandlingar på det sätt som gäller för upphandlingar enligt 8 kap.

## Upphandlingsförfaranden

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

Direktupphandling får dock användas om kontraktets värde uppgår till högst 15 procent av det tröskelvärde som avses i 3 kap. 1 § första stycket 1. Vidare får direktupphandling användas i tillämplig omfattning i de fall förutsättningarna för förhandlat förfarande utan föregående annonsering som avses i 4 kap. 4–8 §§ 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

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

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

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

## Annonsering

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

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

### **Innehåll i annons**

**6 §** En annons om upphandling enligt 5 § ska innehålla uppgift om föremålet för upphandlingen och kontaktuppgifter till den upphandlande myndigheten eller enheten.

Vid förenklat förfarande ska det dessutom framgå

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

Vid urvalsförfarande ska annonsen med ansökningsinbjudan innehålla uppgift om

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

### **Annonsering vid förhandsinsyn**

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

Regeringen meddelar föreskrifter om innehållet i en annons om förhandsinsyn.

### **Kommunikationsmedel vid upphandling**

**8 §** Bestämmelserna i 10 kap. 1–6 §§ och 7 § första stycket gäller för anbudsansökningar och anbud vid upphandling som avses i detta kapitel.

### **Tidsfrister för att lämna anbudsansökningar och anbud**

**9 §** Anbudssökande och anbudsgivare ska ges skälig tid att komma in med ansökningar respektive anbud. Tiden för att komma in med anbudsansökningar får dock aldrig vara kortare än tio dagar från den dag då ansökningsinbjudan blev publicerad enligt 5 § andra stycket.

### **Tillhandahållande av kompletterande upplysningar**

**10 §** Den upphandlande myndigheten eller enheten ska vid förenklat förfarande och urvalsförfarande lämna ut kompletterande upplysningar om förfrågningsunderlaget senast sex dagar före angiven sista dag för att komma in med anbud, förutsatt att sådana upplysningar begärs i god tid.

## **Öppnande av anbud**

**11 §** Försändelser med anbud ska, så snart som möjligt efter anbudstidens utgång, öppnas vid en förrättning där minst två personer som utsetts av den upphandlande myndigheten eller enheten ska delta. Anbudena ska föras upp i en förteckning, som ska bestyrkas av dem som deltar i förrättningen. På begäran av en anbudsgivare ska dessutom en person som utsetts av en handelskammare närvara. Kostnaderna för detta ska betalas av den som framställt begäran.

Anbudena ska öppnas samtidigt.

## **Rättelse av fel, förtydligande och komplettering**

**12 §** En upphandlande myndighet eller enhet får tillåta att en anbudssökande eller anbudsgivare rättar en uppenbar felskrivning eller felräkning eller något annat uppenbart fel i anbudsansökan eller anbudet.

Myndigheten eller enheten får begära att en ansökan eller ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning.

## **Kontroll och uteslutning av leverantörer**

**13 §** En anbudssökande eller anbudsgivare ska uteslutas från deltagande i en upphandling i enlighet med det som föreskrivs i 11 kap. 1 §.

En anbudssökande eller anbudsgivare får uteslutas från deltagande i en upphandling enligt 11 kap. 2 och 3 §§.

En upphandlande myndighet eller enhet som av leverantören begär upplysningar om förhållanden som avses i första och andra styckena ska i förfrågningsunderlaget, annonsen eller skrivelsen ange på vilket sätt leverantören kan lämna upplysningarna.

**14 §** Vid kontroll av om en leverantör har fullgjort sina åligganden avseende socialförsäkringsavgifter eller skatt i Sverige enligt 11 kap. 2 § första stycket 6 ska den upphandlande myndigheten eller enheten inhämta uppgifter som styrker detta från behörig myndighet.

## **Begränsad kontroll**

**15 §** En upphandlande myndighet eller enhet får begränsa kontrollen av sådana handlingar som rör leverantörens lämplighet till de anbudssökande och anbudsgivare som anges i andra och tredje styckena. Leverantören ska ges 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 eller enheten avser att bjuda in till förhandling, eller om ingen förhandling sker, den anbudsgivare som myndigheten eller enheten avser att tilldela kontraktet eller ramavtalet. Kontrollen ska göras innan anbudsgivarna bjuds in till förhandling respektive underrättas om tilldelningsbeslutet enligt 21 §.

I ett urvalsförfarande eller vid en konkurrenspräglad dialog ska uppgifterna enligt första stycket begäras in och kontrolleras när det gäller de anbudssökande som myndigheten eller enheten avser att bjuda in att lämna anbud respektive att förhandla.

### **Prövning av anbudsansökningar och anbud**

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

### **Tillgång till andra företags kapacitet**

**17 §** En leverantör får vid behov när det gäller ett visst kontrakt åberopa andra företags kapacitet. Leverantören ska genom att tillhandahålla ett åtagande från de andra företagen eller på annat sätt visa att leverantören kommer att förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet ska fullgöras.

### **Alternativa grunder för tilldelning av kontrakt**

**18 §** En upphandlande myndighet eller enhet ska anta antingen

1. det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för den upphandlande myndigheten eller enheten, eller
2. det anbud som har lägst pris.

Bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga ska göras enligt 13 kap. 1 § andra stycket.

Den upphandlande myndigheten eller enheten ska antingen ange hur de olika kriterierna som avses i 13 kap. 1 § andra stycket viktas vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga eller ange kriterierna i fallande prioritetsordning. Kriterieviktningen får anges som intervall med en lämplig största tillåtna spridning.

Kriterieviktningen eller prioritetsordningen ska anges i annonsen om upphandling, i ansökningsinbjudan eller i förfrågningsunderlaget.

### **Onormalt låga anbud**

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

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

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

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

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

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

**22 §** När en upphandling har avslutats ska en upphandlande myndighet eller enhet som inte omfattas av arkivlagen (1990:782) på betryggande sätt förvara anbud och anbudsansökningar med tillhörande beskrivningar, modeller och ritningar samt anbudsförteckningar, sammanställningar, protokoll och liknande.

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

## **Meddelande till kommissionen om resultatet av en upphandling av B-tjänster**

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

## **16 kap. Avtalsspärr, överprövning och skadestånd**

### **Avtalsspärr**

#### *Allmänna bestämmelser om avtalsspärr*

**1 §** Om en upphandlande myndighet eller enhet är skyldig att skicka en underrättelse om tilldelningsbeslut enligt 10 kap. 9 § första stycket eller 15 kap. 21 § och underrättelsen har skickats med ett elektroniskt medel, får den upphandlande myndigheten eller enheten inte ingå avtal (avtalsspärr) förrän tio dagar har gått från det att underrättelsen skickades.

Om underrättelsen har skickats på annat sätt än med ett elektroniskt medel till en eller flera anbudssökande eller anbudsgivare, får avtal inte ingås förrän 15 dagar har gått från utskickandet.

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

### *Undantag från avtalsspärr*

#### **2 §** Avtalsspärr gäller inte

1. vid tilldelning av kontrakt för vilka undantag beslutats med stöd av 1 kap. 9 §,
2. vid tilldelning av kontrakt efter upphandling utan föregående annonsering med stöd av 4 kap. 4–8 §§,
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*

**3 §** Vid förhandsinsyn enligt 8 kap. 4 § eller 15 kap. 7 § får den upphandlande myndigheten eller enheten inte ingå avtal förrän tio dagar har gått från det att annonsen om förhandsinsyn publicerats.

## **Överprövning**

### *Allmänna bestämmelser om överprövning*

**4 §** Efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada får allmän förvaltningsdomstol överpröva

1. en upphandling, och
2. giltigheten av ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet eller enhet och en leverantör.

### *Behörig domstol*

**5 §** En ansökan om överprövning ska göras hos den förvaltningsrätt i vars domkrets den upphandlande myndigheten eller enheten har sin hemvist.

Prövningstillstånd krävs vid överklagande till kammarrätten.

### *Överprövning av en upphandling*

**6 §** Om den upphandlande myndigheten eller enheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 10 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Överprövning av en upphandling får inte ske efter det att avtal har slutits mellan den upphandlande myndigheten eller enheten och en leverantör.

**7 §** Om den upphandlande myndigheten eller enheten under pågående överprövning av en upphandling ingår ett avtal i strid med 1, 3, 8, 9 eller 10 §, ska rätten, på yrkande av leverantören, överpröva avtalets giltighet i enlighet med 13–15 §§.

### *Förlängd avtalsspärr*

**8 §** Om en ansökan om överprövning av en upphandling har gjorts, fortsätter avtalsspärr enligt 1 eller 3 § att gälla under handläggningen i förvaltningsrätten (förlängd avtalsspärr).

Rätten får besluta att någon förlängd avtalsspärr inte ska gälla.

### *Interimistiskt beslut vid överprövning av en upphandling*

**9 §** I fall då avtalsspärr enligt 1, 3 eller 8 § inte gäller får rätten besluta att den upphandlande myndigheten eller enheten inte får ingå avtal innan något annat har bestämts.

Rätten får avstå från att fatta beslut enligt första stycket, om den skada eller olägenhet som åtgärden skulle medföra kan bedömas vara större än skadan för leverantören.

### *Tiodagarsfrist*

**10 §** När en förlängd avtalsspärr gäller enligt 8 §, får den upphandlande myndigheten eller enheten inte ingå avtal förrän tio dagar har gått från det att förvaltningsrätten har avgjort målet.

När en förvaltningsrätt eller en kammarrätt har fattat ett interimistiskt beslut enligt 9 §, får avtal inte ingås förrän tio dagar har gått från det att domstolen har avgjort målet eller upphävt beslutet.

När Högsta förvaltningsdomstolen har fattat ett interimistiskt beslut enligt 9 § och beslutat att återförvisa målet till lägre instans, får avtal inte ingås förrän tio dagar har gått från beslutet om återförvisning.

Rätten får besluta att någon tiodagarsfrist inte ska gälla.

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

**11 §** En ansökan om överprövning av en upphandling ska ha kommit in till förvaltningsrätten före utgången av en sådan avtalsspärr som avses i 1 eller 3 §.

**12 §** En ansökan om överprövning av ett beslut att avbryta en upphandling ska ha kommit in till förvaltningsrätten innan tio dagar har gått från det att den upphandlande myndigheten eller enheten med ett elektroniskt medel har skickat en underrättelse om beslutet och angett skälen för detta.

Om underrättelsen har skickats på annat sätt än med ett elektroniskt medel till en eller flera anbudssökande eller anbudsgivare, ska en ansökan om överprövning ha kommit in till förvaltningsrätten innan 15 dagar har gått från utskickandet.

### *Överprövning av ett avtals giltighet*

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

1. utan föregående annonsering enligt 8 kap. 1 eller 2 § eller 15 kap. 5 §, eller

2. enligt ett förfarande i 5 kap. 7 § utan att de villkor har följts som framgår av den paragrafen eller av det ramavtal som ligger till grund för det nya anbuds förfarandet och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

Ett avtal ska också förklaras ogiltigt, om det har slutits i strid med bestämmelserna om avtalsspärr i 1, 3 eller 8 §, ett interimistiskt beslut enligt 9 §, tiodagarsfristen i 10 § eller om avtalet har slutits före en underrättelse om tilldelningsbeslut enligt 10 kap. 9 § första stycket eller 15 kap. 21 §. För ogiltighet i sådana fall krävs dessutom att de grundläggande principerna i 1 kap. 10 § eller någon annan bestämmelse i denna lag har överträtts och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

**14 §** Om det finns tvingande hänsyn till ett allmänintresse, ska rätten besluta att avtalet får bestå trots att förutsättningarna för ogiltighet enligt 13 § är uppfyllda.

**15 §** Bestämmelserna om ogiltighet i 13 § ska inte tillämpas

1. på avtal som har slutits av en upphandlande myndighet eller enhet med stöd av ramavtal enligt 5 kap. 7 §, om den upphandlande myndigheten eller enheten skickat en underrättelse om tilldelningsbeslutet enligt 10 kap. 9 § första stycket, samt iakttagit en avtalsspärr enligt 1 §, eller

2. om en upphandlande myndighet eller enhet genom förhandsinsyn enligt 8 kap. 4 § eller 15 kap. 7 § har meddelat sin avsikt att upphandla och har iakttagit avtalsspärren vid förhandsinsyn enligt 3 §.

#### *Interimistiskt beslut vid överprövning av ett avtals giltighet*

**16 §** Rätten får besluta att ett avtal inte får fullgöras till dess något annat har bestämts.

Rätten får avstå från att fatta beslut enligt första stycket, om den skada eller olägenhet som åtgärden skulle medföra kan bedömas vara större än skadan för leverantören.

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

**17 §** En ansökan om överprövning av ett avtals giltighet ska, om inte annat följer av andra stycket, ha kommit in till förvaltningsrätten inom sex månader från det att avtalet slöts.

Ansökan ska dock ha kommit in till förvaltningsrätten innan 30 dagar har gått från det att

1. Europeiska kommissionen har publicerat en annons enligt 8 kap. 3 § eller ett meddelande enligt 15 kap. 23 §,

2. den upphandlande myndigheten eller enheten skriftligen har underrättat anbudssökandena och anbudsgivarna om att avtalet har slutits samt har lämnat en sammanfattning av sådana upplysningar som avses i 10 kap. 10 §.

## **Beräkning av vissa tider**

**18 §** Vid beräkningen av längden av en avtalsspärr samt av tiodagarsfrister enligt 10 § och tidsfrister för ansökan om överprövning ska 2 § lagen (1930:173) om beräkning av lagstadgad tid tillämpas.

## **Förbud mot överklagande**

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

## **Skadestånd**

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

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

**21 §** Talan om skadestånd ska väckas vid allmän domstol inom ett år från den tidpunkt då avtal har slutits mellan upphandlande myndighet eller enhet och leverantör eller har förklarats ogiltigt enligt 13 § genom ett avgörande som har vunnit laga kraft. Väcks inte talan i tid, är rätten till skadestånd förlorad.

## **17 kap. Upphandlingsskadeavgift**

### **Allmänna bestämmelser om upphandlingskadeavgift**

**1 §** Allmän förvaltningsdomstol får besluta att en upphandlande myndighet eller enhet ska betala en särskild avgift (upphandlingskadeavgift) om

1. allmän förvaltningsdomstol i ett avgörande som har vunnit laga kraft fastställt att ett avtal får bestå, trots att det har slutits i strid med bestämmelserna om avtalsspärr i 16 kap. 1, 3 eller 8 §,

2. allmän förvaltningsdomstol i ett avgörande som har vunnit laga kraft fastställt att ett avtal får bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse enligt 16 kap. 14 §, eller

3. myndigheten eller enheten har slutit avtal med en leverantör utan föregående annonsering enligt 8 kap. 1 eller 2 §§ eller 15 kap. 5 §.

**2 §** Tillsynsmyndigheten ska hos allmän förvaltningsdomstol ansöka om att en upphandlande myndighet eller enhet ska betala upphandlingskadeavgift i de fall som anges i 1 § 1 och 2.

Tillsynsmyndigheten får hos allmän förvaltningsdomstol ansöka om att en upphandlande myndighet eller enhet ska betala upphandlingskadeavgift i de fall som avses i 1 § 3.

## **Behörig domstol**

**3 §** En ansökan om att en upphandlande myndighet eller enhet ska betala upphandlingsskadeavgift ska göras hos den förvaltningsrätt i vars domkrets den upphandlande myndigheten eller enheten har sin hemvist.

Prövningstillstånd krävs vid överklagande till kammarrätten.

## **Avgiftens storlek**

**4 §** Upphandlingsskadeavgiften ska uppgå till lägst 10 000 kronor och högst 10 000 000 kronor. Avgiften får inte överstiga tio procent av kontraktsvärdet.

Beräkningen av kontraktsvärdet ska ske enligt 3 kap. 2 och 3 §§ eller 15 kap. 4 §.

**5 §** Vid fastställande av upphandlingsskadeavgiftens storlek ska särskild hänsyn tas till hur allvarlig överträdelsen är.

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

## **Tidsfrister för ansökan om avgift**

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

**7 §** När ansökan om att påföra upphandlingsskadeavgift grundas på 1 § 3 och en eller flera leverantörer har ansökt om överprövning av avtalets giltighet inom de tidsfrister som anges i 16 kap. 17 §, får ansökan inte göras förrän fristen har löpt ut och samtliga beslut med anledning av överprövningen har vunnit laga kraft. Ansökan ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom sex månader från den tidpunkt då samtliga beslut med anledning av överprövningen har vunnit laga kraft.

När ingen leverantör har ansökt om överprövning av avtalets giltighet inom de tidsfrister som anges i 16 kap. 17 §, ska ansökan ha kommit in till förvaltningsrätten inom ett år från det att avtalet slöts.

## **Betalning av avgift m.m.**

**8 §** Upphandlingsskadeavgiften tillfaller staten.

**9 §** Upphandlingsskadeavgift ska betalas till tillsynsmyndigheten inom 30 dagar från det att avgörandet beträffande avgiften har vunnit laga kraft eller inom den längre tid som anges i avgörandet.

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

**10 §** En beslutad upphandlingsskadeavgift faller bort, om avgörandet beträffande avgiften inte har kunnat verkställas inom fem år från det att avgörandet har vunnit laga kraft.

## **18 kap. Tillsyn**

### **Allmänna bestämmelser om tillsyn**

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

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

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

### **Föreläggande**

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

Ett föreläggande enligt första stycket får överklagas hos allmän förvaltningsdomstol.

När ett föreläggande överklagas, är tillsynsmyndigheten motpart hos allmän förvaltningsdomstol.

### **Behörig domstol**

**5 §** Tillsynsmyndighetens föreläggande enligt 4 § får överklagas hos den förvaltningsrätt i vars domkrets den som föreläggandet riktar sig till har sin hemvist.

Prövningstillstånd krävs vid överklagande till kammarrätten.

- 
1. Denna lag träder i kraft den 1 augusti 2011.
  2. Lagen tillämpas inte på upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet.

## Förteckning över byggtreprenadkontrakt

Avdelning F		NACE	
Huvud-grupp	Grupp	Under-grupp	Byggtreprenader
			Benämning      Anm.
45			Byggverksamhet      Omfattar: – nybyggnad, renovering och normal reparation
	45.1		Mark- och grundarbeten
		45.11	Rivning av hus; markarbeten      Omfattar: – rivning och rasering av byggnader och andra anläggningar – röjning av byggplatser – markarbeten: schaktning, deponering, nivellering av byggplatser, dikesgrävning, bergrensning, sprängning etc. – iordningställande av gruvarbetsplatser: avtäckning samt annat iordningställande av ägor och platser som innehåller mineraler Omfattar även: – dränering av byggplatser – dränering av jordbruks- eller skogsbruksmark
		45.12	Markundersökning      Omfattar: – provborrning och tagning av kärnprov för byggande, för geofysiska, geologiska eller liknande ändamål <i>Omfattar inte:</i> – borrning av källor för produktion av råpetroleum eller naturgas, jfr 11.20 – brunnborrning, jfr 45.25 – schaktsänkning, jfr 45.25

Avdelning F	Huvudgrupp	Undergrupp	NACE	
			Byggentreprenader	
			Benämning	Anm.
				– spårning av olje- och naturgasfält, utförande av geofysiska, geologiska och seismiska undersökningar, jfr 74.20
	45.2		Bygg- och anläggningsarbeten	
		45.21	Uppförande av hus och andra byggnadsverk	<p>Omfattar:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>– byggande av alla slags byggnader</li> <li>– byggande av anläggningar inom väg- och vattenbyggnad o.d.:</li> <li>– broar, inklusive sådana för upphöjda vägar, viadukter, tunnlar och tunnelbanor</li> <li>– rörledningar för fjärrtransport, fjärrnät för el och telekommunikation</li> <li>– rörledningar i tätort, tätortsnät för el och telekommunikation samt därmed förknippade arbeten</li> <li>– montering och uppförande på plats av monteringsfärdiga byggnader</li> </ul> <p><i>Omfattar inte:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>– tjänster i anslutning till råpetroleum- och naturgasutvinning, jfr 11.20</li> <li>– uppförande av monteringsfärdiga byggnader av egentillverkade delar av annat material än betong, jfr huvudgrupperna 20, 26 och 28</li> <li>– anläggning av stadion, simbassänger, idrotts-hallar, tennisbanor, golfbanor eller andra idrottsanläggningar, exklusive</li> </ul>

Avdelning F		NACE	
Huvud-grupp	Grupp	Under-grupp	Byggentreprenader
			Benämning      Anm.
			<p>uppförande av byggnader, jfr 45.23</p> <p>– bygginstallationer, jfr 45.3</p> <p>– slutbehandling av byggnader, jfr 45.4</p> <p>– arkitektverksamhet och teknisk konsultverksamhet, jfr 74.20</p> <p>– projektledning för byggande, jfr 74.20</p>
		45.22	<p>Takarbeten</p> <p>Omfattar:</p> <p>– byggande av tak</p> <p>– taktäckning</p> <p>– impregnering</p>
		45.23	<p>Anläggning av vägar, flygfält och idrottsanläggningar</p> <p>Omfattar:</p> <p>– anläggning av vägar, gator samt andra kör- och gångvägar</p> <p>– anläggning av järnvägar</p> <p>– anläggning av start- och landningsbanor på flygfält</p> <p>– anläggning av stadion, simbassänger, idrotts-hallar, tennisbanor, golfbanor eller andra idrottsanläggningar, exklusive uppförande av byggnader</p> <p>– målning av vägmarkeringar och markeringar på parkeringsplatser</p> <p><i>Omfattar inte:</i></p> <p>– förberedande markarbeten, jfr 45.11</p>
		45.24	<p>Vattenbyggnad</p> <p>Omfattar:</p> <p>– anläggning av: vattenleder, hamn- och flodarbeten, småbåtshamnar (marinor), slussar etc.</p> <p>– dammar, diken o.d.</p> <p>– muddring</p> <p>– undervattensarbete</p>

Avdelning F		NACE	
Huvud-grupp	Grupp	Byggentreprenader	
	Under-grupp	Benämning	Anm.
	45.25	Andra bygg- och anläggningsarbeten	<p>Omfattar:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>– bygg- eller anläggningsverksamhet som är specialiserad inom något för olika slags konstruktioner gemensamt område och fordrar specialistkompetens eller specialutrustning:</li> <li>– grundläggning inklusive pålning</li> <li>– borrhning och byggande av brunnar, schaktsänkning</li> <li>– uppförande av icke egentillverkade stålelement</li> <li>– bockning av stål</li> <li>– murning och stenläggning</li> <li>– resning och nedmontering av byggnadsställningar och arbetsplattformar, inklusive uthyrning av byggnadsställningar och arbetsplattformar</li> <li>– uppförande av skorstenar och industriugnar</li> </ul> <p><i>Omfattar inte:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>– uthyrning av byggnadsställningar utan resning och nedmontering, jfr 71.32</li> </ul>
45.3		Bygginstallationer	
	45.31	El-installationer	<p>Omfattar:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>– installation i byggnader och andra anläggningar av: elkablar och elarmatur, telekommunikationssystem, elvärmsystem, antenner, brandlarm, tjuvlarm, hissar och rulltrappor, åskledare etc.</li> </ul>

Avdelning F		NACE	
Huvud-grupp	Grupp	Under-grupp	Byggentreprenader
		Benämning	Anm.
		45.32	Isolerings-arbeten Omfattar: – installation i byggnader och andra anläggningar av värme-, ljud- eller vibrationsisolering <i>Omfattar inte:</i> – impregnering, jfr 45.22
		45.33	VVS-arbeten Omfattar: – installation i byggnader och andra anläggningar av: vattensystem samt sanitetsutrustning, gasarmaturer, värme-, ventilations-, kyl- och luftkonditioneringsutrustning inklusive ledningar, sprinklersystem <i>Omfattar inte:</i> – installation av elvärmesystem, jfr 45.31
		45.34	Andra bygginstallationer Omfattar: – installation av belysnings- och signalsystem till vägar, järnvägar, flygfält och hamnar – installation i byggnader och andra anläggningar av andra armaturer och anordningar
	45.4		Slutbehandling av byggnader
		45.41	Puts-, fasad- och stuckaturarbeten Omfattar: – anbringande på byggnader och andra anläggningar av invändig eller utvändig puts och stuck inklusive närstående basmaterial för putsning
		45.42	Byggnads-snickeriarbeten Omfattar: – installation av icke egentillverkade dörrar, fönster, dörr- och fönsterkarmar, kök med fast inredning, trappor butiksinredning o.d., av trä

Avdelning F	Huvud-grupp	Under-grupp	NACE	
			Byggentreprenader	
			Benämning	Anm.
				<p>eller andra material</p> <p>– invändig slutbehandling såsom arbete med tak, väggbeklädnader av trä och flyttbara skiljeväggar</p> <p><i>Omfattar inte:</i></p> <p>– läggning av parkett och andra golvbeläggningar av trä, jfr 45.43</p>
		45.43	Golv- och väggbeläggningsarbeten	<p>Omfattar:</p> <p>– läggning, uppsättning eller fastsättning i byggnader och andra anläggningar av:</p> <p>vägg- eller golvplattor av keramiskt material, betong eller huggen sten, parkett och andra golvbeläggningar av trä, mattor samt golvbeläggningar av linoleum, inklusive av gummi eller plast, terrazzo-, marmor-, granit- eller skiffergolv eller –väggar, tapeter</p>
		45.44	Måleri- och glasmästeriarbeten	<p>Omfattar:</p> <p>– invändig och utvändigt målning av byggnader</p> <p>– målning av anläggningar inom väg- och vattenbyggnad o.d.</p> <p>– installation av glas, speglar etc.</p> <p><i>Omfattar inte:</i></p> <p>– installation av fönster, jfr 45.42</p>
		45.45	Annan slutbehandling av byggnader	<p>Omfattar:</p> <p>– installation av privata simbassänger</p> <p>– rengöring med ånga, blästring och liknande behandling av fasader</p> <p>– annan slutbehandling av byggnader</p>

Avdelning F		NACE		
Huvud-grupp	Grupp	Under-grupp	Byggentreprenader Benämning	Anm.
	45.5		Uthyrning av bygg- och anläggningsmaskiner med förare	<i>Omfattar inte:</i> – invändig rengöring av byggnader och andra konstruktioner, jfr 74.70
		45.50	Uthyrning av bygg- och anläggningsmaskiner med förare	<i>Omfattar inte:</i> – uthyrning av bygg- och anläggningsmaskiner samt -utrustning utan förare, jfr 71.32

## Förteckning över tjänstekontrakt (A-tjänster)

Kategori nummer	Ämne
1	Underhålls- och reparationstjänster
2	Tjänster för militärt bistånd till utlandet
3	Försvarstjänster, militära försvarstjänster och civila försvarstjänster
4	Undersöknings- och säkerhetstjänster
5	Landtransport
6	Lufttransporttjänster: transporter av passagerare och gods, med undantag av posttransporter
7	Postbefordran på land och i luften
8	Järnvägstransporttjänster
9	Sjötransporttjänster
10	Hjälpstjänster och tjänster i anslutning till transporter
11	Telekommunikationstjänster
12	Finansiella tjänster: Försäkringstjänster
13	Databehandlingstjänster och därmed sammanhängande tjänster
14	Forsknings- och utvecklingstjänster och utvärderingsprov, med undantag av forsknings- och utvecklingstjänster som inte uteslutande är till förmån för den upphandlande myndigheten eller enheten i dess egen verksamhet, under förutsättning att dessa tjänster helt finansieras av den upphandlande myndigheten eller enheten
15	Redovisnings-, revisions- och bokföringstjänster
16	Organisationskonsulttjänster, med undantag av medlings- och förlikningstjänster, och därmed sammanhängande tjänster

<b>Kategori nummer</b>	<b>Ämne</b>
17	Arkitekttjänster, tekniska konsulttjänster och integrerade tekniska tjänster, stadsplanering och landskapsarkitektur, därmed sammanhängande vetenskapliga och tekniska konsulttjänster, teknisk provning och analys
18	Fastighetsstädning och fastighetsförvaltning
19	Avlopps- och renhållningstjänster: saneringstjänster och liknande tjänster
20	Utbildnings- och simuleringstjänster på försvars- och säkerhetsområdet

**Förteckning över tjänstekontrakt (B-tjänster)**

---

<b>Kategori nummer</b>	<b>Ämne</b>
21	Hotell- och restaurangtjänster
22	Hjälp-tjänster och tjänster i anslutning till transporter
23	Juridiska tjänster
24	Rekrytering och urval av personal, med undantag av anställningskontrakt
25	Hälsovård och socialtjänster
26	Övriga tjänster

## Definition av vissa tekniska specifikationer

I lagen används följande beteckningar med de betydelser som här anges:

1. a) *tekniska specifikationer*: i fråga om byggentreprenadkontrakt, samtliga tekniska föreskrifter, vilka bland annat ska upptas i de allmänna specifikationerna, med angivande av de egenskaper som krävs av ett material, en produkt eller en vara för att materialet, produkten eller varan ska kunna beskrivas på ett sådant sätt att detta lämpar sig för den upphandlande myndighetens eller enhetens planerade användning. Dessa egenskaper ska omfatta nivå på miljöprestanda, projektering för alla användningsområden (inklusive tillgänglighet för personer med funktionshinder) och bedömning av överensstämmelse, prestanda, säkerhet och mått, samt förfarandena vid bedömning av kvalitetssäkring, terminologi, symboler, provning och provningsmetoder, förpackning och märkning samt produktionsprocesser och -metoder. De ska även innefatta bestämmelser om projektering och kostnad, provnings- och kontrollregler, villkoren för att entreprenaden ska antas, tekniken eller metoderna för byggnadsverksamheten samt samtliga övriga tekniska villkor som den upphandlande myndigheten eller enheten enligt lag eller annan författning kan ange i fråga om den fullbordade entreprenaden samt om ingående material eller delar.
- b) *teknisk specifikation*: i fråga om tjänste- eller varukontrakt, en specifikation i ett dokument med angivande av kraven på en produkts eller en tjänsts egenskaper, som kvalitetsnivåer, nivå på miljöprestanda, projektering för alla användningsområden (inklusive tillgänglighet för personer med funktionshinder) och bedömning av överensstämmelse, prestanda, produktens användningsområde, säkerhet eller mått, samt krav på produkten angående den beteckning under vilken den saluförs, terminologi, symboler, provning och provningsmetoder, förpackning, märkning, bruksanvisningar, produktionsprocesser och -metoder samt förfaranden vid bedömning av överensstämmelse.
2. *standard*: en teknisk specifikation som har fastställts av ett erkänt standardiseringsorgan för upprepad eller fortlöpande tillämpning, med vilken överensstämmelse inte är obligatorisk och som tillhör någon av följande typer av standarder:
  - Internationell standard: en standard som antagits av ett internationellt standardiseringsorgan och gjorts tillgänglig för allmänheten.
  - Europeisk standard: en standard som antagits av ett europeiskt standardiseringsorgan och gjorts tillgänglig för allmänheten.
  - Nationell standard: en standard som antagits av ett nationellt standardiseringsorgan och gjorts tillgänglig för allmänheten.
3. *försvarsstandard*: En teknisk specifikation som inte är tvingande och som godkänts av ett erkänt standardiseringsorgan på

internationell, regional eller nationell nivå, specialiserad på utarbetandet av tekniska specifikationer för upprepad eller kontinuerlig tillämpning på försvarsområdet.

4. *uropeiskt tekniskt godkännande*: en positiv teknisk bedömning av en produkts lämplighet för att användas för ett bestämt ändamål, grundad på att de grundläggande kraven på byggtreprenaden är uppfyllda genom produktens konstitutiva egenskaper tillsammans med de villkor som fastställts för användningen och utnyttjandet. Ett europeiskt tekniskt godkännande ska utfärdas av ett organ för godkännande som för detta ändamål utsetts av medlemsstaten.
5. *gemensam teknisk specifikation*: en teknisk specifikation som har utarbetats i enlighet med ett förfarande som erkänts av medlemsstaterna och som har offentliggjorts i Europeiska unionens officiella tidning.
6. *teknisk referens*: en produkt, med undantag för officiella standarder, som framställs av ett europeiskt standardiseringsorgan i enlighet med förfaranden som anpassats till utvecklingen av marknadens behov.

## 2.2 Förslag till lag om ändring i lagen (1971:289) om allmänna förvaltningsdomstolar

Häri genom föreskrivs att 18 § lagen (1971:289) om allmänna förvaltningsdomstolar ska ha följande lydelse.

*Lydelse enligt SFS 2010:616*

*Föreslagen lydelse*

### 18 §

En förvaltningsrätt är domför med en lagfaren domare ensam

1. vid åtgärd som avser endast måls beredande,
2. vid förhör med vittne eller sakkunnig som begärts av en annan förvaltningsrätt,
3. vid beslut som avser endast rättelse av felräkning, felskrivning eller annat uppenbart förbiseende och
4. vid annat beslut som inte innefattar slutligt avgörande av mål.

Om det inte är påkallat av särskild anledning att målet prövas av fullsuttan rätt, är en förvaltningsrätt domför med en lagfaren domare ensam vid beslut som inte innefattar prövning av målet i sak.

Åtgärder som avser endast beredandet av ett mål och som inte är av sådant slag att de bör förbehållas lagfarna domare får utföras av en annan tjänsteman som har tillräcklig kunskap och erfarenhet och som är anställd vid förvaltningsrätten eller vid en tingsrätt på samma ort som förvaltningsrätten. Regeringen meddelar närmare föreskrifter om detta.

Vad som sägs i andra stycket gäller även vid avgörande i sak av

1. mål av enkel beskaffenhet,
2. mål enligt lagen (1994:466) om särskilda tvångsåtgärder i beskaffningsförfarandet, enligt lagen (1978:880) om betalningssäkring för skatter, tullar och avgifter, om besiktning enligt fastighetstaxeringslagen (1979:1152), om handlings undantagande från taxeringsrevision, skatterevision eller annan granskning och om befrielse från skyldighet att lämna upplysningar, visa upp handling eller lämna kontrolluppgift enligt skatteförfattningarna,

3. mål om omedelbart omhändertagande enligt 6 § lagen (1990:52) med särskilda bestämmelser om vård av unga, mål om vård i enskildhet enligt 15 b § samma lag, mål om avskildhet enligt 15 c § samma lag, mål om tillfälligt flyttningsförbud enligt 27 § samma lag, mål om omedelbart omhändertagande enligt 13 § lagen (1988:870) om vård av missbrukare i vissa fall, mål om vård i enskildhet eller avskildhet enligt 34 § samma lag, mål om vård i enskildhet enligt 14 § lagen (1998:603) om verkställighet av sluten ungdomsvård, mål om avskildhet enligt 17 § samma lag, mål om tillfällig isolering enligt 5 kap. 3 § smittskyddslagen (2004:168), mål enligt 12 § första stycket och 33 § lagen (1991:1128) om psykiatrisk tvångsvård, mål enligt 18 § första stycket 3–5 och 9 när det gäller de fall då vården inte har förenats med särskild utskrivningsprövning eller 6 lagen (1991:1129) om rättspsykiatrisk vård, mål om förvar och uppsikt enligt utlänningslagen (2005:716), mål enligt lagen (1974:202) om beräkning av strafftid m.m., mål enligt fängelselagen (2010:610) samt mål enligt lagen (1963:193) om samarbete med

Danmark, Finland, Island och Norge angående verkställighet av straff m.m.,

4. mål enligt folkbokföringsförfattningarna, mål rörande preliminär skatt eller om anstånd med att betala skatt eller avgifter enligt skatteförfattningarna,

5. mål enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling *eller* lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster,

5. mål enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster *eller* lagen (0000:00) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,

6. mål som avser en fråga av betydelse för inkomstbeskattningen, dock endast om värdet av vad som yrkas i målet uppenbart inte överstiger hälften av prisbasbeloppet enligt 2 kap. 6 och 7 §§ socialförsäkringsbalken,

7. mål enligt lagen (2004:629) om trängselskatt och

8. mål enligt lagen (2008:962) om valfrihetssystem.

---

Denna lag träder i kraft den 1 augusti 2011.

## 2.3 Förslag till lag om ändring i lagen (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet

Härigenom föreskrivs att 39 och 40 §§ lagen (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet ska ha följande lydelse.

### *Nuvarande lydelse*

#### 39 §<sup>1</sup>

Har förhandling enligt 38 § ägt rum och förklarar den centrala arbetstagarorganisationen eller, om en sådan inte finns, den arbetstagarorganisation som har slutit kollektivavtalet, att den av arbetsgivaren tilltänkta åtgärden kan antas medföra att lag eller kollektivavtal för arbetet åsidosätts eller att åtgärden på annat sätt strider mot vad som är allmänt godtaget inom parternas avtalsområde, får åtgärden inte beslutas eller verkställas av arbetsgivaren.

Vid upphandling enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster eller lagen (2008:962) om valfrihetssystem får en förklaring enligt första stycket göras endast om den grundar sig på omständigheter som anges i

– 10 kap. 2 § och 15 kap. 13 § lagen om offentlig upphandling,

– 10 kap. 2 och 3 §§ samt 15 kap. 13 § lagen om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, eller

– 7 kap. 1 § lagen om valfrihetssystem.

### *Föreslagen lydelse*

Vid upphandling enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, lagen (2008:962) om valfrihetssystem eller lagen (0000:00) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet får en förklaring enligt första stycket göras endast om den grundar sig på omständigheter som anges i

– 10 kap. 2 § och 15 kap. 13 § lagen om offentlig upphandling,

– 10 kap. 2 och 3 §§ samt 15 kap. 13 § lagen om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster,

– 7 kap. 1 § lagen om valfrihetssystem, eller

– 11 kap. 2 § och 15 kap. 13 § lagen (0000:00) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

#### 40 §<sup>2</sup>

Förbud enligt 39 § inträder inte, om arbetstagarorganisationen saknar fog för sin ståndpunkt. Förbud inträder inte heller, om arbets-

Förbud enligt 39 § inträder inte, om arbetstagarorganisationen saknar fog för sin ståndpunkt. Förbud inträder inte heller, om arbets-

<sup>1</sup> Senaste lydelse 2010:537.

<sup>2</sup> Senaste lydelse 2010:537.

tagarorganisationen vid sådan upphandling som avses i 39 § andra stycket har grundat sin förklaring på andra omständigheter än som anges i

– 10 kap. 2 § och 15 kap. 13 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,

– 10 kap. 2 och 3 §§ samt 15 kap. 13 § lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, *eller*

– 7 kap. 1 § lagen (2008:962) om valfrihetssystem.

tagarorganisationen vid sådan upphandling som avses i 39 § andra stycket har grundat sin förklaring på andra omständigheter än som anges i

– 10 kap. 2 § och 15 kap. 13 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,

– 10 kap. 2 och 3 §§ samt 15 kap. 13 § lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster,

– 7 kap. 1 § lagen (2008:962) om valfrihetssystem, *eller*

– 11 kap. 2 § samt 15 kap. 13 § lagen (0000:00) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

Har arbetsgivaren med stöd av 38 § tredje stycket verkställt beslut i den fråga som förhandlingen avser, ska 39 § inte tillämpas.

---

Denna lag träder i kraft den 1 augusti 2011.

## 2.4 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<sup>2</sup>

dels att 15 kap. 22 §, 16 kap. 4, 5 och 13 §§ samt bilagorna 1–3 ska upphöra att gälla,

dels att rubrikerna närmast före 16 kap. 1, 4, 13 och 16 §§ ska utgå,

dels att nuvarande 16 kap. 1–3, 6–9 och 14–19 §§ ska betecknas 16 kap. 4, 5, 19, 1–3, 8, 7, 13–15, 17 och 18 §§,

dels att 1 kap. 2 §, 4 kap. 4, 8 och 14 §§, 10 kap. 1 §, 11 kap. 2 §, 15 kap. 2 och 19 §§, de nya 16 kap. 2, 4, 7, 8 och 13–15 §§ samt 16 kap. 10, 11 och 21 §§ ska ha följande lydelse,

dels att rubrikerna närmast före nuvarande 16 kap. 2, 3, 5–9, 15, 18 och 19 §§ ska sättas närmast före de nya 16 kap. 5, 19, 6, 1–3, 8, 13, 17 och 18 §§,

dels att det i lagen ska införas sex nya paragrafer, 1 kap. 3 a och 5 a §§, 15 kap. 10 § samt 16 kap. 6, 9 och 16 §§, samt närmast före 1 kap. 3 a och 5 a §§ samt 16 kap. 4, 9 och 16 §§ nya rubriker av följande lydelse,

dels att det i lagen närmast före 16 kap. 1 § ska införas en ny rubrik som ska lyda ”Allmänna bestämmelser om avtalsspärri”,

dels att det i lagen ska införas tre nya bilagor, 1–3, av följande lydelse.

*Nuvarande lydelse*

*Föreslagen lydelse*

### **1 kap.**

#### **2 §<sup>3</sup>**

Denna lag gäller för offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster samt av byggkoncessioner. Lagen gäller även när upphandlande myndigheter anordnar projekttävlingar. Vad som avses med offentlig upphandling och upphandlande myndighet anges i 2 kap. 13 § respektive 19 §.

Endast 15 och 16 kap. tillämpas i fråga om offentlig upphandling som

1. avser tjänster enligt bilaga 3 (B-tjänster),

2. avser andra kontrakt, vars värde understiger de tröskelvärden

Endast 15 kap. tillämpas i fråga om offentlig upphandling som

1. avser tjänster enligt bilaga 3 (B-tjänster), eller

2. avser andra kontrakt, vars värde understiger de tröskelvärden som anges i lagen.

<sup>1</sup> Jfr Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/81/EG av den 13 juli 2009 om samordning av förfarandena vid tilldelning av vissa kontrakt för byggentreprenader, varor och tjänster av upphandlande myndigheter och enheter på försvars- och säkerhetsområdet och om ändring av direktiven 2004/17/EG och 2004/18/EG (EUT L 216, 20.8.2009, s. 76, Celex 32009L0081).

<sup>2</sup> Senaste lydelse av  
15 kap. 22 § 2010:571  
16 kap. 4 § 2010:571  
16 kap. 5 § 2010:571  
16 kap. 13 § 2010:571.

<sup>3</sup> Senaste lydelse 2010:571.

som anges i lagen,

3. görs på försvarsområdet och som avser varor eller tjänster som omfattas av artikel 346 i EUF-fördraget, eller

4. omfattas av sekretess eller andra särskilda begränsningar med hänsyn till rikets säkerhet.

I fråga om offentlig upphandling som avser tjänster som anges i bilaga 2 (A-tjänster) tillämpas inte 13 och 14 kap.

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

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

*Regeringen tillkännager i Svensk författningssamling CPV-referensnummer för byggen-treprenadkontrakt samt CPC- och CPV-referensnummer för A-tjänster och B-tjänster.*

I fråga om tjänstekoncessioner gäller endast 1 kap. 12 §.

#### Upphandling på försvars- och säkerhetsområdet

##### 3 a §

*Denna lag gäller inte för upphandling som*

*1. omfattas av lagen (0000:00) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, eller*

*2. är undantagen enligt 1 kap. 7, 8 eller 9 § den lagen.*

#### Undantag på grund av sekretess m.m.

##### 5 a §

*Bestämmelserna i denna lag gäller inte i den utsträckning det är nödvändigt att göra undantag av synnerliga skäl avseende sekretess eller rikets väsentliga intressen.*

## 4 kap.

### 4 §<sup>4</sup>

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.

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

### 8 §

En upphandlande myndighet får använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering om

1. det gäller kompletterande byggentreprenader eller tjänster som inte ingår i det ursprungliga projektet eller *ingår i* det ursprungliga kontraktet om

a) kompletteringarna på grund av oförutsedda omständigheter krävs för att kontraktet *skall* kunna fullgöras,

b) de *skall* utföras av den ursprungliga leverantören,

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

d) de *kan avskiljas och* är absolut nödvändiga för att kontraktet *skall* kunna fullföljas, eller

2. det gäller en ny byggentreprenad eller tjänst som är en upprening av tidigare byggentreprenader eller tjänster under förutsättning

a) att de nya arbetena ingår i ett projekt som tidigare varit föremål för ett öppet eller selektivt förfarande,

b) att arbetena tilldelas samma leverantör,

använda förhandlat förfarande utan

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

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

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

<sup>4</sup> Senaste lydelse 2010:571.

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

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

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

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

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

Det förfarande som avses i första stycket 2 får tillämpas under högst tre år efter det att det ursprungliga kontraktet slöts.

#### 14 §<sup>5</sup>

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.

Den upphandlande myndigheten får bestämma att dialogen ska genomföras i successiva steg för att begränsa antalet lösningar som ska diskuteras under dialogen. I så fall ska det anges i annonsen eller i det beskrivande dokumentet. *Begränsningen ska ske enligt de tilldelningskriterier som anges i annonsen eller i det beskrivande dokumentet. Det slutliga antalet lösningar ska alltid vara så stort att effektiv konkurrens uppnås, under förutsättning att det finns ett tillräckligt antal lösningar.*

### 10 kap.

#### 1 §

En upphandlande myndighet skall utesluta en leverantör från att delta i en offentlig upphandling, om myndigheten får kännedom om att leverantören enligt en lagakraftvunnen dom är dömd för brott som innefattar

1. sådan brottslighet som avses i artikel 2.1 i rådets gemensamma åtgärd 98/733/RIF av den 21 december 1998 beslutad av rådet på grundval av artikel K 3 i fördraget om Europeiska unionen om att göra deltagande i en kriminell organisation i Europeiska unionens med-

En upphandlande myndighet ska utesluta en leverantör från att delta i en offentlig upphandling, om myndigheten får kännedom om att leverantören enligt en lagakraftvunnen dom är dömd för brott som innefattar

1. sådan brottslighet som avses i artikel 2 i rådets rambeslut 2008/841/RIF av den 24 oktober 2008 om kampen mot organiserad brottslighet<sup>6</sup>,

<sup>5</sup> Senaste lydelse 2010:571.

<sup>6</sup> EUT L 300, 11.11.2008, s. 42 (Celex 32008F0841).

lemsstater till ett brott,

2. bestickning enligt definitionen i artikel 3 i rådets akt av den 26 maj 1997 om utarbetande på grundval av artikel K 3.2 c i fördraget om Europeiska unionen av konventionen om kamp mot korruption som tjänstemän i Europeiska gemenskaperna eller Europeiska unionens medlemsstater är delaktiga i<sup>7</sup>, respektive artikel 3.1 i rådets gemensamma åtgärd 98/742/RIF av den 22 december 1998 beslutad av rådet på grundval av artikel K 3 i fördraget om Europeiska unionen rörande korruption inom den privata sektorn<sup>8</sup>,

3. bedrägeri i den mening som avses i artikel 1 i konventionen som utarbetats på grundval av artikel K.3 i fördraget om Europeiska unionen, om skydd av Europeiska gemenskapernas finansiella intressen<sup>9</sup>, eller

4. penningtvätt enligt definitionen i artikel 1 i rådets direktiv 91/308/EEG av den 10 juni 1991 om åtgärder för att förhindra att det finansiella systemet används för tvättning av pengar<sup>10</sup>, ändrat genom Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/97/EG<sup>11</sup>.

Är leverantören en juridisk person, *skall* leverantören uteslutas om en företrädare för den juridiska personen har dömts för brottet.

Om det finns grundad anledning anta att en leverantör *skall* uteslutas med stöd av första stycket, får myndigheten begära att leverantören visar att det inte finns någon grund för uteslutning.

Om det finns särskilda skäl, får en upphandlande myndighet avstå från att utesluta en leverantör som dömts för brottslighet enligt första stycket.

Är leverantören en juridisk person, *ska* leverantören uteslutas om en företrädare för den juridiska personen har dömts för brottet.

Om det finns grundad anledning anta att en leverantör *ska* uteslutas med stöd av första stycket, får myndigheten begära att leverantören visar att det inte finns någon grund för uteslutning.

## 11 kap.

### 2 §

En upphandlande myndighet får ställa krav på en lägsta nivå för anbudssökandes och anbudsgivares ekonomiska samt tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Dessa *skall* överensstämma med bestämmelserna i 7–15 §§. Omfattningen av den information som avses i 6–15 §§ samt de lägsta nivåerna för den kapacitet som krävs för ett visst kontrakt *skall* ha samband med kontraktsföremålet och stå i proportion till detta.

De krav på kapacitet som ställs

En upphandlande myndighet får ställa krav på en lägsta nivå för anbudssökandes och anbudsgivares ekonomiska samt tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Dessa *ska* överensstämma med bestämmelserna i 7–13 §§. Omfattningen av den information som avses i 7–13 §§ samt de lägsta nivåerna för den kapacitet som krävs för ett visst kontrakt *ska* ha samband med kontraktsföremålet och stå i proportion till detta.

De krav på kapacitet som ställs

<sup>7</sup> EGT C 195, 25.6.1997, s. 1 (Celex 31997F0625/01/).

<sup>8</sup> EGT L 358, 31.12.1998, s. 2 (Celex 31998F0742).

<sup>9</sup> EGT C 316, 27.11.1995, s. 48 (Celex 31995F1127/03/).

<sup>10</sup> EGT L 166, 28.6.1991, s. 77 (Celex 31991L0308).

<sup>11</sup> EGT L 344, 28.12.2001, s. 76 (Celex 32001L0097).

upp *skall* framgå av annonsen om upphandling.      upp *ska* framgå av annonsen om upphandling.

## 15 kap.

### 2 §<sup>12</sup>

Vid offentlig upphandling enligt detta kapitel tillämpas även  
– 1 kap. (lagens innehåll och tillämpningsområde samt allmänna bestämmelser),

– 2 kap. (definitioner),

– 4 kap. 22 § (inköpscentraler),

– 5 kap. (ramavtal), utom såvitt avser 5 kap. 5 § beträffande kravet på minst tre leverantörer för sådana ramavtal som omfattas av 5 kap. 6 §,

– 6 kap. 4 § (uppgifter om ursprung, tillverkning m.m.),

– 6 kap. 7 § (miljömärken),

– 6 kap. 13 § (särskilda villkor för fullgörande av kontrakt),

– 8 kap. 11 § (om någon annan än den upphandlande myndigheten ska lämna ut förfrågningsunderlaget eller det beskrivande dokumentet),

– 8 kap. 12 § (*tillhandahållande av kompletterande handlingar och upplysningar vid selektivt och förhandlat förfarande samt konkurrenspräglad dialog*),

– 11 kap. 6 § (krav på registrering),

– 13 kap. (byggkoncessioner),

– 16 kap. (avtalsspärr, överprövning och skadestånd),

– 17 kap. (upphandlingsskadeavgift), och

– 18 kap. (tillsyn).

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 §§.

Vidare tillämpas bestämmelserna om konkurrenspräglad dialog i 4 kap. 1 § tredje stycket och 10–21 §§, 8 kap. 3 § första stycket, 5, 10 och 12 §§ samt 11 kap. 3 och 4 §§.

Vid offentlig upphandling som avser tjänster som anges i bilaga 3 (B-tjänster) tillämpas även 6 kap. 1–3, 5, 6 och 8 §§, när värdet av kontraktet uppgår till minst tillämpligt tröskelvärde i 3 kap.

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

### 10 §<sup>13</sup>

*Den upphandlande myndigheten ska vid förenklat förfarande och urvalsförfarande lämna ut kompletterande upplysningar om förfrågningsunderlaget senast sex dagar före angiven sista dag för att komma in med anbud, förutsatt*

<sup>12</sup> Senaste lydelse 2010:571.

<sup>13</sup> Tidigare upphävd genom 2010:571.

*att sådana upplysningar begärts i god tid.*

19 §<sup>14</sup>

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.

**16 kap.**

7 §

Avtalsspärr gäller inte

1. vid tilldelning av kontrakt som avses i 1 kap. 2 § andra stycket 3 eller 4, om undantag har 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.

2 §<sup>15</sup>

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

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

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

**Överprövning**

Allmänna bestämmelser om överprövning

1 §

En leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada får i en framställning till

4 §<sup>16</sup>

Efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada får allmän

<sup>14</sup> Senaste lydelse 2010:571.

<sup>15</sup> Senaste lydelse av tidigare 7 § 2010:571.

<sup>16</sup> Senaste lydelse av tidigare 1 § 2010:571.

*allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärd enligt 5 eller 15 § (ansökan om överprövning).*

*förvaltningsdomstol överpröva*

- 1. en upphandling, och*
- 2. giltigheten av ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör.*

*6 §*

*Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.*

*Överprövning av en upphandling får inte ske efter det att avtal har slutits mellan den upphandlande myndigheten och en leverantör.*

*14 §*

*Om den upphandlande myndigheten under pågående överprövning av en upphandling ingår ett avtal i strid med 4, 6, 8, 9 eller 10 §, ska rätten, på yrkande av leverantören, överpröva avtalets giltighet i enlighet med 15–17 §§.*

*9 §*

*Om en ansökan om överprövning av en upphandling har gjorts, fortsätter avtalsspärr enligt 6 eller 8 § att gälla under handläggningen i förvaltningsrätten (förlängd avtalsspärr).*

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

*7 §<sup>17</sup>*

*Om den upphandlande myndigheten under pågående överprövning av en upphandling ingår ett avtal i strid med 1, 3, 8, 9 eller 10 §, ska rätten, på yrkande av leverantören, överpröva avtalets giltighet i enlighet med 13–15 §§.*

*8 §<sup>18</sup>*

*Om en ansökan om överprövning av en upphandling har gjorts, fortsätter avtalsspärr enligt 1 eller 3 § att gälla under handläggningen i förvaltningsrätten (förlängd avtalsspärr).*

<sup>17</sup> Senaste lydelse av tidigare 14 § 2010:571.

<sup>18</sup> Senaste lydelse av tidigare 9 § 2010:571.

Interimistiskt beslut vid överprövning av en upphandling

9 §

*I fall då avtalsspärr enligt 1, 3 eller 8 § inte gäller får rätten besluta att den upphandlande myndigheten inte får ingå avtal innan något annat har bestämts.*

*Rätten får avstå från att fatta beslut enligt första stycket, om den skada eller olägenhet som åtgärden skulle medföra kan bedömas vara större än skadan för leverantören.*

10 §<sup>19</sup>

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

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

När Högsta förvaltningsdomstolen har fattat ett beslut enligt 4 § och beslutat att återförvisa målet till lägre instans, får avtal inte ingås förrän tio dagar har gått från beslutet om återförvisning.

Rätten får besluta att någon tiodagarsfrist inte ska gälla.

När en förlängd avtalsspärr gäller enligt 8 §, får den upphandlande myndigheten inte ingå avtal förrän tio dagar har gått från det att förvaltningsrätten har avgjort målet.

När en förvaltningsrätt eller en kammarrätt har fattat ett beslut enligt 9 §, får avtal inte ingås förrän tio dagar har gått från det att domstolen har avgjort målet eller upphävt beslutet.

När Högsta förvaltningsdomstolen har fattat ett beslut enligt 9 § och beslutat att återförvisa målet till lägre instans, får avtal inte ingås förrän tio dagar har gått från beslutet om återförvisning.

11 §<sup>20</sup>

En ansökan om överprövning av en upphandling ska ha kommit in till förvaltningsrätten före utgången av sådan avtalsspärr som avses i 6 eller 8 §.

En ansökan om överprövning av en upphandling ska ha kommit in till förvaltningsrätten före utgången av *en* sådan avtalsspärr som avses i 1 eller 3 §.

15 §

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

13 §<sup>21</sup>

<sup>19</sup> Senaste lydelse 2010:1495.

<sup>20</sup> Senaste lydelse 2010:571.

<sup>21</sup> Senaste lydelse av tidigare 15 § 2010:571.

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

2. enligt ett förfarande i 5 kap. 7 § utan att de villkor har följts som framgår av den paragrafen eller av det ramavtal som ligger till grund för det nya anbuds förfarandet och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

Ett avtal ska också förklaras ogiltigt, om det har slutits i strid med *ett interimistiskt beslut enligt 4 §, bestämmelserna om avtalsspärr i 6, 8 eller 9 §, tiodagarsfristen i 10 §* eller om avtalet har slutits före en underrättelse om tilldelningsbeslut enligt 9 kap. 9 § första stycket eller 15 kap. 19 §. För ogiltighet i sådana fall krävs dessutom att de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag har överträtts och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

#### 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 §

Bestämmelserna 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

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

Ett avtal ska också förklaras ogiltigt, om det har slutits i strid med *bestämmelserna om avtalsspärr i 1, 3 eller 8 §, ett interimistiskt beslut enligt 9 §, tiodagarsfristen i 10 §* eller om avtalet har slutits före en underrättelse om tilldelningsbeslut enligt 9 kap. 9 § första stycket eller 15 kap. 19 §. För ogiltighet i sådana fall krävs dessutom att de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag har överträtts och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

#### 14 §<sup>22</sup>

Om det finns tvingande hänsyn till ett allmänintresse, ska rätten besluta att avtalet får bestå trots att förutsättningarna för ogiltighet enligt 13 § är uppfyllda.

#### 15 §<sup>23</sup>

Bestämmelserna om ogiltighet i 13 § ska inte tillämpas

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

2. om en upphandlande myndighet genom förhandsinsyn enligt 7 kap. 4 § eller 15 kap. 5 a § har

<sup>22</sup> Senaste lydelse av tidigare 16 § 2010:571.

<sup>23</sup> Senaste lydelse av tidigare 17 § 2010:571.

meddelat sin avsikt att upphandla och har iakttagit avtalsspärren vid förhandsinsyn enligt 8 §.

meddelat sin avsikt att upphandla och har iakttagit avtalsspärren vid förhandsinsyn enligt 3 §.

Interimistiskt beslut vid överprövning av ett avtals giltighet

16 §

*Rätten får besluta att ett avtal inte får fullgöras till dess något annat har bestämts.*

*Rätten får avstå från att fatta beslut enligt första stycket, om den skada eller olägenhet som åtgärden skulle medföra kan bedömas vara större än skadan för leverantören.*

21 §<sup>24</sup>

Talan om skadestånd ska väckas vid allmän domstol inom ett år från den tidpunkt då avtal har slutits mellan den upphandlande myndigheten och en leverantör eller har förklarats ogiltigt enligt 15 § genom ett avgörande som har vunnit laga kraft. Väcks inte talan i tid, är rätten till skadestånd förlorad.

Talan om skadestånd ska väckas vid allmän domstol inom ett år från den tidpunkt då avtal har slutits mellan den upphandlande myndigheten och en leverantör eller har förklarats ogiltigt enligt 13 § genom ett avgörande som har vunnit laga kraft. Väcks inte talan i tid, är rätten till skadestånd förlorad.

- 
1. Denna lag träder i kraft den 1 augusti 2011.
  2. Äldre bestämmelser gäller för upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet.

<sup>24</sup> Senaste lydelse 2010:571.

## Förteckning över byggtrepreneurkontrakt

		NACE	
Avdelning F		Byggtrepreneur	
Huvud-grupp	Grupp	Under grupp	Benämning
			Anm.
45			Byggverksamhet
	45.1		Mark- och grundarbeten
		45.11	Rivning av hus; markarbeten
		45.12	Markundersökning
			Omfattar: – nybyggnad, renovering och normal reparation
			Omfattar: – rivning och rasering av byggnader och andra anläggningar – röjning av byggplatser – markarbeten: schaktning, deponering, nivellering av byggplatser, dikesgrävning, bergrensning, sprängning etc. – iordningställande av gruvarbetsplatser: avtäckning samt annat iordningställande av ägor och platser som innehåller mineraler Omfattar även: – dränering av byggplatser – dränering av jordbruks- eller skogsbruksmark
			Omfattar: – provborrning och tagning av kärprov för byggande, för geofysiska, geologiska eller liknande ändamål <i>Omfattar inte:</i> – borrning av källor för produktion av råpetroleum eller naturgas, jfr 11.20 – brunnborrning, jfr 45.25 – schaktsänkning, jfr 45.25 – spårning av olje- och naturgasfält, utförande

Avdelning F	Huvudgrupp	Grupp	Undergrupp	NACE	
				Byggentreprenader	Byggnadsverksamhet
				Benämning	Anm.
		45.2		Bygg- och anläggningsarbeten	av geofysiska, geologiska och seismiska undersökningar, jfr 74.20
			45.21	Uppförande av hus och andra byggnadsverk	<p>Omfattar:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>– byggande av alla slags byggnader</li> <li>– byggande av anläggningar inom väg- och vattenbyggnad o.d.:</li> <li>– broar, inklusive sådana för upphöjda vägar, viadukter, tunnlar och tunnelbanor</li> <li>– rörledningar för fjärrtransport, fjärrnät för el och telekommunikation</li> <li>– rörledningar i tätort, tätortsnet för el och telekommunikation samt därmed förknippade arbeten</li> <li>– montering och uppförande på plats av monteringsfärdiga byggnader</li> </ul> <p><i>Omfattar inte:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>– tjänster i anslutning till råpetroleum- och naturgasutvinning, jfr 11.20</li> <li>– uppförande av kompletta monteringsfärdiga byggnader av annat material än betong, jfr huvudgrupperna 20, 26 och 28</li> <li>– anläggning av stadion, simbassänger, idrotts-hallar, tennisbanor, golfbanor eller andra idrottsanläggningar, exklusive uppförande av byggnader, jfr 45.23</li> <li>– bygginstallationer, jfr 45.3</li> </ul>

Avdelning F		NACE	
Huvudgrupp	Grupp	Undergrupp	Byggentreprenader
			Benämning      Anm.
			– slutbehandling av byggnader, jfr 45.4
			– arkitektverksamhet och teknisk konsultverksamhet, jfr 74.20
			– projektledning för byggande, jfr 74.20
		45.22	Takarbeten Omfattar: – byggande av tak – taktäckning – impregnering
		45.23	Anläggning av vägar, flygfält och idrottsanläggningar Omfattar: – anläggning av vägar, gator samt andra kör- och gångvägar – anläggning av järnvägar – anläggning av start- och landningsbanor på flygfält – anläggning av stadion, simbassänger, idrotts- hallar, tennisbanor, golf- banor eller andra idrotts- anläggningar, exklusive uppförande av byggnader – målning av vägmarkeringar och markeringar på parkeringsplatser <i>Omfattar inte:</i> – förberedande mark- arbeten, jfr 45.11
		45.24	Vatten- byggnad Omfattar: – anläggning av: vatten- leder, hamn- och flod- arbeten, småbåtshamnar (marinor), slussar etc. – dammar, diken o.d. – muddring – undervattensarbete
		45.25	Andra bygg- och anlägg- ningsarbeten Omfattar: – bygg- eller anlägg- ningsverksamhet som är specialiserad inom något för olika slags konstruk-

Avdelning F	Huvud-grupp	Grupp	Under-grupp	NACE	
				Byggentreprenader	Benämning
					Anm.
					tioner gemensamt område och fordrar specialistkompetens eller specialutrustning: – grundläggning inklusive pålning – borning och byggande av brunnar, schaktsänkning – uppförande av icke egentillverkade stålelement – bockning av stål – murning och stendläggning – resning och nedmontering av byggnadsställningar och arbetsplattformar, inklusive uthyrning av byggnadsställningar och arbetsplattformar – uppförande av skorstenar och industriugnar <i>Omfattar inte:</i> – uthyrning av byggnadsställningar utan resning och nedmontering, jfr 71.32
		45.3		Bygg-installationer	
			45.31	El-installationer	Omfattar: – installation i byggnader och andra anläggningar av: elkablar och elarmatur, telekommunikationssystem, elvärmsystem, antenner, brandlarm, tjuvlarm, hissar och rulltrappor, åskledare etc.
			45.32	Isoleringsarbeten	Omfattar: – installation i byggnader och andra anläggningar av värme-, ljud- eller vibrationsisolering

Avdelning F	Huvud-grupp	Under-grupp	NACE	
			Byggentreprenader	
			Benämning	Anm.
		45.33	VVS-arbeten	<p><i>Omfattar inte:</i></p> <p>– impregnering, jfr 45.22</p> <p><i>Omfattar:</i></p> <p>– installation i byggnader och andra anläggningar av: vattensystem samt sanitetsutrustning, gasarmaturer, värme-, ventilations-, kyl- och luftkonditioneringsutrustning inklusive ledningar, sprinklersystem</p>
		45.34	Andra bygginstallationer	<p><i>Omfattar inte:</i></p> <p>– installation av elvärmesystem, jfr 45.31</p> <p><i>Omfattar:</i></p> <p>– installation av belysnings- och signalsystem till vägar, järnvägar, flygfält och hamnar</p> <p>– installation i byggnader och andra anläggningar av andra armaturer och anordningar</p>
	45.4		Slutbehandling av byggnader	
		45.41	Puts-, fasad- och stuckaturarbeten	<p><i>Omfattar:</i></p> <p>– anbringande på byggnader och andra anläggningar av invändig eller utvändig puts och stuck inklusive närstående basmaterial för putsning</p>
		45.42	Byggnads-snickeriarbeten	<p><i>Omfattar:</i></p> <p>– installation av icke egentillverkade dörrar, fönster, dörr- och fönsterkarmar, kök med fast inredning, trappor butiks-inredning o.d., av trä eller andra material</p> <p>– invändig slutbehandling såsom arbete med tak, väggbeklädnader av trä och</p>

Avdelning F		NACE		
Huvud-grupp	Grupp	Under-grupp	Byggentreprenader	
			Benämning	Anm.
				flyttbara skiljeväggar
				<i>Omfattar inte:</i>
				– läggning av parkett och andra golvbeläggningar av trä, jfr 45.43
	45.43		Golv- och väggbeläggningsarbeten	<i>Omfattar:</i>
				– läggning, uppsättning eller fastsättning i byggnader och andra anläggningar av:
				vägg- eller golvplattor av keramiskt material, betong eller huggen sten, parkett och andra golvbeläggningar av trä, mattor samt golvbeläggningar av linoleum, inklusive av gummi eller plast, terrazzo-, marmor-, granit- eller skiffergolv eller –väggar, tapeter
	45.44		Måleri- och glasmästeriarbeten	<i>Omfattar:</i>
				– invändig och utvändig målning av byggnader
				– målning av anläggningar inom väg- och vattenbyggnad o.d.
				– installation av glas, speglar etc.
				<i>Omfattar inte:</i>
				– installation av fönster, jfr 45.42
	45.45		Annan slutbehandling av byggnader	<i>Omfattar:</i>
				– installation av privata simbassänger
				– rengöring med ånga, blästring och liknande behandling av fasader
				– annan slutbehandling av byggnader
				<i>Omfattar inte:</i>
				– invändig rengöring av byggnader och andra konstruktioner, jfr 74.70

Avdelning F		NACE		
Huvud-grupp	Grupp	Under-grupp	Byggentreprenader	
			Benämning	Anm.
	45.5		Uthyrning av bygg- och anläggningsmaskiner med förare	
		45.50	Uthyrning av bygg- och anläggningsmaskiner med förare	<i>Omfattar inte:</i> – uthyrning av bygg- och anläggningsmaskiner samt -utrustning utan förare, jfr 71.32

## Förteckning över tjänstekontrakt (A-tjänster)

Kategori	Beskrivning
1	Underhålls- och reparationstjänster
2	Landtransport, med undantag av järnvägstransport som omfattas av kategori 18, även säkerhets- och kurirtransporter, med undantag av postbefordran
3	Flygtransport av passagerare och gods, med undantag av postbefordran
4	Postbefordran på land, med undantag av järnvägstransport som omfattas av kategori 18, och i luften
5	Telekommunikationstjänster
6	Finansiella tjänster: a) Försäkringstjänster b) Bank- och investeringstjänster. Med undantag av finansiella tjänster i samband med utfärdande, förvärv, försäljning eller överföring av värdepapper eller andra finansiella instrument samt riksbankstjänster. Dessutom undantas tjänster som avser förvärv eller hyra, oavsett finansieringsvillkor, av mark, befintliga byggnader eller annan fast egendom eller som avser rättigheter till sådan egendom. Finansiella tjänster som tillhandahålls samtidigt med, före eller efter köpe- eller hyreskontraktet, oberoende av form, ska dock omfattas av detta direktiv.
7	Databehandlingstjänster och därmed sammanhängande tjänster
8	Forsknings- och utvecklingstjänster, med undantag av forsknings- och utvecklingstjänster som inte uteslutande är till förmån för den upphandlande myndigheten i dess egen verksamhet, under förutsättning att dessa tjänster helt finansieras av den upphandlande myndigheten
9	Redovisnings-, revisions- och bokföringstjänster
10	Marknads- och opinionsundersökningar
11	Organisationskonsulttjänster, med undantag av medlings- och förlikningstjänster, och därmed sammanhängande tjänster
12	Arkitekttjänster, tekniska konsulttjänster och integrerade tekniska tjänster, stadsplanering och landskapsarkitektur, därmed sammanhängande vetenskapliga och tekniska

Kategori	Beskrivning
	konsulttjänster, teknisk provning och analys
13	Reklamtjänster
14	Fastighetsstädning och fastighetsförvaltning
15	Förlags- och tryckeritjänster mot arvode eller på kontrakt
16	Avlopps- och renhållningstjänster, sanering och liknande tjänster

**Förteckning över tjänstekontrakt (B-tjänster)**

Kategori	Beskrivning
17	Hotell- och restaurangtjänster
18	Järnvägstransport
19	Sjötransport
20	Hjälptjänster och tjänster i anslutning till transporter
21	Juridiska tjänster
22	Rekrytering och urval av personal, med undantag av anställningskontrakt
23	Spanings- och säkerhetstjänster, med undantag av säkerhetstransporter
24	Undervisning och yrkesutbildning
25	Hälsovård och socialtjänster
26	Fritids- och idrottsverksamhet samt kulturverksamhet
27	Övriga tjänster, med undantag av kontrakt som avser förvärv, utveckling, produktion eller samproduktion av program som utförs av radio- och TV-bolag samt kontrakt om sändningstider

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

Härigenom föreskrivs<sup>1</sup> i fråga om lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster<sup>2</sup>

*dels* att 15 kap. 22 §, 16 kap. 4, 5 och 13 §§ samt bilagorna 1–3 ska upphöra att gälla,

*dels* att rubrikerna närmast före 16 kap. 1, 4, 13 och 16 §§ ska utgå,

*dels* att nuvarande 16 kap. 1–3, 6–9 och 14–19 §§ ska betecknas 16 kap. 4, 5, 19, 1–3, 8, 7, 13–15, 17 och 18 §§,

*dels* att 1 kap. 2 §, 4 kap. 2 §, 10 kap. 1 §, 15 kap. 2 och 19 §§, de nya 16 kap. 2, 4, 7, 8, 13–15 och 17 §§ samt 16 kap. 10, 11 och 21 §§ ska ha följande lydelse,

*dels* att rubrikerna närmast före nuvarande 16 kap. 2, 3, 5–9, 15, 18 och 19 §§ ska sättas närmast före de nya 16 kap. 5, 19, 6, 1–3, 8, 13, 17 och 18 §§,

*dels* att det i lagen ska införas sex nya paragrafer, 1 kap. 3 a och 13 a §§, 15 kap. 10 § samt 16 kap. 6, 9 och 16 §§, samt närmast före 1 kap. 3 a och 13 a §§ samt 16 kap. 4, 9 och 16 §§ nya rubriker av följande lydelse,

*dels* att det i lagen närmast före 16 kap. 1 § ska införas en ny rubrik som ska lyda ”Allmänna bestämmelser om avtalsspär”,

*dels* att det i lagen ska införas tre nya bilagor, 1–3, av följande lydelse.

*Nuvarande lydelse*

*Föreslagen lydelse*

### **1 kap.**

#### **2 §**

Denna lag gäller för upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster för verksamhet inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster enligt 4–10 §§. Lagen gäller också då en upphandlande enhet anordnar projekttävlingar. Vad som avses med upphandling och upphandlande enhet framgår av 2 kap. 23 § respektive 20 §.

Endast 15 och 16 kap. tillämpas i fråga om upphandling som

1. avser tjänster enligt bilaga 3 (B-tjänster),

2. avser andra kontrakt, vars

Endast 15 kap. tillämpas i fråga om upphandling som

1. avser tjänster enligt bilaga 3 (B-tjänster), *eller*

2. avser andra kontrakt, vars

<sup>1</sup> Jfr 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 (EUT L 216, 20.8.2009, s. 76, Celex 32009L0081).

<sup>2</sup> Senaste lydelse av  
15 kap. 22 § 2010:572  
16 kap. 4 § 2010:572  
16 kap. 5 § 2010:572  
16 kap. 13 § 2010:572.

värde understiger de tröskelvärden som anges i lagen, *eller*

*3. omfattas av sekretess eller andra särskilda begränsningar med hänsyn till rikets säkerhet.*

I fråga om upphandling som avser tjänster som anges i bilaga 2 (A-tjänster) tillämpas inte 13 kap.

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

värde understiger de tröskelvärden som anges i lagen.

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

*Regeringen tillkännager i Svensk författningssamling CPV-referensnummer för byggen-treprenadkontrakt samt CPC- och CPV-referensnummer för A-tjänster och B-tjänster.*

#### Upphandling på försvars- och säkerhetsområdet

##### 3 a §

*Denna lag gäller inte för upphandling som*

*1. omfattas av lagen (0000:00) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, eller*

*2. är undantagen enligt 1 kap. 7, 8 eller 9 § den lagen.*

#### Undantag på grund av sekretess

##### 13 a §

*Bestämmelserna i denna lag gäller inte i den utsträckning det är nödvändigt att göra undantag av synnerliga skäl avseende sekretess.*

## **4 kap.**

### 2 §

En upphandlande enhet får tilldela ett kontrakt utan föregående annonsering om

1. det vid ett förfarande med föregående annonsering inte lämnats några anbudsansökningar eller inte lämnats några anbud eller inte

lämnats några lämpliga anbud och de ursprungliga villkoren för kontraktet inte ändrats väsentligt,

2. det gäller ett kontrakt som är avsett endast för forsknings-, experiment-, studie- eller utvecklingsändamål, och kontraktet inte syftar till vinst eller till att täcka forsknings- och utvecklingskostnader och under förutsättning att det inte försämrar möjligheten till konkurrens vid en senare kontraktstilldelning som i första hand har något sådant syfte,

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

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

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

5. det gäller kompletterande leveranser av varor från den ursprungliga leverantören, om

a) varorna är avsedda som antingen delvis utbyte av eller tillägg till tidigare leveranser, och

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

6. det gäller kompletterande byggtreprenader eller tjänster som inte ingår i det ursprungliga projektet eller *ingår i* det ursprungliga kontraktet, om

a) kompletteringarna på grund av oförutsedda omständigheter krävs för att kontraktet skall kunna fullgöras,

b) de *skall* utföras av den ursprungliga leverantören,

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

d) de *kan avskiljas* och är absolut nödvändiga för att det ursprungliga kontraktet *skall* kunna fullgöras,

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

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

b) de, *även om de kan avskiljas*, är absolut nödvändiga för att det ursprungliga kontraktet *ska* kunna fullgöras,

7. det gäller en ny byggtreprenad, som är en upprepning av tidigare byggtreprenader under förutsättning

a) att de nya arbetena ingår i ett projekt som tidigare varit föremål för ett öppet eller selektivt förfarande,

b) att arbetena tilldelas samma leverantör,

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

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

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

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

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

9. kontraktet grundar sig på ett ramavtal som upphandlats enligt denna lag,

10. det är möjligt att anskaffa varor genom att utnyttja särskilt förmånliga erbjudanden som gäller under mycket kort tid, när priset ligger betydligt under det normala marknadspriset, eller

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

## 10 kap.

### 1 §

En upphandlande enhet som är en upphandlande myndighet *skall* utesluta en leverantör från att delta i ett kvalificeringssystem eller en upphandling, om myndigheten får kännedom om att leverantören enligt en lagakraftvunnen dom är dömd för brott som innefattar

1. sådan brottslighet som avses i artikel 2.1 i rådets *gemensamma åtgärd 98/733/RIF av den 21 december 1998 beslutad av rådet på grundval av artikel K 3 i fördraget om Europeiska unionen om att göra deltagande i en kriminell organisation i Europeiska unionens medlemsstater till ett brott*,

2. bestickning enligt definitionen i artikel 3 i rådets akt av den 26 maj 1997 om utarbetande på grundval av artikel K 3.2 c i fördraget om Europeiska unionen av konventionen om kamp mot korruption som tjänstemän i Europeiska gemenskaperna eller Europeiska unionens medlemsstater är delaktiga i<sup>4</sup>, respektive artikel 3.1 i rådets *gemensamma åtgärd 98/742/RIF av den 22 december 1998 beslutad av rådet på grundval av artikel K 3 i fördraget om Europeiska unionen rörande korruption inom den privata sektorn*<sup>5</sup>,

En upphandlande enhet som är en upphandlande myndighet *ska* utesluta en leverantör från att delta i ett kvalificeringssystem eller en upphandling, om myndigheten får kännedom om att leverantören enligt en lagakraftvunnen dom är dömd för brott som innefattar

1. sådan brottslighet som avses i artikel 2 i rådets *rambeslut 2008/841/RIF av den 24 oktober 2008 om kampen mot organiserad brottslighet*<sup>3</sup>,

<sup>3</sup> EUT L 300, 11.11.2008, s. 42 (Celex 32008F0841).

<sup>4</sup> EGT C 195, 25.6.1997, s. 1 (Celex 31997F0625/01/).

<sup>5</sup> EGT L 358, 31.12.1998, s. 2 (Celex 31998F0742).

3. bedrägeri i den mening som avses i artikel 1 i konventionen som utarbetats på grundval av artikel K.3 i fördraget om Europeiska unionen, om skydd av Europeiska gemenskapernas finansiella intressen<sup>6</sup>, eller

4. penningtvätt enligt definitionen i artikel 1 i rådets direktiv 91/308/EEG av den 10 juni 1991 om åtgärder för att förhindra att det finansiella systemet används för tvättning av pengar<sup>7</sup>, ändrat genom Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/97/EG<sup>8</sup>.

Är leverantören en juridisk person, *skall* leverantören uteslutas om en företrädare för den juridiska personen har dömts för brottet.

Om det finns grundad anledning anta att en leverantör *skall* uteslutas med stöd av första stycket, får myndigheten begära att leverantören visar att det inte finns någon grund för uteslutning.

Om det finns särskilda skäl, får en upphandlande myndighet avstå från att utesluta en leverantör som dömts för brottslighet enligt första stycket.

Är leverantören en juridisk person, *ska* leverantören uteslutas om en företrädare för den juridiska personen har dömts för brottet.

Om det finns grundad anledning anta att en leverantör *ska* uteslutas med stöd av första stycket, får myndigheten begära att leverantören visar att det inte finns någon grund för uteslutning.

## 15 kap.

### 2 §<sup>9</sup>

Vid upphandling enligt detta kapitel tillämpas även

– 1 kap. (lagens innehåll och tillämpningsområde samt allmänna bestämmelser),

– 2 kap. (definitioner),

– 4 kap. 4 § (inköpscentraler),

– 5 kap. (ramavtal),

– 6 kap. 4 § (uppgifter om ursprung, tillverkning m.m.),

– 6 kap. 7 § (miljömärken),

– 6 kap. 14 § (särskilda villkor för fullgörande av kontrakt),

– 8 kap. 12 § (om någon annan än den upphandlande enheten ska lämna ut förfrågningsunderlaget),

– 8 kap. 13 § (*tillhandahållande av kompletterande handlingar och upplysningar vid selektivt och förhandlat förfarande*),

– 16 kap. (avtalsspärr, överprövning och skadestånd),

– 17 kap. (upphandlingsskadeavgift), och

– 18 kap. (tillsyn).

Vid upphandling som avser tjänster som anges i bilaga 3 (B-tjänster) tillämpas även 6 kap. 1–3, 5, 6 och 8 §§, när värdet av kontraktet uppgår till minst tillämpligt tröskelvärde i 3 kap.

<sup>6</sup> EGT C 316, 27.11.1995, s. 48 (Celex 31995F1127/03/).

<sup>7</sup> EGT L 166, 28.6.1991, s. 77 (Celex 31991L0308).

<sup>8</sup> EGT L 344, 28.12.2001, s. 76 (Celex 32001L0097).

<sup>9</sup> Senaste lydelse 2010:572.

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

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

#### 10 §<sup>10</sup>

*Den upphandlande enheten ska vid förenklat förfarande och urvalsförfarande lämna ut kompletterande upplysningar om förfrågningsunderlaget senast sex dagar före angiven sista dag för att komma in med anbud, förutsatt att sådana upplysningar begärts i god tid.*

#### 19 §<sup>11</sup>

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.

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

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

### 16 kap.

#### 7 §

Avtalsspärr gäller inte

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

#### 2 §<sup>12</sup>

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

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

<sup>10</sup> Tidigare upphävd genom 2010:572.

<sup>11</sup> Senaste lydelse 2010:572.

<sup>12</sup> Senaste lydelse av tidigare 7 § 2010:572.

## Överprövning

### Allmänna bestämmelser 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 § (ansökan om överprövning).

#### 4 §<sup>13</sup>

Efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada får allmän förvaltningsdomstol överpröva

1. en upphandling, och
2. giltigheten av ett avtal som har slutits mellan en upphandlande enhet och en leverantör.

#### 6 §

Om den upphandlande enheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 24 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Överprövning av en upphandling får inte ske efter det att avtal har slutits mellan den upphandlande enheten och en leverantör.

#### 14 §

Om den upphandlande enheten under pågående överprövning av en upphandling ingår ett avtal i strid med 4, 6, 8, 9 eller 10 §, ska rätten, på yrkande av leverantören, överpröva avtalets giltighet i enlighet med 15–17 §§.

#### 7 §<sup>14</sup>

Om den upphandlande enheten under pågående överprövning av en upphandling ingår ett avtal i strid med 1, 3, 8, 9 eller 10 §, ska rätten, på yrkande av leverantören, överpröva avtalets giltighet i enlighet med 13–15 §§.

#### 9 §

Om en ansökan om överprövning av en upphandling har gjorts, fortsätter avtalsspärr enligt 6 eller 8 § att gälla under handläggningen i förvaltningsrätten

#### 8 §<sup>15</sup>

Om en ansökan om överprövning av en upphandling har gjorts, fortsätter avtalsspärr enligt 1 eller 3 § att gälla under handläggningen i förvaltningsrätten

<sup>13</sup> Senaste lydelse av tidigare 1 § 2010:572.

<sup>14</sup> Senaste lydelse av tidigare 14 § 2010:572.

<sup>15</sup> Senaste lydelse av tidigare 9 § 2010:572.

(förlängd avtalsspärr).

(förlängd avtalsspärr).

Rätten får besluta att någon förlängd avtalsspärr inte ska gälla.

Interimistiskt beslut vid överprövning av en upphandling

9 §

*I fall då avtalsspärr enligt 1, 3 eller 8 § inte gäller får rätten besluta att den upphandlande enheten inte får ingå avtal innan något annat har bestämts.*

*Rätten får avstå från att fatta beslut enligt första stycket, om den skada eller olägenhet som åtgärden skulle medföra kan bedömas vara större än skadan för leverantören.*

10 §<sup>16</sup>

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

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

När Högsta förvaltningsdomstolen har fattat ett beslut enligt 4 § och beslutat att återförvisa målet till lägre instans, får avtal inte ingås förrän tio dagar har gått från beslutet om återförvisning.

Rätten får besluta att någon tiodagarsfrist inte ska gälla.

När en förlängd avtalsspärr gäller enligt 8 §, får den upphandlande enheten inte ingå avtal förrän tio dagar har gått från det att förvaltningsrätten har avgjort målet.

När en förvaltningsrätt eller en kammarrätt har fattat ett beslut enligt 9 §, får avtal inte ingås förrän tio dagar har gått från det att domstolen har avgjort målet eller upphävt beslutet.

När Högsta förvaltningsdomstolen har fattat ett beslut enligt 9 § och beslutat att återförvisa målet till lägre instans, får avtal inte ingås förrän tio dagar har gått från beslutet om återförvisning.

11 §<sup>17</sup>

En ansökan om överprövning av en upphandling ska ha kommit in till förvaltningsrätten före utgången av sådan avtalsspärr som avses i 6 eller 8 §.

En ansökan om överprövning av en upphandling ska ha kommit in till förvaltningsrätten före utgången av *en* sådan avtalsspärr som avses i 1 eller 3 §.

<sup>16</sup> Senaste lydelse 2010:1496.

<sup>17</sup> Senaste lydelse 2010:572.

## 15 §

Rätten ska besluta att ett avtal som har slutits mellan en upphandlande enhet och en leverantör är ogiltigt, om avtalet har slutits utan föregående annonsering enligt 7 kap. 1, 2, 3, 4 eller 5 §, 13 kap. 5 § eller 15 kap. 4 eller 6 §.

Ett avtal ska också förklaras ogiltigt, om det har slutits i strid med *ett interimistiskt beslut enligt 4 §, bestämmelserna om avtalsparr i 6, 8 eller 9 § eller tiodagarsfristen i 10 §* eller om avtalet har slutits före en underrättelse om tilldelningsbeslut enligt 9 kap. 9 § första stycket eller 15 kap. 19 §. För ogiltighet i sådana fall krävs dessutom att de grundläggande principerna i 1 kap. 24 § eller någon annan bestämmelse i denna lag har överträtts och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

## 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 §

Bestämmelserna 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 §.

## 13 §<sup>18</sup>

Rätten ska besluta att ett avtal som har slutits mellan en upphandlande enhet och en leverantör är ogiltigt, om avtalet har slutits utan föregående annonsering enligt 7 kap. 1, 2, 3 eller 4 §, 13 kap. 5 § eller 15 kap. 4 §.

Ett avtal ska också förklaras ogiltigt, om det har slutits i strid med *bestämmelserna om avtalssparr i 1, 3 eller 8 §, ett interimistiskt beslut enligt 9 §, tiodagarsfristen i 10 §* eller om avtalet har slutits före en underrättelse om tilldelningsbeslut enligt 9 kap. 9 § första stycket eller 15 kap. 19 §. För ogiltighet i sådana fall krävs dessutom att de grundläggande principerna i 1 kap. 24 § eller någon annan bestämmelse i denna lag har överträtts och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

## 14 §<sup>19</sup>

Om det finns tvingande hänsyn till ett allmänintresse, ska rätten besluta att avtalet får bestå trots att förutsättningarna för ogiltighet enligt 13 § är uppfyllda.

## 15 §<sup>20</sup>

Bestämmelserna om ogiltighet i 13 § ska inte tillämpas om en upphandlande enhet genom förhandsinsyn enligt 7 kap. 7 § eller 15 kap. 5 a § har meddelat sin avsikt att upphandla och har iakttagit avtalsspärren vid förhandsinsyn enligt 3 §.

<sup>18</sup> Senaste lydelse av tidigare 15 § 2010:572.

<sup>19</sup> Senaste lydelse av tidigare 16 § 2010:572.

<sup>20</sup> Senaste lydelse av tidigare 17 § 2010:572.

Interimistiskt beslut vid överprövning av ett avtals giltighet

16 §

Rätten får besluta att ett avtal inte får fullgöras till dess något annat har bestämts.

Rätten får avstå från att fatta beslut enligt första stycket, om den skada eller olägenhet som åtgärden skulle medföra kan bedömas vara större än skadan för leverantören.

18 §

En ansökan om överprövning av ett avtals giltighet ska, om inte annat följer av andra stycket, ha kommit in till förvaltningsrätten inom sex *måndader* från det att avtalet slöts.

Ansökan ska dock ha kommit in till förvaltningsrätten innan 30 dagar har gått från det att

1. Europeiska kommissionen har publicerat en annons enligt 7 kap. 6 § eller ett meddelande enligt 15 kap. 21 §, eller

2. den upphandlande enheten skriftligen har underrättat anbudssökandena och anbudsgivarna om att avtalet har slutits samt har lämnat en sammanfattning av sådana upplysningar som avses i 9 kap. 10 §.

17 §<sup>21</sup>

En ansökan om överprövning av ett avtals giltighet ska, om inte annat följer av andra stycket, ha kommit in till förvaltningsrätten inom sex *månader* från det att avtalet slöts.

21 §<sup>22</sup>

Talan om skadestånd ska väckas vid allmän domstol inom ett år från den tidpunkt då avtal har slutits mellan den upphandlande enheten och en leverantör eller har förklarats ogiltigt enligt 15 § genom ett avgörande som har vunnit laga kraft. Väcks inte talan i tid, är rätten till skadestånd förlorad.

Talan om skadestånd ska väckas vid allmän domstol inom ett år från den tidpunkt då avtal har slutits mellan den upphandlande enheten och en leverantör eller har förklarats ogiltigt enligt 13 § genom ett avgörande som har vunnit laga kraft. Väcks inte talan i tid, är rätten till skadestånd förlorad.

---

1. Denna lag träder i kraft den 1 augusti 2011.

2. Äldre bestämmelser gäller för upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet.

<sup>21</sup> Senaste lydelse av tidigare 18 § 2010:572.

<sup>22</sup> Senaste lydelse 2010:572.

## Förteckning över byggtreprenadkontrakt

		NACE	
Avdelning F		Byggtreprenader	
Huvud-grupp	Grupp	Under grupp	Benämning
			Anm.
45			Bygg- verksamhet
	45.1		Mark- och grundarbeten
		45.11	Rivning av hus; mark- arbeten
			Omfattar: – nybyggnad, renovering och normal reparation
		45.12	Markunder- sökning
			Omfattar: – rivning och rasering av byggnader och andra anläggningar – röjning av byggplatser – markarbeten: schakt- ning, deponering, nivellering och planering av byggplatser, dikes- grävning, bergrensning, sprängning etc. – iordningställande av gruvarbetsplatser: avtäckning samt annat iordningställande av ägor och platser som inne- håller mineraler Omfattar även: – dränering av bygg- platser – dränering av jord- bruks- eller skogsbruks- mark
			Omfattar: – provborrning och tag- ning av kärprov för byggande, för geo- fysiska, geologiska eller liknande ändamål <i>Omfattar inte:</i> – borrning av källor för produktion av råpetro- leum eller naturgas, jfr 11.20 – brunnborrning, jfr 45.25 – schaktsänkning, jfr 45.25 – spårning av olje- och

Avdelning F	Huvud-grupp	Under-grupp	NACE	
			Byggentreprenader	
			Benämning	Anm.
				naturgasfält, utförande av geofysiska, geologiska och seismiska undersökningar, jfr 74.20
	45.2		Bygg- och anläggningsarbeten	
		45.21	Uppförande av hus och andra byggnadsverk	<p>Omfattar:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>– byggande av alla slags byggnader</li> <li>– byggande av anläggningar inom väg- och vattenbyggnad o.d.:</li> <li>– broar, inklusive sådana för upphöjda vägar, viadukter, tunnlar och tunnelbanor</li> <li>– rörledningar för fjärrtransport, fjärrnät för el och telekommunikation</li> <li>– rörledningar i tätort, tätortsnet för el och telekommunikation samt därmed förknippade arbeten</li> <li>– montering och uppförande på plats av monteringsfärdiga byggnader</li> </ul> <p><i>Omfattar inte:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>– tjänster i anslutning till råpetroleum- och naturgasutvinning, jfr 11.20</li> <li>– uppförande av kompletta prefabricerade anläggningar från egentillverkade delar som inte är av betong, jfr avdelning 20, 26 och 28</li> <li>– anläggning av stadion, simbassänger, idrotts-hallar, tennisbanor, golfbanor eller andra idrottsanläggningar, exklusive uppförande av byggnader, jfr 45.23</li> </ul>

Avdelning F		NACE	
Huvud-grupp	Grupp	Under-grupp	Byggentreprenader
			Benämning      Anm.
			– bygginstallationer, jfr 45.3
			– slutbehandling av byggnader, jfr 45.4
			– arkitektverksamhet och teknisk konsultverksamhet, jfr 74.20
			– projektledning för byggande, jfr 74.20
	45.22	Takarbeten	Omfattar: – byggande av tak – taktäckning – impregnering
	45.23	Anläggning av vägar, flygfält och idrottsanläggningar	Omfattar: – anläggning av vägar, gator samt andra kör- och gångvägar – anläggning av järnvägar – anläggning av start- och landningsbanor på flygfält – anläggning av stadion, simbassänger, idrotts-hallar, tennisbanor, golfbanor eller andra idrottsanläggningar, exklusive uppförande av byggnader – målning av vägmarkeringar och markeringar på parkeringsplatser <i>Omfattar inte:</i> – förberedande markarbeten, jfr 45.11
	45.24	Vattenbyggnad	Omfattar: – anläggning av: vattenleder, hamn- och flodarbeten, småbåtshamnar (marinor), slussar etc. – dammar, diken o.d. – muddring – undervattensarbete
	45.25	Andra bygg- och anläggningsarbeten	Omfattar: – bygg- eller anläggningsverksamhet som är

Avdelning F		NACE		
Huvud-grupp	Grupp	Under-grupp	Byggentreprenader	Byggentreprenader
			Benämning	Anm.
				<p>specialiserad inom något för olika slags konstruktioner gemensamt område och fordrar specialistkompetens eller specialutrustning:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>– grundläggning inklusive pålning</li> <li>– borring och byggande av brunnar, schaktsänkning</li> <li>– uppförande av icke egentillverkade stål-element</li> <li>– bockning av stål</li> <li>– murning och stensäkring</li> <li>– resning och nedmontering av byggnadsställningar och arbetsplattformar, inklusive uthyrning av byggnadsställningar och arbetsplattformar</li> <li>– uppförande av skorstenar och industriugnar</li> </ul> <p><i>Omfattar inte:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>– uthyrning av byggnadsställningar utan resning och nedmontering, jfr 71.32</li> </ul>
	45.3		Bygg-installationer	
		45.31	El-installationer	<p>Omfattar:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>– installation i byggnader och andra anläggningar av: elkablar och elarmatur, telekommunikationssystem, elvärmsystem, antenner, brandlarm, tjuvlarm, hissar och rulltrappor, åskledare etc.</li> </ul>
		45.32	Isoleringsarbeten	<p>Omfattar:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>– installation i byggnader och andra anlägg-</li> </ul>

Avdelning F		NACE		
Huvud-grupp	Grupp	Under-grupp	Byggentreprenader	
			Benämning	Anm.
		45.33	VVS-arbeten	ningar av värme-, ljud- eller vibrationsisolering <i>Omfattar inte:</i> – impregnering, jfr 45.22 <i>Omfattar:</i> – installation i byggnader och andra anläggningar av: vattensystem samt sanitetsutrustning, gasarmaturer, värme-, ventilations-, kyl- och luftkonditioneringsutrustning inklusive ledningar, sprinklersystem <i>Omfattar inte:</i> – installation av elvärmesystem, jfr 45.31
		45.34	Andra bygginstallationer	<i>Omfattar:</i> – installation av belysnings- och signalsystem till vägar, järnvägar, flygfält och hamnar – installation i byggnader och andra anläggningar av andra armaturer och anordningar
	45.4		Slutbehandling av byggnader	
		45.41	Puts-, fasad- och stuckaturarbeten	<i>Omfattar:</i> – på byggnader och andra anläggningar av invändig eller utvändig puts och stuck inklusive närstående basmaterial för putsning
		45.42	Byggnads-snickeriarbeten	<i>Omfattar:</i> – installation av icke egentillverkade dörrar, fönster, dörr- och fönsterkarmar, kök med fast inredning, trappor butiks-inredning o.d., av trä eller andra material – invändig slutbehandling såsom

Avdelning F		NACE		
Huvud-grupp	Grupp	Under-grupp	Byggentreprenader	
			Benämning	Anm.
		45.43	Golv- och väggbeläggningsarbeten	<p>arbete med tak, vägg-beklädnader av trä och flyttbara skiljeväggar</p> <p><i>Omfattar inte:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>– läggning av parkett och andra golvbeläggningar av trä, jfr 45.43</li> </ul> <p><i>Omfattar:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>– läggning, uppsättning eller fastsättning i byggnader och andra anläggningar av: vägg- eller golvplattor av keramiskt material, betong eller huggen sten, parkett och andra golvbeläggningar av trä, mattor samt golvbeläggningar av linoleum, inklusive av gummi eller plast, terrazzo-, marmor-, granit- eller skiffergolv eller –väggar, tapeter</li> </ul>
		45.44	Måleri- och glasmästeriarbeten	<p><i>Omfattar:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>– invändig och utvändig målning av byggnader</li> <li>– målning av anläggningar inom väg- och vattenbyggnad o.d.</li> <li>– installation av glas, speglar etc.</li> </ul> <p><i>Omfattar inte:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>– installation av fönster, jfr 45.42</li> </ul>
		45.45	Annan slutbehandling av byggnader	<p><i>Omfattar:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>– installation av privata simbassänger</li> <li>– rengöring med ånga, blästring och liknande behandling av fasader</li> <li>– annan slutbehandling av byggnader</li> </ul> <p><i>Omfattar inte:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>– invändig rengöring av byggnader och andra</li> </ul>

Avdelning F		NACE		
Huvud-grupp	Grupp	Under-grupp	Byggentreprenader	
			Benämning	Anm.
	45.5		Uthyrning av bygg- och anläggningsmaskiner med förare	konstruktioner, jfr 74.70
		45.50	Uthyrning av bygg- och anläggningsmaskiner med förare	<i>Omfattar inte:</i> – uthyrning av bygg- och anläggningsmaskiner samt -utrustning utan förare, jfr 71.32

## Förteckning över tjänstekontrakt (A-tjänster)

Kategori	Beskrivning
1	Underhålls- och reparationstjänster
2	Landtransport, med undantag av järnvägstransport som omfattas av kategori 18, även säkerhets- och kurirtransporter, med undantag av postbefordran
3	Flygtransport av passagerare och gods, med undantag av postbefordran
4	Postbefordran på land, med undantag av järnvägstransport som omfattas av kategori 18, och i luften
5	Telekommunikationstjänster
6	Finansiella tjänster: a) Försäkringstjänster b) Bank- och investeringstjänster, med undantag av finansiella tjänster i samband med utfärdande, förvärv, försäljning eller överföring av värdepapper eller andra finansiella instrument samt riksbankstjänster. Dessutom undantas tjänster som avser förvärv eller hyra, oavsett finansieringsvillkor, av mark, befintliga byggnader eller annan fast egendom eller som avser rättigheter till sådan egendom. Finansiella tjänster som tillhandahålls samtidigt med, före eller efter köpe- eller hyreskontraktet, oberoende av form, ska dock omfattas av detta direktiv.
7	Databehandlingstjänster och därmed sammanhängande tjänster
8	Forsknings- och utvecklingstjänster, med undantag av forsknings- och utvecklingstjänster som inte uteslutande är till förmån för den upphandlande enheten i dess egen verksamhet, under förutsättning att dessa tjänster helt finansieras av den upphandlande enheten
9	Redovisnings-, revisions- och bokföringstjänster
10	Marknads- och opinionsundersökningar
11	Organisationskonsulttjänster, med undantag av medlings- och förlikningstjänster, och därmed sammanhängande tjänster
12	Arkitekttjänster, tekniska konsulttjänster och integrerade tekniska tjänster, stadsplanering och landskapsarkitektur, därmed sammanhängande vetenskapliga och tekniska

Kategori	Beskrivning
	konsulttjänster, teknisk provning och analys
13	Reklamtjänster
14	Fastighetsstädning och fastighetsförvaltning
15	Förlags- och tryckeritjänster mot arvode eller på kontrakt
16	Avlopps- och renhållningstjänster, sanering och liknande tjänster

**Förteckning över tjänstekontrakt (B-tjänster)**

Kategori	Beskrivning
17	Hotell- och restaurangtjänster
18	Järnvägstransport
19	Sjötransport
20	Hjälp-tjänster och tjänster i anslutning till transporter
21	Juridiska tjänster
22	Rekrytering och urval av personal, med undantag av anställningskontrakt
23	Spanings- och säkerhetstjänster, med undantag av säkerhetstransporter
24	Undervisning och yrkesutbildning
25	Hälsovård och socialtjänster
26	Fritids- och idrottsverksamhet samt kulturverksamhet
27	Övriga tjänster

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

Härigenom föreskrivs att 19 kap. 3 § och 31 kap. 3 § offentlighets- och sekretesslagen (2009:400) ska ha följande lydelse.

*Nuvarande lydelse*

*Föreslagen lydelse*

### **19 kap.**

#### **3 §<sup>1</sup>**

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

Om ett ärende enligt första stycket rör upphandling, får uppgift som rör anbud eller som rör motsvarande erbjudande inom en kommun, ett landsting eller en myndighet eller mellan statliga myndigheter inte i något fall lämnas till någon annan än den som har lämnat anbudet eller erbjudandet förrän alla anbud eller erbjudanden offentliggörs eller beslut om leverantör och anbud fattats eller ärendet dessförinnan har slutförts. Under en elektronisk auktion får dock lämnas sådana uppgifter som avses i 5 a kap. 11 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling *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 upphandling, får uppgift som rör anbud eller som rör motsvarande erbjudande inom en kommun, ett landsting eller en myndighet eller mellan statliga myndigheter inte i något fall lämnas till någon annan än den som har lämnat anbudet eller erbjudandet förrän alla anbud eller erbjudanden offentliggörs eller beslut om leverantör och anbud fattats eller ärendet dessförinnan har slutförts. Under en elektronisk auktion får dock lämnas sådana uppgifter som avses i 5 a kap. 11 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, 5 a kap. 11 § lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster *eller* 6 kap. 11 § lagen (0000:00) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet. Sekretessen enligt detta stycke gäller inte vid ett ansökningsförfarande enligt lagen (2008:962) om valfrihetssystem.

Om ett ärende enligt första stycket rör försäljning av lös egendom för det allmännas räkning, får uppgift som rör anbud eller som rör motsvarande erbjudande inom en kommun, ett landsting eller en

<sup>1</sup> Senaste lydelse 2010:573.

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.

### **31 kap.**

#### **3 §**

Sekretess gäller i affärsverksamhet hos en bank, ett kreditmarknadsföretag eller ett värdepappersbolag som samverkande kommuner eller landsting utövar ett rättsligt bestämmande inflytande över för uppgift om en enskilds ekonomiska eller personliga förhållanden, om det inte står klart att uppgiften kan lämnas ut utan att den enskilde lider skada eller men. I ett ärende enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling *eller* lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster gäller dock sekretess för sådana uppgifter endast om det kan antas att den enskilde lider skada eller men om uppgiften röjs.

Sekretess gäller i affärsverksamhet hos en bank, ett kreditmarknadsföretag eller ett värdepappersbolag som samverkande kommuner eller landsting utövar ett rättsligt bestämmande inflytande över för uppgift om en enskilds ekonomiska eller personliga förhållanden, om det inte står klart att uppgiften kan lämnas ut utan att den enskilde lider skada eller men. I ett ärende enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster *eller lagen (0000:00) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet* gäller dock sekretess för sådana uppgifter endast om det kan antas att den enskilde lider skada eller men om uppgiften röjs.

För uppgift i en allmän handling gäller sekretessen i högst tjugo år.

---

Denna lag träder i kraft den 1 augusti 2011.

### 3 Ärendet och dess beredning

Europaparlamentet och rådet antog den 13 juli 2009 ett direktiv (2009/81/EG) om samordning av förfarandena vid tilldelning av vissa kontrakt för byggentreprenader, varor och tjänster av upphandlande myndigheter och enheter på försvars- och säkerhetsområdet och om ändring av direktiven 2004/17/EG och 2004/18/EG<sup>1</sup>. Direktivet finns som *bilaga 1*.

I direktivet omnämns rådets beslut 255/58 av den 15 april 1958, som innehåller en förteckning över vapen, ammunition och krigsmateriel. Ett utdrag ur beslutet finns i *bilaga 2*.

Regeringen beslutade den 7 maj 2009 att tillkalla en särskild utredare som fick i uppdrag att lämna förslag till hur direktivet skulle genomföras i svensk rätt. Utredaren skulle lämna förslag till en ny lag om upphandling inom försvars- och säkerhetsområdet och övriga åtgärder som direktivet kunde ge anledning till. Utredningen antog namnet Försvars- och säkerhetsupphandlingsutredningen.

Utredningen överlämnade i februari 2010 betänkandet *Upphandling på försvars- och säkerhetsområdet* (SOU 2010:13). En sammanfattning av utredningens betänkande finns i *bilaga 3* och utredningens lagförslag finns i *bilaga 4*. Betänkandet har remissbehandlats. En förteckning över remissinstanserna finns i *bilaga 5*. Remissyttrandena och en sammanställning av remissyttrandena finns tillgängliga i Socialdepartementet (dnr S2011/90).

I lagrådsremissen behandlas även den omdisposition av 16 kap. LOU och LUF som Lagrådet föreslog i sitt yttrande över lagrådsremissen Nya rättsmedel m.m. på upphandlingsområdet (prop. 2009/10:180 del 2 bilaga 15). Lagrådets förslag till materiella ändringar i kapitlet togs om hand i propositionen Nya rättsmedel på upphandlingsområdet (prop. 2009/10:180).

<sup>1</sup> EUT L 216, 20.8.2010, s. 76 (Celex 32009L0081).

## 4 Bakgrund

### 4.1 Försvars- och säkerhetsmarknaden

#### 4.1.1 Försvars- och säkerhetsmarknadens kännetecken

Försvarsmaterielmarknaden är en av de mest reglerade och politiskt styrda marknaderna. Länder med egen industri investerar vanligtvis medel till utveckling och seriebeställningar för den inhemska industrin. Detta har även varit fallet i Sverige. Artikel 346 i fördraget om Europiska unionens funktionssätt (förkortat EUF-fördraget) ger EU:s medlemsstater möjlighet att, givet att de i artikeln beskrivna förutsättningarna är uppfyllda, göra vissa undantag inom bl.a. försvarsupphandlingsområdet från EU:s regelverk för att skydda väsentliga nationella säkerhetsintressen. Staterna har genom sitt agerande bidragit till den rådande marknadssituationen, men har å andra sidan även det avgörande inflytandet när det gäller att få till stånd en förändring.

Upphandlingar på försvars- och säkerhetsområdet måste ses mot bakgrund av deras specifika karaktär. Att garantera statens yttre säkerhet bl.a. genom sin nationella försvarsförmåga tillhör en stats absoluta kärnverksamhet. Ett lands försvar är en nationell angelägenhet, vilket bl.a. innebär att EU:s medlemsstater inte har något gemensamt försvar och att försvarsfrågorna inte är av överstatlig karaktär. Samarbetet mellan medlemsstaterna inom det försvars- och säkerhetspolitiska området, t.ex. CSDP (Common Security and Defence Policy) och inom ramen för Europeiska försvarsbyrån (European Defence Agency, EDA) har ökat avsevärt de senaste åren. Detta samarbete är dock fortfarande mellanstatligt och innebär inte att medlemsstaterna gjort avkall på sin nationella suveränitet och oavhängighet i förhållande till EU. Samtidigt finns det en europeisk samsyn på att utmaningarna mot Europa, såväl säkerhetspolitiska som försvarsindustriella, endast kan lösas i samverkan.

Frågor om upphandling av försvars- och säkerhetsvaror samt tjänster är således, generellt sett, svåra att hantera. Vidare gör sig ett antal speciella intressen här gällande, såsom t.ex. leverans- och informationssäkerhetsaspekter. Krav på leverans- eller försörjningstrygghet måste kunna ställas, så att försörjningen av viktiga produkter är säkrad såväl i fred som under höjd beredskap eller andra svåra förhållanden. Känslig information behöver kunna hanteras på ett korrekt och säkert sätt och hänsyn måste också kunna tas till förtroendefulla bilaterala relationer i form av förpliktelser i säkerhetsskyddsavtal m.m.

Försvars- och säkerhetsupphandlingarnas särdrag beror således på kopplingen till de enskilda medlemsstaternas säkerhets- och försvarspolitik men de är också en följd av speciella ekonomiska och tekniska faktorer. Allt detta sammantaget medför att reglerna i direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster (det klassiska direktivet), i direktiv 2004/17/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (försörjningsdirektivet) och i den svenska upphandlingslagstiftningen många gånger lämpar sig mindre väl för de upphandlingar som genomförs på området. Detta har också medfört ett

behov av att, när förutsättningarna för detta är uppfyllda, kunna använda sig av bestämmelsen i artikel 346 i EUF-fördraget.

Den internationella utvecklingen av försvarsmateriel och utrustning för samhällets skydd och säkerhet domineras av ett begränsat antal stater och större företag. Amerikas förenta stater är t.ex. den aktör som gör de ojämförligt största satsningarna på forskning och utveckling. Dessa är större än de europeiska ländernas satsningar tillsammans. Inom Europa står Storbritannien, Frankrike, Tyskland, Italien och Spanien för de största satsningarna. Dessa länder har också betydande industriell anknytning till varandra.

Marknadens fortsatta utveckling ligger till stor del hos staterna som lagstiftare och som kund. För att en konkurrenskraftig försvarsindustri ska bibehållas och utvecklas, är det av central betydelse att åtgärder vidtas för att skapa likartade marknadsvillkor och en sund konkurrens. Rörelsen mot en öppnare och mera konkurrensutsatt marknad bör i den mån det bedöms möjligt göras gemensamt inom EU.

#### **4.1.2 Den svenska politiska inriktningen**

I enlighet med inriktningspropositionen för försvaret (prop. 2008/09:140, bet. 2008/09:FöU10) byggs Sveriges säkerhet solidariskt tillsammans med andra länder med gemensamma demokratiska värderingar. Vår säkerhet stärks genom förtroendeskapande åtgärder, genom gemensam krishantering samt genom aktiva och trovärdiga bidrag till nordisk, europeisk och global säkerhet. Försvarsmaktens behov av materiel bestäms ytterst av krav på operativ förmåga i olika avseenden. Det är därigenom av synnerlig säkerhetspolitisk vikt att Sverige inom utsatt tidsram kan förse de svenska förbanden med den materiel som svarar mot uppställda krav på operativ förmåga. Det är sålunda ett väsentligt säkerhetsintresse att materielförsörjningen, i t.ex. samarbete med andra länder och organisationer, kan garanteras. En fungerande gemensam inre marknad – även för försvars- och säkerhetsrelaterad materiel – är alltså i linje med Sveriges övergripande säkerhets- och försvarspolitiska inriktning.

### **4.2 Gällande rätt**

#### **4.2.1 Allmänt om upphandlingslagarna**

Offentlig upphandling regleras genom Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster<sup>60</sup> (det klassiska direktivet). Upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster regleras genom Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och

<sup>60</sup> EUT L 134, 30.4.2004, s. 114 (Celex 32004L0018).

posttjänster<sup>61</sup> (försörjningsdirektivet). Två direktiv om rättsmedel på upphandlingsområdet 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<sup>62</sup> (det 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<sup>63</sup> (det andra rättsmedelsdirektivet). Första och andra rättsmedelsdirektiven har ändrats genom ytterligare ett direktiv om rättsmedel, 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<sup>64</sup> (ändringsdirektivet).

Genom lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, förkortad LOU, och lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, förkortad LUF, har direktiven genomförts i svensk nationell rätt. I LOU regleras förfarandena m.m. för offentlig upphandling som görs av dels myndigheter, kommuner och landsting, dels 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). I LUF regleras 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 verksamhet med stöd av särskild rättighet eller ensamrätt inom sektorerna vatten, energi, transporter och posttjänster.

#### **4.2.2 Direktivstyrd upphandling**

##### *Tillämpningsområde*

I LOU regleras offentlig upphandling av byggentreprenader, varor, tjänster samt av byggkoncessioner vilkas värde överstiger vissa i det klassiska direktivet angivna tröskelvärden. LUF reglerar upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster över vissa i försörjningsdirektivet angivna tröskelvärden. Båda lagarna innehåller såväl bestämmelser som omfattas av direktiven, som bestämmelser som faller utanför direktivens tillämpningsområde.

Även upphandlingar på försvars- och säkerhetsområdet omfattas av dessa lagar. Offentliga upphandlingar på försvarsområdet som avser

<sup>61</sup> EUT L 134, 30.4.2004 s. 1 (Celex 32004L0017).

<sup>62</sup> EUT L 395, 30.12.1989, s. 33, Svensk specialutgåva: Område 6 Volym 3 s. 48 (Celex 31989L0665).

<sup>63</sup> EUT L 76, 23.3.1992, s. 14, Svensk specialutgåva: Område 6 Volym 3 s. 127 (celex 31992L0013).

<sup>64</sup> EUT L 335, 20.12.2007, s. 31 (Celex 32007L0066).

varor och tjänster vilka omfattas av artikel 346 i EUF-fördraget eller omfattas av sekretess eller andra särskilda begränsningar med hänsyn till rikets säkerhet faller dock utanför direktivets tillämpningsområde. De faller också utanför de direktivstyrda delarna av LOU och LUF men omfattas av de icke direktivstyrda reglerna i 15 kap.

I respektive lag anges ett antal undantag från lagens tillämpningsområde (1 kap. 3–8 §§ LOU och 1 kap. 11–23 §§ LUF).

### *A-tjänster och B-tjänster*

Direktiven gör åtskillnad mellan tjänster som fullt ut omfattas av direktivet (A-tjänster) och tjänster som endast delvis omfattas av direktivet (B-tjänster). A-tjänster är sådana tjänster som bedömts lämpa sig väl för gränsöverskridande handel, exempelvis landtransporter, datatjänster, revision och fastighetsförvaltning. Vilka tjänster som är A-tjänster och B-tjänster framgår av bilaga 2 respektive bilaga 3 till LOU och LUF.

### *CPV-nomenklaturen*

Europeiska kommissionen har tagit fram en s.k. CPV-nomenklatur (CPV = Common Procurement Vocabulary) för byggtreprenader, varor och tjänster. CPV-nomenklaturen<sup>65</sup> ska användas vid annonsering av upphandlingar i Europeiska unionens officiella tidning (förkortad EUT) – Tenders Electronic Daily (TED).

### *Upphandlingsförfaranden*

I 4 kap. i de båda lagarna regleras vilka upphandlingsförfaranden som kan tillämpas. Enligt LOU ska den upphandlande myndigheten använda sig av ett öppet förfarande eller ett selektivt förfarande. Under vissa särskilt angivna omständigheter får den upphandlande myndigheten använda sig av förhandlat förfarande med eller utan föregående annonsering. Enligt LUF får den upphandlande enheten som huvudalternativ använda sig av förhandlat förfarande med föregående annonsering jämte öppet eller selektivt förfarande. Vidare kan vid upphandling enligt LOU den upphandlande myndigheten använda sig av konkurrenspräglad dialog för särskilt komplicerade kontrakt.

Med öppet förfarande avses ett annonserat förfarande där alla leverantörer som vill får lämna anbud. Vid selektivt förfarande kan alla leverantörer 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 med en eller flera av dem.

<sup>65</sup> Kommissionens förordning 213/2008/EG av den 28 november 2007 om ändring av Europaparlamentets och rådets förordning 2195/2002/EG om 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.

Vid konkurrenspräglad dialog får alla leverantörer ansöka om att få delta men den upphandlande myndigheten för en dialog med de anbudssökande som bjudits in att delta i förfarandet.

### *Byggkoncessioner*

I 13 kap. LOU finns bestämmelser om byggkoncessioner. En byggkoncession definieras i lagen som ett kontrakt av samma slag som ett byggtreprenadkontrakt men som innebär att ersättningen helt eller delvis utgörs av rätt att utnyttja anläggningen. En upphandlande myndighet som avser att tilldela en byggkoncession ska annonsera koncessionen i EUT. Den upphandlande myndigheten får i upphandlingen ställa som krav att den som tilldelas en koncession ska lägga ut minst 30 procent av kontraktsvärdet på tredje man. Den upphandlande myndigheten får vidare ställa krav att sökandena i anbudet anger hur stor andel av koncessionens värde som de avser att lägga ut på tredje man.

Koncessionskontraktet ska innehålla bestämmelser som binder en koncessionshavare som inte är en upphandlande myndighet eller enhet att denne, om avsikten är att tilldela tredje man en byggtreprenad som överstiger tröskelvärdet, ska annonsera entreprenaden i EUT-TED och därvid tillämpa bestämmelserna om annonsering och tidsfrister i LOU.

### *Ramavtal*

Upphandlingslagarna innehåller bestämmelser om ramavtal. LOU innehåller mer utvecklade regler om ramavtal än LUF, beroende på skillnader i direktiven.

Enligt bestämmelserna i LOU kan den upphandlande myndigheten sluta ramavtal med en eller flera leverantörer med samtliga villkor fastställda i avtalet. Den eller de upphandlande myndigheter som omfattas av ramavtalet kan då beställa de byggtreprenader, varor eller tjänster som ramavtalet gäller enligt villkor i avtalet. Den upphandlande myndigheten kan alternativt sluta ramavtal med en eller flera leverantörer utan att samtliga villkor för kontrakten är fastställda. De upphandlande myndigheter som omfattas av ramavtalet ska vid beställning från ramavtalet använda en förnyad konkurrensutsättning, dvs. de leverantörer som omfattas av ramavtalet ska bjudas in för att på nytt lämna anbud enligt villkor som fastställts i ramavtalet.

Bestämmelserna i LUF angående ramavtal anger enbart att ramavtal kan användas av upphandlande enheter under förutsättning att ramavtalet upphandlats enligt lagens bestämmelser.

### *Förfrågningsunderlag, annonsering av upphandlingen m.m.*

Upphandlingslagarna innehåller bestämmelser om användningen av tekniska specifikationer och olika typer av villkor som utformas i förfrågningsunderlaget (6 kap. LOU och LUF). Av bestämmelserna om annonsering framgår att som huvudregel ska en planerad upphandling annonseras liksom resultatet av en avslutad upphandling (7 kap. LOU

och LUF). I lagarna fastställs tillämpliga tidsfrister för att komma in med anbudsansökningar och anbud (8 kap. LOU och LUF). Bestämmelser om kommunikation anger bl.a. hur anbudsansökningar och anbud kan lämnas och hur ansökningarna och anbuden ska tas om hand av upphandlande myndigheter och enheter (9 kap. LOU och LUF).

### *Uteslutning av leverantörer, bedömning av deras lämplighet samt anbudsutvärdering*

I 10 kap. LOU och LUF anges under vilka omständigheter en upphandlande myndighet eller enhet ska utesluta en leverantör på grund av viss brottslighet och vilka omständigheter som ger den upphandlande myndigheten eller enheten rätt att utesluta en leverantör.

Därefter ska de icke uteslutna leverantörernas kvalifikationer bedömas enligt regler i 11 kap. LOU och LUF om krav på ekonomisk ställning och teknisk och yrkesmässig kapacitet och vilka slags bevis som kan infördras beträffande ekonomisk, teknisk och yrkesmässig kapacitet.

Slutligen ska anbuden från de anbudsgivare som bedömts lämpliga utvärderas enligt bestämmelser i 12 kap. LOU och LUF. Den upphandlande myndigheten eller enheten ska anta det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för myndigheten eller enheten enligt de kriterier som förutskickats i annonsen om upphandling eller förfrågningsunderlaget eller anta det anbud som innehåller det lägsta priset.

Vid utvärderingsgrunden det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ska den upphandlande myndigheten eller enheten ange antingen hur de olika utvärderingskriterierna kommer att viktas inbördes eller ange dem i fallande prioritetsordning. Kriterieviktningen får anges som ett intervall med en lämplig största tillåtna spridning.

### *Rättsmedel*

En upphandlande myndighet och enhet är, enligt 9 kap. 9 § LOU och LUF, utom i vissa särskilt angivna fall, skyldiga att underrätta anbudssökandena och anbudsgivarna om beslutet att tilldela ett kontrakt (tilldelningsbeslutet). Om en sådan underrättelse har skickats får den upphandlande myndigheten eller enheten enligt 16 kap. 6 § inte ingå avtal (avtalsspärr) förrän tio dagar har gått från det att underrättelsen skickades om den skickades med elektroniskt medel. Om underrättelsen skickades på annat sätt får avtal inte ingås förrän efter 15 dagar.

Överprövning enligt LOU eller LUF kan ske av samtliga beslut under upphandlingsprocessen. En leverantör som anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada får enligt bestämmelser i 16 kap. 1 § hos allmän förvaltningsdomstol ansöka om överprövning av upphandlingen enligt 5 §. Ansökan ska ha kommit in inom en viss angiven tidsfrist, vilken sammanfaller med avtalsspärren. När en ansökan om överprövning kommit in till förvaltningsrätten förlängs avtalsspärren och gäller, som huvudregel, till dess att den domstolen prövat upphandlingen, s.k. förlängd avtalsspärr. Domstolen kan besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

En upphandling får inte överprövas efter det att avtal har slutits mellan den upphandlande myndigheten eller enheten och en leverantör. En leverantör har emellertid under en viss angiven tidsfrist möjlighet att föra talan om ogiltighet av ett sådant avtal. Ett avtal ska ogiltigförklaras av rätten bl.a. om avtalet har slutits utan föregående annonsering eller har slutits i strid med bestämmelserna om avtalsspärr i kombination med överträdelse av någon annan bestämmelse i LOU eller LUF. Under vissa angivna omständigheter får ett avtal bestå bl.a. på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Vidare kan en upphandlande myndighet eller enhet offentliggöra sin avsikt att upphandla och iaktta en särskild avtalsspärr om tio dagar innan avtal ingås, s.k. förhandsinsyn, och därigenom undvika att ett avtal kan komma att ogiltigförklaras.

Lagarna innehåller även bestämmelser om skadestånd.

I 17 kap. LOU och LUF regleras under vilka omständigheter en upphandlande myndighet eller enhet kan åläggas att betala upphandlingsskadeavgift. Det är tillsynsmyndigheten, dvs. Konkurrensverket, som hos allmän förvaltningsdomstol ansöker om att en upphandlande myndighet eller enhet ska betala upphandlingsskadeavgift. Avgift kan påföras om en domstol har fastslagit att ett avtal ska bestå trots att det slutits i strid med bestämmelserna om avtalsspärr eller om avtalet får bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Avgiften kan också påföras vid otillåten direktupphandling. Avgiften, som tillfaller staten, ska uppgå till lägst 10 000 kronor och högst 10 000 000 kronor, dock högst tio procent av kontraktsvärdet.

I 18 kap. LOU och LUF finns bestämmelser om tillsyn över den offentliga upphandlingen.

### **4.2.3 Icke direktivstyrd upphandling**

#### *Inledning*

I 15 kap. LOU och LUF regleras förfarandet vid upphandlingar som helt eller delvis faller utanför det klassiska direktivet respektive försörjningsdirektivet. Det gäller upphandlingar vilkas värde understiger tillämpligt tröskelvärde, B-tjänster och upphandling som omfattas av sekretess eller andra särskilda begränsningar med hänsyn till rikets säkerhet. Genom 15 kap. LOU regleras också sådan försvarsupphandling, som avser varor och tjänster som omfattas av artikel 346 i EUF-fördraget. Sådana upphandlingar omfattas endast av 15 och 16 kap. LOU.

Enligt EU-domstolens praxis ska de grundläggande unionsrättsliga principerna som kommer till uttryck i EUF-fördraget tillämpas vid upphandling som inte omfattas av direktiven och som har ett samband med den gemensamma inre marknaden.

#### *Upphandlingsförfaranden*

En upphandlande myndighet eller enhet kan enligt bestämmelserna i 15 kap. LOU respektive LUF välja mellan att genomföra en upphandling genom förenklat förfarande, urvalsförfarande eller i vissa fall kon-

kurrenspräglad dialog. Av 15 kap. 3 § framgår också att direktupphandling får ske i vissa angivna fall.

Med förenklat förfarande avses ett förfarande där alla leverantörer har rätt att lämna anbud och den upphandlande myndigheten eller enheten får förhandla med en eller flera anbudsgivare.

Med urvalsförfarande avses ett förfarande där alla leverantörer har rätt att ansöka om att få lämna anbud och den upphandlande myndigheten eller enheten bjuder in vissa leverantörer att lämna anbud. Den upphandlande myndigheten eller enheten får förhandla med en eller flera anbudsgivare. Det saknas bestämmelser som närmare reglerar hur urvalet ska gå till. Vid konkurrenspräglad dialog, som får användas vid särskilt komplicerade kontrakt, får alla leverantörer ansöka om att få delta, men den upphandlande myndigheten för en dialog med de anbudssökande som bjudits in att delta i förfarandet.

Med direktupphandling avses en upphandling utan krav på anbud i viss form. Direktupphandling får användas om kontraktets värde uppgår till högst 15 procent av tröskelvärdet i 3 kap. 1 § första stycket 1 a och b LOU (1 919 771 kronor) och 3 kap. 1 § första stycket 1 LUF (3 849 489 kronor). Direktupphandlingsgränsen är för närvarande således 287 000 kronor respektive 577 000 kronor. Vidare får direktupphandling användas om det finns förutsättningar att tillämpa förhandlat förfarande utan föregående annonsering som avses i 4 kap. 5–9 §§ LOU och 4 kap. 2 och 3 §§ LUF eller om det finns synnerliga skäl.

### *Ramavtal*

Samma regler om ramavtal som gäller för direktivstyrda upphandlingar gäller i princip för upphandlingar inom det icke direktivstyrda området.

### *Annonsering*

Som huvudregel gäller att all upphandling, utom direktupphandling, ska annonseras. Skyldigheten att annonsera innebär att en annons ska publiceras i en elektronisk databas som är allmänt tillgänglig.

Vid förenklat förfarande begär den upphandlande myndigheten eller enheten in anbud genom en annons i en elektronisk databas, som är allmänt tillgänglig, eller genom en annons i annan form som möjliggör effektiv konkurrens, t.ex. rikstäckande dagstidningar och branschtidningar.

Vid urvalsförfarande ska den upphandlande myndigheten eller enheten publicera en ansökningsinbjudan genom en annons i en elektronisk databas, som är allmänt tillgänglig. Av inbjudan vid ett urvalsförfarande ska det framgå dels hur en anbudsansökan får lämnas, dels den dag ansökan senast ska ha kommit in. Myndigheten får i sin inbjudan ange det antal leverantörer som den avser att bjuda in. Antalet ska då bestämmas med hänsyn till arten av det som ska upphandlas och vara tillräckligt stort för att effektiv konkurrens ska uppnås.

### *Tidsfrister*

Vid förenklat förfarande och urvalsförfarande finns inte några särskilt angivna tidsfrister för att komma in med anbud utan det anges att leverantören ska ges skälig tid. Sätts en för kort anbudstid finns emellertid risk för att konkurrensen inte kan utnyttjas fullt ut.

Tidsfristen för att komma in med ansökningar om anbud får inte vara kortare än tio dagar från publiceringen.

### *Utvärderingsgrunder*

En upphandlande myndighet eller enhet ska ange vilken utvärderingsgrund den kommer att använda sig av vid utvärderingen. Den kan välja mellan att ange att den antingen kommer att anta det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för myndigheten eller det anbud som innehåller det lägsta priset.

Vid utvärderingsgrunden det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ska den upphandlande myndigheten ange antingen hur de olika utvärderingskriterierna kommer att viktas inbördes eller ange dem i fallande prioriteringsordning. Kriterieviktningen får anges som ett intervall med en lämplig största tillåtna spridning.

### *Upphandlingar som rör rikets säkerhet och försvarsupphandling*

I den klassiska sektorn regleras offentlig upphandling som omfattas av sekretess eller andra särskilda begränsningar med hänsyn till rikets säkerhet samt upphandling av försvarsprodukter och tjänster som inte har civil användning på så sätt att de endast omfattas av reglerna i 15–18 kap. LOU. Regeringen får i enskilda fall besluta om undantag från bestämmelserna om annonsering och de undantag i övrigt som är nödvändiga med hänsyn till försvars- och säkerhetspolitiska intressen. LUF innehåller samma regler för försörjningssektorerna med den skillnaden att lagen inte innehåller regler om upphandling på försvarsområdet.

I LOU gäller vidare att i vissa i lagen särskilt angivna fall får också Försvarets materielverk själva besluta om undantag. Detta gäller i fråga om tilläggsbeställningar, upphandlingar av varor och tjänster inom ramen för en av Sverige träffad internationell överenskommelse om mellanstatlig samverkan samt ifråga om upphandlingar som understiger 25 000 000 kronor. Även Försvarsmakten, Försvarets radioanstalt och Säkerhetspolisen får i viss utsträckning själva besluta om undantag. För deras del har möjligheten begränsats till upphandlingar som understiger 5 000 000 kronor.

### *Rättsmedel*

Upphandlingar enligt 15 kap. omfattas av bestämmelserna i 16–18 kap. i respektive lag om överprövning, skadestånd, upphandlingsskadeavgift, samt tillsyn.

## 4.3 Direktivet om försvars- och säkerhetsupphandling

### 4.3.1 Bakgrund

Europeiska kommissionen har sedan flera år tillbaka intresserat sig för uppbyggnaden av en europeisk marknad för försvarsmateriel. I mars 2003 antogs ett meddelande om en EU-politik för försvarsutrustning (KOM [2003] 113 slutlig). I september 2004 beslutade kommissionen en grönbok om försvarsupphandlingar (KOM [2004] 608 slutlig). I grönboken konstaterade kommissionen bl.a. att försvarsmarknaden för närvarande i hög utsträckning är uppdelad på nationella marknader och att detta medför problem för samtliga medlemsstater i EU som har en egen försvarsindustri. Budgetnedskärningar och omstruktureringar leder, enligt kommissionen, till marknader som är för små för att kunna bära höga forsknings- och utvecklingskostnader för vapensystem. Kommissionen uttalade även att den europeiska försvarsindustrins konkurrenskraft liksom dess förmåga att tillgodose den gemensamma utrikes- och säkerhetspolitikens kapacitetsbehov påverkas negativt som en följd av detta.

För att komma till rätta med det ovan nämnda, och för att åstadkomma en bättre anpassad rättslig ram, föreslog kommissionen i grönboken, och i det efterföljande meddelandet om resultatet av samrådet i anslutning till denna (KOM [2005] 626), två åtgärder på området. Dels föreslogs ett förtydligande av den rättsliga ramen på gemenskapsnivå, dels ett fastställande av särskilda upphandlingsregler för försvarsområdet.

I ett tolkningsmeddelande (KOM [2006] 779 slutligt) uttalade sig kommissionen i december 2006 om tillämpningen av artikel 346 i EUF-fördraget på försvarsupphandlingsområdet. Syftet med tolkningsmeddelandet är, enligt kommissionen, att förebygga möjliga feltolkningar och missbruk av artikel 346 på försvarsupphandlingsområdet.

Därefter har kommissionen, med stöd av artikel 47.2, 55, 95 och 251 i EG-fördraget, tagit initiativ till ett direktiv. Initiativets syfte var framför allt att skapa förutsättningar för upphandling av sådan materiel och sådana tjänster som är av så känslig natur att upphandling enligt det klassiska direktivet inte lämpar sig. Det förhållandet att upphandling på försvars- och säkerhetsområdet omfattas av det klassiska direktivet med dess forbundna förfaranden har, enligt kommissionen, medfört att undantagsmöjligheten i artikel 346 i EUF-fördraget har överutnyttjats i många medlemsstater.

Ett direktiv om försvars- och säkerhetsupphandling antogs slutligen av Europaparlamentet och rådet i juli 2009 (Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/81/EG av den 13 juli 2009 om samordning av förfarandena vid tilldelning av vissa kontrakt för byggentreprenader, varor och tjänster av upphandlande myndigheter och enheter på försvars- och säkerhetsområdet och om ändring av direktiven 2004/17/EG och 2004/18/EG). Direktivet gäller dock inte för kontrakt som på ett korrekt sätt kan undantas med stöd av EUF-fördragets bestämmelser grundade på bl.a. allmän ordning, säkerhet eller hälsa (artikel 36 och 52), utövande av offentlig makt (artikel 51 och 62) och väsentliga säkerhetsintressen (artikel 346). Direktivet följer i princip det klassiska direktivet. Till

skillnad från det klassiska direktivet och försörjningsdirektivet innehåller detta direktiv även bestämmelser om rättsmedel. Dessa bestämmelser är i stor utsträckning desamma som bestämmelserna i ändringsdirektivet.

Direktivet utgör en del av ett "försvarspaket" som utöver upphandlingsdirektivet omfattar ett direktiv om förenkling av villkoren för överföring av försvarsmateriel (Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/43/EG av den 6 maj 2009 om förenkling av villkoren för överföring av försvarsrelaterade produkter inom gemenskapen<sup>66</sup>), det s.k. överföringsdirektivet, samt ett meddelande som gäller en strategi för en starkare och konkurrenskraftigare europeisk försvarsindustri (KOM [2007] 764 slutlig). Inom Regeringskansliet pågår för närvarande beredning av ett förslag som avser genomförande av överföringsdirektivet.

### 4.3.2 Nyheter m.m. i förhållande till LOU och LUF

#### *Artikel 346 i EUF-fördraget*

Upphandling på försvars- och säkerhetsområdet omfattas av det klassiska direktivet och försörjningsdirektivet. I direktiven finns emellertid på grund av försvars- och säkerhetsupphandlingars särskilda natur undantag från tillämpning av direktiven när det gäller dessa upphandlingar. Det mest aktuella i detta sammanhang är det undantag som kan göras med stöd av artikel 346 i EUF-fördraget.

Artikel 346 motsvarar artikel 296 i fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen (EG-fördraget). I fortsättningen kommer artikeln genomgående att benämnas artikel 346 även i de situationer där det i en text till vilken det refereras används benämningen artikel 296. Artikel 346 medger att EU:s medlemsstater, under vissa omständigheter, gör undantag från övriga bestämmelser i fördraget.

Artikel 346 i EUF-fördraget har följande lydelse:

"1. Bestämmelserna i fördragen ska inte hindra tillämpningen av följande regler:

a) Ingen medlemsstat ska vara förpliktad att lämna sådan information vars avslöjande den anser strida mot sina väsentliga säkerhetsintressen.

b) Varje medlemsstat får vidta åtgärder, som den anser nödvändiga för att skydda sina väsentliga säkerhetsintressen i fråga om tillverkning av eller handel med vapen, ammunition och krigsmateriel; sådana åtgärder får inte försämra konkurrensvillkoren på den gemensamma marknaden vad gäller varor som inte är avsedda speciellt för militärändamål.

2. Rådet får på förslag från kommissionen genom enhälligt beslut ändra den lista som rådet den 15 april 1958 fastställde över varor på vilka bestämmelserna i punkt 1b ska tillämpas."

Den lista som omnämns i punkt 2 fanns tidigare endast i några enstaka språkversioner. Genom ett beslut i rådet i november 2008 gjordes en översättning till samtliga unionens officiella språk.

<sup>66</sup> EUT L 146, 10.6.2009, s. 1 (Celex 32009L0043).

EU-domstolen har i sin rättspraxis slagit fast att undantaget i artikel 346, liksom andra undantagsartiklar i fördraget, ska tolkas restriktivt samt att det ankommer på den medlemsstat som avser att tillämpa en undantagsartikel i fördraget att bevisa att befrielsen inte går utöver gränserna för angivna förhållanden och att de undantag som görs är nödvändiga för att skydda väsentliga säkerhetsintressen.<sup>67</sup>

Artikel 346, som i fördraget placerats under rubriken allmänna bestämmelser och slutbestämmelser, har en allmän räckvidd. Den kan följaktligen påverka alla allmänt tillämpliga bestämmelser i fördraget och den sekundärrätt som meddelats med stöd av dessa.

När upphandlingen rör försvarsprodukter som vapen, ammunition och krigsmateriel kan den rättsliga grunden för att göra undantag från bestämmelsen i fördraget vara artikel 346.1 b, men utrymmet för undantag begränsas bl.a. genom begreppet ”väsentliga säkerhetsintressen” och den lista från 1958 som anges i punkt 2. Artikel 346.1 a gäller även utanför försvarsområdet och syftar i allmänhet till att skydda information som medlemsstaterna inte kan avslöja för någon utan att äventyra sina väsentliga säkerhetsintressen. Detta kan beröra offentlig upphandling av känslig materiel, både på försvars- och säkerhetsområdet.

#### *Tillämpningsområde (artikel 2)*

Direktivets tillämpningsområde begränsas också av EUF-fördragets bestämmelser om tvingande hänsyn enligt artikel 36 och 52 (tidigare artikel 30 respektive 46) samt utövande av offentlig makt enligt artikel 51 och 62 (tidigare artikel 45 respektive 55). Detta framgår uttryckligen av artikel 2 i direktivet.

Av artikel 2 framgår vidare att direktivet ska tillämpas på kontrakt som tilldelas på försvars- och säkerhetsområdet

- som gäller militär utrustning, inklusive tillhörande delar, komponenter och/eller underenheter,
- som gäller utrustning av känslig karaktär, inklusive tillhörande delar, komponenter och/eller underenheter,
- som gäller byggtreprenader, varor och tjänster, som direkt hänförs till ovan angiven utrustning under hela dess livslängd,
- som gäller byggtreprenader och tjänster specifikt för militärändamål, eller byggtreprenader och tjänster av känslig karaktär.

#### *Grundläggande principer (artikel 4)*

Ett av syftena med unionsbestämmelserna på området för offentlig upphandling är enligt EU-domstolen att undanröja hinder för den fria rörligheten för tjänster och varor och således att skydda de ekonomiska aktörers intressen vilka är etablerade i en medlemsstat och som önskar erbjuda varor eller tjänster åt de upphandlande myndigheterna i en annan

<sup>67</sup> EU-domstolens dom i mål C-414/97, Europeiska kommissionen mot Spanien, REG 1999 s. I-05585, p. 22.

medlemsstat (se t.ex. mål nr C-380/98, University of Cambridge, REG 2000 s. I-08035 p. 16 och beaktandesats 15 i direktivet).

För att genomföra dessa syften är regelverket om upphandling uppbyggt med utgångspunkt i vissa principer från EUF-fördraget. Bestämmelserna i fördraget om icke-diskriminering, om förbudet mot kvantitativa restriktioner, om etableringsrätt och om fri rörlighet av tjänster ligger till grund för direktiven.

Även om ett kontrakt inte omfattas av tillämpningsområdet för upphandlingsdirektiven är de upphandlande myndigheterna och enheterna ändå skyldiga att beakta fördragets grundläggande regler i allmänhet och principen om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet, i synnerhet om kontraktet är av ett bestämt gränsöverskridande intresse (mål nr C-507/03, Kommissionen mot Irland, REG 2007 s. I-09777, p. 29). De grundläggande principerna för upphandling är icke-diskriminering, likabehandling, öppenhet, proportionalitet och ömsesidigt erkännande.

Principen om icke-diskriminering innebär att det är förbjudet att direkt eller indirekt diskriminera leverantörer främst på grund av nationalitet. Den upphandlande myndigheten eller enheten får t.ex. som huvudregel inte införa krav som enbart det egna landets företag känner till eller kan uppfylla.

Kravet på likabehandling innebär att alla leverantörer ska ges så lika förutsättningar som möjligt. Alla måste t.ex. få den information som är av relevans för upphandlingen vid samma tillfälle.

Med öppenhet menas främst skyldigheten för den upphandlande myndigheten eller enheten att skapa öppenhet, att lämna information om upphandlingen och det praktiska tillvägagångssättet vid denna. För att anbudsgivarna ska ges samma förutsättningar måste förfrågningsunderlaget vara klart och tydligt och innehålla samtliga krav på det som ska upphandlas.

Med proportionalitetsprincipen avses att kraven på leverantören och kraven i kravspecifikationen måste ha ett naturligt samband med, och stå i rimlig proportion till, det som upphandlas. De krav som ställs ska vara både lämpliga och nödvändiga för att uppnå syftet. Om det finns flera alternativ bör det alternativ väljas som är minst ingripande eller belastande.

Principen om ömsesidigt erkännande innebär att intyg och certifikat som har utfärdats av en medlemsstats behöriga myndigheter ska gälla också i övriga EU/EES-länder.

### *Tröskelvärden (artikel 8)*

Direktivet gäller för upphandlingar vilkas värde exklusive mervärdesskatt beräknas uppgå till minst 387 000 euro för varu- och tjänstekontrakt samt 4 845 000 euro för byggtrepenadkontrakt.<sup>68</sup>

<sup>68</sup> 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 314, 1.12.2009, s. 64, Celex 32009R1177).

Tröskelvärdena är desamma som gäller för försörjningsdirektivet. Värdena revideras en gång vartannat år enligt bestämmelser i direktivet.

#### *Undantag för kontrakt som tilldelas i enlighet med internationella regler (artikel 12)*

I huvudsaklig överensstämmelse med vad som gäller enligt det klassiska direktivet och försörjningsdirektivet görs i direktivet undantag för vissa kontrakt som tilldelas i enlighet med internationella regler, om kontraktet omfattas av

- särskilda förfaranderegler enligt ett internationellt avtal eller en överenskommelse som ingåtts mellan en eller flera medlemsstater och ett eller flera tredje länder,
- särskilda förfaranderegler enligt ett internationellt avtal eller en överenskommelse om stationering av trupper i vissa fall,
- särskilda förfaranderegler som tillämpas av en internationell organisation för inköp för eget bruk och kontrakt som måste tilldelas av en medlemsstat enligt sådana regler.

#### *Särskilda undantag (artikel 13)*

I likhet med det klassiska direktivet och försörjningsdirektivet innehåller direktivet en katalog med särskilda undantag. Vissa av dem är gemensamma med de övriga direktiven, såsom t.ex. undantag för vissa upplåtelseformer av fast egendom, vissa finansiella tjänster och vissa kontrakt rörande forskning och utveckling.

Härutöver gör direktivet undantag för

- kontrakt för vilka tillämpningen av direktivet skulle kräva att en medlemsstat tillhandahåller information vars avslöjande den anser strida mot sina väsentliga säkerhetsintressen,
- kontrakt som avser underrättelseverksamhet,
- kontrakt som tilldelas inom ramen för ett samarbetsprogram rörande forskning och utveckling i vissa fall,
- kontrakt som tilldelas i tredje land för styrkor stationerade utanför unionens territorium i vissa fall, och
- kontrakt som en regering tilldelas av en annan regering i vissa fall.

#### *Tjänster enligt bilaga I och bilaga II*

I likhet med vad som gäller enligt det klassiska direktivet och försörjningsdirektivet görs åtskillnad mellan sådana tjänster som fullt ut omfattas av direktivet (bilaga I) och sådana som endast delvis omfattas (bilaga II). De två kategorierna stämmer dock inte helt överens med motsvarande bilagor i de förstnämnda direktiven.

#### *Upphandlingsförfaranden*

Direktivet ger de upphandlande myndigheterna och enheterna rätt att använda sig av det selektiva förfarandet eller det förhandlade förfarandet

med föregående annonsering. Det öppna förfarandet har inte bedömts vara behövligt och finns därför inte reglerat i direktivet. Förhandlat förfarande med föregående annonsering får i likhet med vad som gäller i försörjningsdirektivet användas utan särskilda begränsningar. Konkurrenspräglad dialog får under vissa förutsättningar användas för särskilt komplicerade kontrakt även för upphandlande enheter inom försörjningssektorerna. I likhet med övriga upphandlingsdirektiv får förhandlat förfarande utan föregående annonsering användas under särskilt angivna förutsättningar.

### *Underentreprenad (artikel 21)*

Direktivet har tillförts relativt omfattande bestämmelser om konkurrensutsättning av underleverantörer i upphandlingskontrakt. Förebilden för bestämmelserna är det klassiska direktivets regler om byggkoncession.

En upphandlande myndighet eller enhet har rätt att av anbudsgivaren begära

- uppgift om den eventuella del av kontraktet som han kan komma att lägga ut på tredje man,
- uppgift om vilka underleverantörer han avser att föreslå för vilka delar av kontraktet, eller
- uppgift om alla eventuella ändringar som uppstår på underleverantörsnivå under genomförandet av kontraktet.

Den upphandlande myndigheten eller enheten får begära att den utvalda anbudsgivaren lägger ut en del av kontraktet på underentreprenad. Den upphandlande myndigheten eller enheten ska ange den procentuella minimiandel som ska läggas ut på entreprenad, i form av intervallvärden med en minimiandel och en maximandel. Maximandelen får inte överstiga 30 procent av kontraktets värde.

Vidare får den upphandlande myndigheten eller enheten kräva att en utvald anbudsgivare som inte är en upphandlande myndighet eller enhet ska tillämpa bestämmelser om annonsering av underleverantörskontraktet i annonsdatabasen TED om kontraktet beräknas uppgå till tillämpligt tröskelvärde. Omfattningen av uppgifterna som ska anges i annonsen framgår av en bilaga till direktivet. Urval av underleverantör ska göras genom objektiva, icke-diskriminerande och relevanta kriterier som ska framgå av annonsen.

Medlemsstaterna får ålägga sina upphandlande myndigheter och enheter att begära de ovan behandlade uppgifterna.

### *Informationssäkerhet (artikel 22)*

Direktivet innehåller bestämmelser om krav på hantering av känslig information, s.k. sekretessbelagd information, vilka inte har någon motsvarighet i de övriga upphandlingsdirektiven.

”Sekretessbelagd information” definieras i artikel 1.8 i direktivet som ”all information och allt material oavsett dess form, karaktär eller överföringsteknik, som omfattas av krav på en viss säkerhetsnivå eller en viss skyddsnivå och som med hänsyn till den nationella säkerheten och

enligt den berörda medlemsstatens gällande lagar och andra författningar måste skyddas mot intrång, förstörelse, avlägsnande, spridning, förlust eller åtkomst av någon obehörig person, eller någon annan typ av risk.”

När det gäller kontrakt som inbegriper, kräver eller innehåller sådan information får den upphandlande myndigheten eller enheten kräva att anbudet ska innehålla bl.a. följande:

- en utfästelse från anbudsgivaren och utvalda underleverantörer att de på lämpligt sätt kommer att skydda informationen,
- en utfästelse från anbudsgivaren att inhämta en sådan utfästelse som avses i första punkten avseende andra underleverantörer som anbudsgivaren kommer att anlita under genomförandet av kontraktet,
- uppgifter om utvalda underleverantörer som gör det möjligt för den upphandlande myndigheten eller enheten att fastställa att de har den kapacitet som krävs för att skydda informationen, och
- en utfästelse från anbudsgivaren att inhämta sådana uppgifter som avses i föregående punkten avseende andra underleverantörer som anbudsgivaren kommer att anlita under genomförandet av kontraktet.

### *Försörjningstrygghet (artikel 23)*

Direktivet innehåller bestämmelser om försörjningstrygghet, vilka inte har någon motsvarighet i övriga upphandlingsdirektiv. Bestämmelserna klargör vilka krav den upphandlande myndigheten eller enheten kan ställa på anbudssökande och anbudsgivare beträffande försörjningstrygghet. Den upphandlande myndigheten eller enheten får kräva att anbudet ska innehålla bl.a. följande uppgifter:

- certifiering eller dokumentation som visar i vilken utsträckning anbudsgivaren har förmåga att uppfylla sina skyldigheter i fråga om export, överföring och transitering av varor i samband med kontraktet,
- eventuella begränsningar som exportkontroll eller säkerhetsarrangemang kan komma att medföra för den upphandlande myndigheten eller enheten,
- certifiering eller dokumentation som visar att organisationen och lokaliseringen av anbudsgivarens försörjningskedja gör det möjligt för denne att uppfylla den upphandlande myndighetens eller enhetens krav beträffande försörjningstrygghet,
- en utfästelse att upprätta och/eller upprätthålla den kapacitet som krävs för att tillmötesgå den upphandlande myndighetens eller enhetens eventuellt ökade behov till följd av en kris enligt de överenskomna villkoren,
- styrkande dokumentation som eventuellt erhållits från de nationella myndigheterna i anbudsgivarens hemland i fråga om att uppfylla den upphandlande myndighetens eller enhetens ökade behov till följd av en kris,
- en utfästelse att utföra underhåll, modernisering och anpassningar av den utrustning som är föremål för upphandlingen,

- en utfästelse att i tid informera den upphandlande myndigheten eller enheten om varje förändring som uppstår i anbudsgivarens organisation, försörjningskedja eller industriella strategi som kan tänkas påverka anbudsgivarens skyldigheter gentemot den upphandlande myndigheten eller enheten, och
- en utfästelse att förse den upphandlande myndigheten eller enheten med allt som behövs för produktion av reservdelar, komponenter, särskilda tillbehör och särskild testutrustning, inklusive ritningar, licenser och instruktioner, för sådana fall där entreprenören inte längre kan tillhandahålla denna utrustning.

## 5 En ny lagstiftning om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet

### 5.1 Genomförande i en separat lag

**Regeringens förslag:** Direktivet om försvars- och säkerhetsupphandling ska genomföras genom en separat ny lag. Lagen ska följa samma struktur som lagen om offentlig upphandling, förkortad LOU och lagen om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, förkortad LUF och ska innehålla ett kapitel med regler för upphandlingar som inte eller endast delvis omfattas av direktivet.

**Utredningens förslag** överensstämmer med regeringens.

**Remissinstanserna:** Remissinstanserna är överlag positiva till förslaget. *Förvaltningsrätten i Stockholm, Rikspolisstyrelsen, Kriminalvården, Försvarets radioanstalt, Fortifikationsverket, Luftfartsverket, Konkurrensverket, Stockholms kommun, Uddevalla kommun, Kalmar läns landsting, Sveriges Kommuner och Landsting, Svenskt näringsliv, Föreningen SME-D, Säkerhets- och försvarsföretagen, Teknikföretagen* och *Säkerhetspolisen* tillstyrker förslaget till lag om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet. *Försvarsmakten* ställer sig i huvudsak positiv till den föreslagna lagen. *Kammarrätten i Stockholm* och *Norrälje kommun* har inget att invända mot förslaget att införa en ny upphandlingslag. *Försvarets materielverk (FMV)* tillstyrker principen att regelverket så långt möjligt följer försvarsupphandlingsdirektivets disposition, vilket har den fördelen att den inte mer än nödvändigt skiljer sig från LOU.

**Skälen för regeringens förslag:** Det nya direktivet omfattar samordning av förfarandena vid tilldelning av vissa kontrakt för byggtreprenader, varor och tjänster av upphandlande myndigheter och enheter på försvars- och säkerhetsområdet.

Vid genomförandet av det klassiska direktivet och försörjningsdirektivet bedömde regeringen att de skulle genomföras i två separata lagar med hänsyn bl.a. till att de uppvisade väsentliga skillnader. Vidare ansåg regeringen att det var en fördel att ha samma uppdelning i lagstiftningen som i direktiven så att den som vid tillämpning av lagen

vill söka information i de bakomliggande EG-rättsliga reglerna endast har en rättsakt att hålla sig till (prop. 2006/07:128 del 1 s. 140 och 141).

Det nya direktivet innehåller väsentliga skillnader i förhållande till det klassiska direktivet och försörjningsdirektivet. Det nya direktivet är vidare uppbyggt efter mönster av det klassiska direktivet beroende framför allt på att kommissionens ursprungsförslag till direktiv på försvars- och säkerhetsområdet enbart omfattade den klassiska sektorn. Under behandlingen i rådet kom emellertid tillämpningsområdet för direktivet att ändras så att upphandlingar som upphandlande enheter inom försörjningssektorerna gör inom försvars- och säkerhetsområdet omfattas av direktivet. En integrering av det nya direktivet i LUF skulle göra denna lag särskilt svårsläst genom att flera nya bestämmelser skulle gälla enbart för upphandlande enheter inom försvars- och säkerhetsområdet. Till exempel gäller konkurrenspräglad dialog enbart upphandling inom försörjningssektorerna om upphandlingen omfattas av försvars- och säkerhetsdirektivet, regler om prekvalificeringssystem kan endast användas i civil upphandling inom försörjningssektorerna och reglerna om ramavtal är mer reglerade i försvars- och säkerhetsupphandling än i civil upphandling.

Regeringen gör med hänsyn till det ovan anförda den bedömningen att försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet bör genomföras i en egen lag, såsom föreslagits av utredningen och vunnit stöd av remissinstanserna.

Lagen bör, som framförts av *FMV*, i likhet med LOU och LUF ha en struktur som i enlighet med direktivet följer upphandlingsprocessens kronologi. Den bör också i överensstämmelse med LOU och LUF ha ett särskilt kapitel som reglerar de upphandlingar som inte omfattas av direktivet, dvs. upphandlingar vilkas värde inte uppgår till tröskelvärdet och upphandlingar av B-tjänster oavsett värde.

## 5.2 Bilagor till lagen

**Regeringens förslag:** Till lagen ska en bilaga vara fogad med förteckning över byggentreprenadkontrakt. Vidare ska en bilaga vara fogad till lagen som innehåller en förteckning över tjänstekontrakt som anger tjänster och tjänstekategorinummer för A-tjänster och en bilaga som innehåller en förteckning över tjänstekontrakt som anger tjänster och tjänstekategorinummer för B-tjänster.

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

**Utredningens förslag:** Överensstämmer med regeringens förslag med den skillnaden att utredningens förslag innehåller bilagor med A-tjänster och B-tjänster med angivande av CPV-referensnummer. Utredningens förslag innehåller inte någon bilaga avseende byggentreprenadkontrakt.

**Remissinstanserna:** Ingen av remissinstanserna berör frågan.

**Skälen för regeringens förslag och bedömning:** I likhet med det klassiska direktivet och försörjningsdirektivet innehåller försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet två bilagor som omfattar A-tjänster respektive B-tjänster med angivande av tjänstekategorinummer och CPV-referensnummer för de tjänster som omfattas av varje tjänstekategori. Bilagorna i det klassiska direktivet och försörjningsdirektivet innehåller till skillnad från försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet dessutom uppgift om referensnummer för CPC (FN:s centrala produktindelning) för tjänsterna. Vidare innehåller det klassiska direktivet och försörjningsdirektivet, till skillnad från försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet, en bilaga med förteckning över byggtreprenadkontrakt med olika byggverksamheter med angivande av CPV-referensnummer för olika typer av byggverksamheter. I försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet har bilagan med byggtreprenadkontrakt ersatts av en hänvisning i definitionen av byggtreprenadkontrakt till avsnitt 45 i CPV som omfattar samma verksamheter som anges i bilagan till det klassiska direktivet och försörjningsdirektivet.

Enligt det klassiska direktivet och försörjningsdirektivet har Europeiska kommissionen behörighet att i viss utsträckning göra ändringar beträffande referensnumren i nomenklaturen i bilagorna till direktiven (se avsnitt 13.1.5). Kommissionens ändringar görs i form av en förordning. Den senaste förordningen är kommissionens förordning (EG) nr 213/2008 av den 28 november 2007 om ändring av Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 2195/2002 om en gemensam terminologi vid offentlig upphandling (CPV) samt av Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG respektive 2004/18/EG om förfaranden vid offentlig upphandling, när det gäller revidering av CPV<sup>69</sup>. Förordningen, som innehåller reviderade bilagor till direktiven avseende A-tjänster och B-tjänster, är i alla delar bindande och direkt tillämplig och bör därför inte tas in i lagen.

Försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet innehåller två bilagor med A- och B-tjänster som innehåller de aktuella CPV-referensnumren i överensstämmelse med förordningen (EG) nr 213/2008. Kommissionen har enligt artikel 69.2 a i försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet behörighet att göra samma slags ändringar beträffande referensnumren i nomenklaturen i bilagorna som avser A-tjänster och B-tjänster i detta direktiv som i det klassiska direktivet och försörjningsdirektivet. Kommissionens behörighet omfattar inte grupperingen av de olika undergrupperna i bilagan avseende byggtreprenad eller de olika tjänstekategorierna.

Med hänsyn till att bilagorna kan komma att ändras till följd av ett beslut från kommissionen i förordningsform bör regeringen kunna genomföra motsvarande ändringar i svensk rätt utan lagändring. Regeringen anser därför att det till lagen ska fogas en bilaga som anger undergrupperna till byggtreprenadkontrakt med dessas benämningar och tillhörande anmärkningar samt bilagor som anger tjänstekategorier med beskrivningar avseende A-tjänster och B-tjänster utan referens-

<sup>69</sup> EUT L 74, 15.3.2008, s. 1, (Celex 32008R0213).

nummer till CPV. CPV-referensnumren för samtliga grupper och undergrupper inom huvudgrupp 45 avseende byggtreprenad samt för samtliga tjänstekategorier för A-tjänster och B-tjänster bör såsom de för varje tid har beslutats av Europeiska kommissionen tillkännages i Svensk författningssamling. En upplysning om det tas in i lagen.

Utöver nämnda bilagor kommer till lagen att fogas en bilaga med definitioner av vissa tekniska specifikationer. Det behandlas i avsnitt 8.1.

### 5.3 Lagrådsremissens disposition

I övervägandena behandlas utförligt de delar i lagen som är nya och saknar motsvarighet i LOU och LUF. De delar som är mer i överensstämmelse med LOU och LUF behandlas mer översiktligt. Samtliga bestämmelser kommenteras i författningskommentaren. De bestämmelser som inte är nya i förhållande till LOU och LUF behandlas dock mer kortfattat.

Remissen är uppdelad i olika sakområden. För varje sakområde anges i vilken utsträckning reglerna gäller även för upphandlingar som inte omfattas av direktivet eller endast delvis omfattas av direktivet.

## 6 Tillämpningsområde, definitioner och grundläggande principer

### 6.1 Tillämpningsområde

**Regeringens förslag:** Lagen ska gälla för upphandling på försvars- och säkerhetsområdet av

1. militär utrustning,
2. utrustning av känslig karaktär,
3. byggtreprenader, varor och tjänster som hänför sig till sådan utrustning, och
4. byggtreprenader och tjänster för specifikt militärändamål eller byggtreprenader och tjänster av känslig karaktär.

Endast 15 kap. i lagen ska tillämpas i fråga om upphandling som

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

Lagen gäller inte när artikel 36, 51, 52 eller 62 i EUF-fördraget tillämpas.

**Utredningens förslag** överensstämmer med regeringens bortsett från att A-tjänster och B-tjänster benämns tjänster enligt klass 1 respektive klass 2.

**Remissinstanserna:** Flertalet remissinstanser kommenterar inte bestämmelserna. *Försvarets materielverk (FMV)* tillstyrker att tillämpningsområdet har en allmänt beskrivande karaktär och inte är särskilt knuten till förteckningen över vapen, ammunition och

krigsmateriel av den 15 april 1958. Vidare anser FMV att hänvisningarna till undantagsbestämmelserna i EUF-fördraget för tydlighets skull bör omfatta också artikel 346 i fördraget. *Inspektionen för strategiska produkter (ISP)* anser att det är olyckligt att upphandlingsdirektivet och överföringsdirektivet har olika förteckningar avseende tillämpningsområdet och detta bör bringas i överensstämmelse på EU-nivå. ISP noterar att när det gäller tillämpningsområdet hänvisas till listan från 1958, där tolkningen är att denna även bör omfatta den senaste och framtida tekniska utvecklingen. Överföringsdirektivet hänvisar beträffande tillämpningsområdet till en strikt hänvisning till EU:s gemensamma militära förteckning (GUSP, 2010/C 69/03 antagen av rådet den 15 februari 2010). En trolig konsekvens av införandet av överföringsdirektivet är att denna förteckning ersätter nuvarande krigsmaterieförteckning (SFS 1992:1303). Från ISP:s utgångspunkt synes det logiskt att upphandlingsdirektivet och överföringsdirektivet har samma tillämpningsområde, dvs. EU:s gemensamma militära förteckning. *Säkerhets- och försvarsföretagen (SOFF)* anser att det kan visa sig vara olyckligt att tillämpningsområdet för försvarsutrustning definieras olika i försvarsupphandlingsdirektivet och ”överföringsdirektivet” (2009/43/EG), ”1958 års lista” respektive ”EU:s gemensamma militära lista”.

Av de kommuner och landsting som beretts tillfälle att yttra sig över förslagen i betänkandet har flertalet valt att inte svara eller förklarat sig inte avse att yttra sig. Några kommuner, *Huddinge kommun, Norrtälje kommun, Västerviks kommun, Skellefteå kommun* och *Lunds kommun*, samt även *Jönköpings läns landsting* förklarar sig inte ha några synpunkter på förslaget med hänsyn till att de anser att de inte omfattas av bestämmelserna eller berörs av dem.

## **Skälen för regeringens förslag**

### *Inledning*

Inledningsvis kan konstateras att direktivet gäller upphandling och således inte enbart offentlig upphandling. Det ska därför gälla upphandlande myndigheter inom den klassiska sektorn och upphandlande enheter inom försörjningssektorerna. Upphandlande myndigheter och upphandlande enheter definieras på samma sätt som i det klassiska direktivet och försörjningsdirektivet. I överensstämmelse därmed bör lagen gälla för upphandlande myndigheter och upphandlande enheter enligt definitionerna i 2 kap. 19 § LOU och 2 kap. 20 och 21 §§ LUF.

I de fall bestämmelser i direktiven anger att bestämmelserna gäller medlemsstaterna eller anbudsgivare i medlemsstater anges i lagtexten, i likhet med LOU och LUF, i stället EES-stater.

### *Militär utrustning och utrustning av känslig karaktär*

Direktivet gäller enligt artikel 2 för kontrakt som tilldelas på försvars- och säkerhetsområdet för

- a) tillhandahållande av militär utrustning, inbegripet alla tillhörande delar, komponenter och/eller underenheter,
- b) tillhandahållande av utrustning av känslig karaktär, inbegripet alla tillhörande delar, komponenter och/eller underenheter,
- c) byggtreprenader, varor och tjänster, som direkt hänför sig till den utrustning som avses i led a och b under hela dess livslängd.

En definition av begreppet militär utrustning i artikel 2 a finns i artikel 1.6 i direktivet som anger att med *militär utrustning* avses utrustning som är särskilt utformad eller anpassad för militära syften och som är avsedd att användas som vapen, ammunition eller krigsmateriel. I beaktandesats 10 i direktivet anges att med militär utrustning bör särskilt avses de produkttyper som tas upp i förteckningen över vapen, ammunition och krigsmateriel som antogs av rådet i dess beslut 255/58 av den 15 april 1958. Denna förteckning omfattar enligt samma beaktandesats endast utrustning som är utformad, framtagen och framställd speciellt för militär användning. Vidare anges att förteckningen är generisk och ska tolkas i vid mening mot bakgrund av att tekniken, upphandlingsförfarandena och de militära kraven utvecklas, vilket innebär att nya typer av utrustning utvecklas, t.ex. på grundval av unionens gemensamma militära förteckning. Begreppet militär utrustning bör enligt beaktandesatsen också omfatta produkter som, även om de ursprungligen utformades för civilt bruk, senare anpassats efter militära syften för att användas som vapen, ammunition eller krigsmateriel.

Enligt regeringens mening bör definitionen av militär utrustning och därmed tillämpningsområdet för lagen inte definieras uteslutande genom listan från 1958. Listan kan dock tjäna som utgångspunkt för tillämpningen av lagen. Tillämpningsområdet för direktivet torde dock omfatta mer än listan från 1958 i och med att t.ex. även utrustning som anpassats för militära syften ingår. Listan är således inte uttömmande och utrustning i unionens gemensamma militära förteckning kan, som anges i beaktandesats 10, läggas till grund för tillämpningsområdet för upphandlingsdirektivet. Därmed finns, angående den fråga som berörs av *ISP* och *SOFF*, förutsättningar att tillämpningsområdet för upphandlingsdirektivet ska överensstämma med tillämpningsområdet för överföringsdirektivet.

Direktivet gäller enligt artikel 2 b i direktivet även upphandlingar på området för icke-militär säkerhet. Enligt definitionen i artikel 1.7 i direktivet avses med *utrustning, byggtreprenad och tjänster av känslig karaktär* utrustning, byggtreprenad och tjänster som har ett säkerhets-syfte och som inbegriper, kräver eller innehåller s.k. sekretessbelagd information. En definition av sådan information finns i artikel 1.8 i direktivet. Med utrustning, byggtreprenader och tjänster av känslig karaktär avses enligt beaktandesats 11 i direktivet när upphandlingar påminner om och är lika känsliga som försvarsupphandlingar. I beaktandesatsen anges att så kan vara fallet när militära och icke-militära styrkor samarbetar för att uppnå samma mål eller där syftet med upphandlingen är att se till att säkerheten i unionen eller medlemsstaterna på eller utanför deras egna territorier skyddas mot allvarliga hot från icke-militära eller icke-statliga aktörer. Det kan exempelvis handla om uppdrag rörande gränsskydd, polisverksamhet och krishanteringsinsatser.

I artikel 2 c i direktivet sägs att direktivet ska tillämpas på kontrakt som avser *byggtreprenader, varor och tjänster som direkt hänför sig till den utrustning som avses i punkterna a och b under hela dess livslängd*. Med varor som direkt hänför sig till militär utrustning avses t.ex. speciella verktyg och maskiner som är nödvändiga för produktion eller underhåll av sådan utrustning samt speciella dräkter eller hjälmar. Tjänster som direkt hänför sig till militär utrustning kan t.ex. vara reparationer av militärflyg eller fartyg för militära ändamål. Slutligen kan med byggtreprenader som direkt hänför sig till militär utrustning avses t.ex. byggandet av testanläggningar för militär utrustning. Sambandet måste i princip vara så starkt att byggtreprenaden, varorna eller tjänsterna inte är meningsfulla utan den militära utrustningen.<sup>70</sup>

Av beaktandesats 12 i direktivet framgår att med produktens hela livslängd i artikel 2 c i direktivet avses den tid som åtgår för forskning och utveckling, industriell utformning, tillverkning, reparation, modernisering, ändring, underhåll, logistik, utbildning, testning, återkallande och bortskaffande. Vidare sägs att i dessa skeden inbegrips t.ex. studier, utvärdering, lagring, transport, integrering, underhåll, demontering, förstörelse och alla övriga åtgärder som vidtas efter det ursprungliga utformandet.

Den föreslagna lagen gäller, som några *kommuner* och *Jönköpings läns landsting* är inne på, endast i begränsad omfattning kommunerna och landstingen. Den är främst tillämplig på de myndigheter som handhar försvar och säkerhet på riksnivå. Regeringen bedömer det dock inte som uteslutet att kommuner och landsting kan vara betjänta av de nya reglerna i händelse av t.ex. behov att upphandla skydd mot terroristattacker mot kommunens dricksvattenförsörjning eller mot dess elnät.

#### *Övriga tjänster och byggtreprenader som omfattas*

I artikel 2 d anges att direktivet ska tillämpas också på kontrakt som tilldelas på försvars- och säkerhetsområdet för byggtreprenader och tjänster specifikt för militärändamål eller byggtreprenader och tjänster av känslig karaktär. Enligt beaktandesats 14 i direktivet bör hänsyn tas till om den upphandlande myndighetens eller enhetens behov av dessa är nödvändiga för att uppfylla vissa militära krav eller säkerhetskrav. Till skillnad från artikel 2 c i direktivet avses inte sådana byggtreprenader eller tjänster som direkt hänför sig till militär utrustning eller utrustning av känslig karaktär, utan det väsentliga är att de har ett specifikt militärt ändamål eller att de är av känslig karaktär. Exempel på sådan upphandling som faller inom detta undantag kan vara transport av trupper eller upprättande av en landningsbana.<sup>71</sup>

<sup>70</sup> Jfr Generaldirektoratet för inre marknaden och tjänster, Guidance Note on the Field of Application, p. 9 och 14.

<sup>71</sup> Ibid, p. 11.

### *A-tjänster och B-tjänster*

Liksom i det klassiska direktivet och försörjningsdirektivet samt i LOU och LUF delas i direktivet tjänstekontrakt upp i olika kategorier, motsvarande A- och B-tjänster (se bilaga I och II till direktivet). Till stor del är tjänsterna i direktivet desamma, men några B-tjänster i de civila direktiven har i stället hänförs till motsvarande A-tjänster i försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet. Dessa är järnvägs- och sjötransport-tjänster samt hjälptjänster och tjänster i anslutning till transporter. Därutöver har fyra typer av tjänster lagts till i direktivets motsvarande A-tjänster, nämligen:

1. tjänster för militärt bistånd till utlandet,
2. försvarstjänster, militära försvarstjänster och civila försvarstjänster,
3. undersöknings- och säkerhetstjänster, och
4. utbildnings- och simuleringstjänster på försvars- och säkerhetsområdet.

Indelningen av tjänstekontrakt i olika kategorier är liksom i det klassiska direktivet och försörjningsdirektivet motiverat av att full tillämpning av direktivet under en övergångstid bör begränsas till kontrakt för vilka direktivets bestämmelser kommer att göra det möjligt att utnyttja alla möjligheter till att öka handeln över gränserna. Kontrakt för motsvarande B-tjänster ska övervakas under denna övergångsperiod innan beslut fattas om att direktivet ska tillämpas fullt ut.

Eftersom indelningen i olika tjänster inte helt stämmer överens med den indelning som gjorts i det klassiska direktivet och i försörjningsdirektivet anser utredningen att det är olämpligt att ha samma beteckning på dem som i LOU och LUF. Utredningen föreslår därför att de olika tjänsterna kallas tjänster enligt klass 1 och tjänster enligt klass 2.

Regeringen anser emellertid att beteckningarna A-tjänster och B-tjänster är väl inarbetade och förknippas framför allt med de två kategoriernas olika tillämpningsområde, dvs. att för A-tjänster gäller direktivets samtliga bestämmelser och för B-tjänster ett mycket begränsat antal bestämmelser. Eftersom de två kategorierna har samma tillämpningsområde i det nya direktivet finns det enligt regeringens mening goda skäl att behålla begreppsparet A-tjänster och B-tjänster i den nya lagen, även efter ovan nämnda ändringar i bilagorna.

### *Upphandlingar som undantas enligt EUF-fördraget*

Kontrakt som kan undantas med stöd av artiklarna 36, 51, 52, 62 och 346 i EUF-fördraget faller enligt artikel 2 i direktivet utanför direktivets tillämpningsområde. I dessa artiklar föreskrivs specifika undantag från tillämpningen av EUF-fördragets principer och följaktligen från tillämpningen av den sekundärlagstiftning som utgår från dem. Därmed får ingen bestämmelse i direktivet förbjuda att åtgärder införs eller tillämpas som skulle visa sig vara nödvändiga för att skydda de intressen som erkänns som berättigade enligt dessa bestämmelser i fördraget.

Artikel 36 i EUF-fördraget anger de situationer när förbud mot eller restriktioner för import, export eller transitering är tillåtet. Så är fallet

t.ex. när allmän ordning eller allmän säkerhet kräver det. Artikel 51 i EUF-fördraget innehåller ett undantag från etableringsrätt för verksamhet som hos medlemsstaten är förenad med utövandet av offentlig makt. Bestämmelser i lagar och andra författningar om särskild behandling av utländska medborgare och som grundas på hänsyn till allmän ordning, säkerhet eller hälsa undantas enligt artikel 52 i EUF-fördraget också från etableringsrätten. Slutligen stadgas i artikel 62 i EUF-fördraget att de undantag som anges i bl.a. artiklarna 51 och 52 i fördraget även ska tillämpas på tjänsteområdet.

Finns det skäl som t.ex. rör allmän säkerhet (artikel 30 och 46 i EUF-fördraget) är direktivet inte tillämpligt trots att upphandlingen omfattas av lagens tillämpningsområde (beaktandesats 16 i direktivet). EU-domstolen har i mål C-414/97<sup>72</sup> dock klargjort att artikel 346 i EUF-fördraget, liksom de övriga artiklar i fördraget som innehåller undantagsföreskrifter för situationen där allmän säkerhet är hotad och som avser bestämda extraordinära förhållanden, på grund av sin begränsade karaktär inte kan ges en extensiv tolkning.

Bestämmelserna i EUF-fördraget som medger undantag från fördragets bestämmelser ska således tillämpas restriktivt och den upphandlande myndighet eller enhet som avser att stödja sig på ett undantag ska kunna visa att förutsättningar föreligger som motiverar undantaget.

Regeringen anser att en hänvisning i bestämmelsen om tillämpningsområdet i den föreslagna lagen till regleringen av undantag grundade på artikel 346 i EUF-fördraget, som FMV föreslår, vore överflödig eftersom regleringen av dessa undantag följer i nära anslutning förstnämnda bestämmelse i samma kapitel. Någon sådan hänvisning tas därför inte in i lagen.

## 6.2 Upphandling som endast delvis faller inom tillämpningsområdet

**Regeringens förslag:** Lagen ska vara tillämplig på en upphandling som omfattas av såväl denna lag som LOU eller LUF under förutsättning att tilldelningen av ett enda kontrakt är berättigad av objektiva skäl.

Lagen ska inte vara tillämplig på en upphandling som delvis omfattas av lagen, men i övrigt varken omfattas av LOU eller LUF. Detta ska bara gälla om tilldelningen av ett enda kontrakt är berättigad av objektiva skäl.

Beslut att tilldela ett enda kontrakt ska inte få fattas för att undvika att kontraktet omfattas av lagen, LOU eller LUF.

**Utredningens förslag** överensstämmer med regeringens förslag bortsett från att i utredningens förslag begränsas lagvalsreglerna till att omfatta endast upphandlingar som överstiger tröskelvärdena.

<sup>72</sup> Se EU-domstolens dom den 16 september 1999 i mål nr C-414/97, Europeiska kommissionen mot Konungariket Spanien, REG 1999, s. I-5585.

**Remissinstanserna:** Det stora flertalet av remissinstanserna framför inga invändningar mot förslaget. *Konkurrensverket* tillstyrker förslaget, men anser att bestämmelsen bör följas upp på lämpligt sätt så att tillämpning i strid med de grundläggande principerna och lagens intentioner kan identifieras och åtgärdas.

**Skälen för regeringens förslag:** Enligt artikel 3 i direktivet ska ett kontrakt som omfattas av både försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet och något av det klassiska direktivet eller försörjningsdirektivet genomföras enligt det förstnämnda direktivet. Vidare ska direktivet inte tillämpas för ett kontrakt som delvis faller utanför tillämpningsområdet och delvis omfattas av direktivet. I båda fallen krävs att tilldelningen av ett enda kontrakt är berättigat av objektiva skäl.

Bestämmelserna i artikel 3 behandlar således lagens tillämpningsområde vid s.k. blandade kontrakt. Där anges två situationer:

1. en del av kontraktet omfattas av direktivet och resten av kontraktet omfattas av det klassiska direktivet eller försörjningsdirektivet, och
2. en del av kontraktet omfattas av direktivet men resten av kontraktet omfattas varken av det klassiska direktivet eller försörjningsdirektivet.

I det första fallet ska direktivet tillämpas. I det andra fallet ska inte något av de tre upphandlingsdirektiven tillämpas.

Det finns inte i något av fallen kvantitativa krav på den del som faller utanför upphandlingsdirektivens tillämpningsområde, utan det väsentliga är att tilldelningen av ett enda kontrakt är berättigat av objektiva skäl. Någon överviktsprincip ska således inte tillämpas. Om det finns sådana objektiva skäl att inte dela upp ett kontrakt spelar det alltså ingen roll hur liten den del är som inte faller inom något av upphandlingsdirektivens tillämpningsområde. Vad som utgör objektiva skäl får avgöras från fall till fall. Upphandlingar av militär utrustning där en del av varorna omfattas av artikel 346 i EUF-fördraget faller således i dess helhet utanför direktivens tillämpningsområde. Likaså torde ett kontrakt, som innefattar ett köp som i sig omfattas av lagen, falla utanför tillämpningsområdet om det tilldelas tillsammans med en tjänstekoncession, allt under förutsättning att de två delarna måste tilldelas i ett gemensamt kontrakt.

Utformningen av artikel 3 i direktivet är inspirerad av artiklarna 9.2 och 9.3 i försörjningsdirektivet som genomförts i 1 kap. 25–28 §§ LUF. Enligt dessa paragrafer tillämpas emellertid, till skillnad från artikel 3 i direktivet, en överviktsprincip. Några motsvarande bestämmelser finns inte i det klassiska direktivet och därmed inte heller i LOU.

Regeringen anser att artikeln ska genomföras i lagen i nära överensstämmelse med direktivet. Utredningen föreslår att regeln ska utformas på så sätt att den endast reglerar förhållandena för de direktivstyrda delarna av lagen. Regeringen gör emellertid bedömningen att dessa regler bör gälla för lagarna i dess helhet. Lagvalsregeln i det första fallet fyller sin funktion lika väl i 15 kap. som för lagarnas övriga delar. I 1 kap. 3 § första punkten LOU finns en motsvarande bestämmelse som gäller även 15 kap. Även i det andra fallet bör bestämmelsen gälla för lagen i dess helhet. I annat fall skulle bestämmelserna i 15 kap. få en strängare utformning för de upphandlande myndigheterna och enheterna än de direktivstyrda delarna.

## 6.3 Undantag från lagens tillämpningsområde

### 6.3.1 Upphandling enligt internationella regler

#### *Internationellt samarbete*

Sverige samverkar genom ett antal internationella samarbeten som rör anskaffning av materiel inom försvarsområdet, bl.a. följande:

- The Letter of Intent (LoI)/Ramavtalet, som slöts år 2000. Detta är en avsiktsförklaring mellan de sex försvarsteknologiskt mest framträdande medlemsstaterna, dvs. Frankrike, Tyskland, Storbritannien, Italien, Spanien och Sverige, om samverkan för att analysera behov av militär förmåga, harmonisera systemkrav samt standardisera vissa marknadsvillkor för att underlätta bi- eller multilaterala projekt.
- Den europeiska försvarsbyrån (European Defence Agency, EDA), etablerad år 2004. Sverige är medlem i och deltar i olika samarbetsprojekt som bedrivs inom EDA. EDA är en medlemsstatsstyrd myndighet under rådet där 26 av 27 medlemsstater deltar. Danmark är inte medlem medan Norge är s.k. associerad medlem. Inom EDA ryms verksamhet som relaterar till förmågeutveckling, försvarsforskning, materiel samt industri och marknad. Verksamheten bedrivs på såväl policy- som projektnivå. EDA bildades för att samordna gemensamma behov, underlätta samarbeten samt genomföra vissa gemensamma anskaffningar. Inom ramen för arbetet i EDA har en frivillig mellanstatlig uppförandekod för upphandling av försvarsmateriel utarbetats. Syftet med denna kod är att öka öppenheten och uppmuntra till konkurrens vid sådan offentlig upphandling som omfattas av artikel 346 i EUF-fördraget. År 2008 antogs också en uppförandekod för kompensationsåtaganden, s.k. offset. Vid EDA:s styrelsemöte i november år 2009 antog även försvarsministrarna en deklaration där man förband sig att verka för likvärdiga konkurrensvillkor för den europeiska försvarsindustrin och för en öppen europeisk försvarsmaterielmarknad.
- Gemensamma organisationen för samarbete om försvarsmateriel (OCCAR), bildad år 1996. Detta är en organisation för genomförande och leverans av samarbetsprojekt. Storbritannien, Frankrike, Tyskland och Italien är medlemmar. Sverige och fem andra länder deltar på projektbasis utan att vara medlemmar.
- Nordic Defence Cooperation (NORDEFECO), som slöts år 2009. Detta är ett gemensamt nordiskt samförståndsavtal som avser bl.a. utveckling och anskaffning av försvarsmateriel.
- North Atlantic Treaty Organization (NATO), bildat år 1949. Organisationen samordnar på uppdrag, genom ett antal upphandlingsbyråer, anskaffningar, utveckling, logistik och underhåll för medlemsstaternas räkning. Leverantörer från icke medlemsstater, som Sverige, har begränsad möjlighet att delta i sådana upphandlingar.
- Förenta Nationerna (FN), bildat år 1945. FN genomför vissa anskaffningar som berör marknaden för försvar och säkerhet.

De europeiska länderna har alltmer gemensamma ståndpunkter och bindande regler avseende export av krigsmateriel samt arbetar för ett globalt juridiskt bindande fördrag om kontroll av vapenhandel utarbetat av FN.

### *Sveriges bilaterala materielsamarbete*

Försvarsdepartementet är i dag ansvarigt departement i Regeringskansliet för Sveriges bilaterala försvarsmaterielrelaterade samarbeten inom ramen för tecknade samförståndsavtal på regeringsnivå, s.k. Memorandum of Understanding (MoU), dvs. MoU-kommissionsarbetet. Inom Försvarsdepartementets område genomförs i dag bilateralt försvarsmaterielsamarbete med ett knappt 30-tal länder världen över, främst europeiska länder men även många länder utanför Europa.

Syftet med det bilaterala försvarsmaterielsamarbetet är att vidmakthålla och utveckla erforderliga förmågor och kompetenser samt att finna kostnadseffektiva sätt att genomföra svensk materielförsörjning. MoU-samarbetet kan i vissa fall främja svenska exportansträngningar även om detta inte är det formella syftet med ingångna avtal. Omfattningen av de MoU-avtal som har undertecknats av regeringen varierar, men omfattar främst informations- och erfarenhetsutbyte på försvarsområdet och försvarsmaterielområdet, gemensam anskaffning och utveckling av system, kunskaps- och teknologiöverföring, forsknings- och teknikutvecklingsamarbete, samövningar och utbildningsfrågor.

### **6.3.2 Undantag vid upphandling enligt internationella regler**

**Regeringens förslag:** Lagen ska inte gälla upphandling som omfattas av särskilda förfaranderegler enligt internationella avtal mellan stater i vissa fall eller av särskilda förfaranderegler hos en internationell organisation.

**Utredningens förslag** överensstämmer med regeringens.

**Remissinstanserna:** Ingen av remissinstanserna berör frågan.

**Skälen för regeringens förslag:** Direktivet ska enligt artikel 12 inte tillämpas på kontrakt som omfattas av:

a) särskilda förfaranderegler i enlighet med ett internationellt avtal eller en överenskommelse som ingåtts mellan en eller flera medlemsstater och ett eller flera tredje länder,

b) särskilda förfaranderegler i enlighet med ett internationellt avtal eller en överenskommelse som ingåtts om stationering av trupper och som berör en medlemsstat eller ett tredje lands åtaganden, eller

c) särskilda förfaranderegler som tillämpas av en internationell organisation som gör inköp för sitt eget bruk, och inte heller kontrakt som måste tilldelas av en medlemsstat i enlighet med sådana särskilda förfaranderegler.

I artikeln anges undantag från direktivets tillämpningsområde för kontrakt som tilldelas i enlighet med särskilda förfaranderegler som framgår av ett internationellt avtal eller överenskommelse eller som

tillämpas av en internationell organisation. Vilka kvalitativa krav som ställs på de särskilda förfarandereglerna framgår inte av direktivet, men det borde enligt regeringens mening avse ett antal uttryckliga regler som åtminstone berör tilldelning av kontrakt, anskaffningsprocessen och allmänna principer.<sup>73</sup>

I artikeln hänvisas till internationella avtal och överenskommelser. En sådan internationell överenskommelse kan bl.a. vara ett så kallat Memorandum of Understanding (MoU, samförståndsavtal) slutet mellan stater.

Såväl i artikel 12 a i direktivet som i motsvarande artiklar i det klassiska direktivet och försörjningsdirektivet undantas från tillämpningsområdet förfaranderegler i enlighet med ett internationellt avtal eller en överenskommelse som ingåtts mellan en medlemsstat och ett eller flera tredje länder. I de paragrafer som genomfört dessa artiklar, 1 kap. 5 § LOU och 1 kap. 14 § LUF, motsvaras medlemsstat av stat inom EES. Samma lösning bör väljas också för denna lag. Därför bör även stat inom EES omfattas av förslaget. I jämförelse med motsvarande bestämmelse i det klassiska direktivet (artikel 15 a) innehåller artikel 12 a inga begränsningar till vad det internationella avtalet eller överenskommelsen avser. Ett internationellt avtal eller en överenskommelse om stationering av trupper i artikel 12 b i direktivet kan avse stationering av en medlemsstats trupper i en annan medlemsstat eller i ett tredje land eller stationering av ett tredje lands trupper i en medlemsstat (beaktandesats 26).

I 1 kap. 5 § 2 LOU och i 1 kap. 14 § 2 LUF finns liknande bestämmelser som i artikel 12 b. I dessa paragrafer används begreppet militär personal i stället för trupper, vilket är den term som anges i både direktivet samt i motsvarande bestämmelser i det klassiska direktivet och i försörjningsdirektivet. Begreppet militär trupp förekommer visserligen i 18 kap. 4 § brottsbalken som gäller olovlig kårverksamhet. Regeringen anser emellertid att det är önskvärt att i så stor utsträckning som möjligt följa den terminologi som redan finns i LOU och LUF, varför begreppet militär personal i stället för trupper bör användas även i den nya lagen.

I punkten b i artikeln anges även ”som berör en medlemsstats eller ett tredje lands åtaganden”. Denna precisering är onödig eftersom det inte finns några andra stater (jfr prop. 2006/07:128 del 1 s. 288 angående 1 kap. 5 § LOU). Därför bör det endast anges ”som rör en stats åtaganden” i författningstexten.

Artikel 12 c i direktivet skiljer sig på ett mer väsentligt sätt från motsvarande artikel i det klassiska direktivet (artikel 15 c) genom tillägget ”och inte heller kontrakt som måste tilldelas av en medlemsstat i enlighet med sådana särskilda förfaranderegler”. Med tillägget avses t.ex. att en medlemsstat agerar på den internationella organisationens vägnar. Om situationen är den omvända, dvs. att den internationella organisationen agerar på en medlemsstats vägnar är däremot undantaget inte tillämpligt utan direktivet ska tillämpas. Med internationell organisation i punkten c avses bl.a. Nato.

<sup>73</sup> Jfr Generaldirektoratet för inre marknaden och tjänster, Guidance Note – Defence- and Security-specific exclusions, p. 3.

Av artikel 70 och 71 framgår att inte heller försörjningsdirektivet eller det klassiska direktivet ska gälla de upphandlingar som behandlas i artikel 12. De ska därför undantas också från LOU och LUF (se avsnitt 13.1.1).

### 6.3.3 Särskilda undantag

**Regeringens förslag:** Lagen ska innehålla särskilda undantag som delvis ska motsvara undantag i LOU och LUF, delvis ska vara nya för den föreslagna lagen.

**Regeringens bedömning:** En regel som anger att kommissionen ska underrättas om utgifter m.m. i anledning av att regeringen ingår samarbetsprogram med annan stat inom EES bör inte tas in i lagen.

**Utredningens förslag** överensstämmer med regeringens förslag och bedömning bortsett från att undantaget för hyra m.m. getts en något annorlunda utformning.

**Remissinstanserna:** *Konkurrensverket* framhåller att bestämmelser som medger undantag från skyldigheten att tillämpa försvars- och säkerhetsupphandlingslagen ska tolkas restriktivt. *Konkurrensverket* efterfrågar ett förtydligande av begreppet underrättelseverksamhet samt rörande forskning och utveckling. *Försvarets radioanstalt* (FRA) anser att begreppet underrättelseverksamhet bör tydliggöras i lagens förarbeten för att det ska framgå vilka upphandlingar som avses. Såsom förslaget är utformat skulle tolkning kunna göras att alla upphandlingar som en underrättelsetjänst genomför är undantagna från lagens tillämpningsområde. FRA ifrågasätter om detta varit avsikten med förslaget. I övrigt yttrar sig ingen av remissinstanserna i frågan.

**Skälen för regeringens förslag och bedömning:** I artikel 13 i direktivet anges de särskilda undantag när direktivet inte ska tillämpas. Av EG-domstolens praxis framgår att bestämmelser om undantag ska, som påpekats av *Konkurrensverket*, tolkas restriktivt och att det är den som åberopar undantaget som ska visa omständigheter som gör undantaget tillämpligt (se C-20/01 och C-28/01 Europeiska kommissionen mot Förbundsrepubliken Tyskland, REG 2003, s. I-3609, punkt 58).

I punkt a i artikel 13 finns en koppling till artikel 346.1 a i EUF-fördraget, enligt vilken ingen medlemsstat är skyldig att lämna sådan information vars avslöjande den anser strida mot sina väsentliga säkerhetsintressen. Fördragsbestämmelsen är begränsad till åtgärden att lämna ut information. Direktivbestämmelsen kompletterar fördragsbestämmelsen på så sätt att upphandlingen i dess helhet undantas, om det skulle medföra att sådan information som omfattas av fördragsbestämmelsen skulle röjas. Direktivet gör inte någon motsvarande koppling till bestämmelsen i artikel 346.1 b, enligt vilken medlemsstaten får vidta åtgärder, som den anser nödvändiga för att skydda sina väsentliga säkerhetsintressen i fråga om tillverkning av eller handel med vapen, ammunition och krigsmateriel; sådana åtgärder får inte försämra konkurrensvillkoren på den inre marknaden vad gäller varor som inte är

avsedda speciellt för militärändamål. Någon anpassning av fördragsbestämmelsen i artikel 346.1 b i direktivet har inte ansetts nödvändig. Bestämmelsen i punkt a är således främst av betydelse för området icke-militär säkerhet, som inte omfattas av artikel 346.1 b.

I punkt b undantas kontrakt som avser underrättelseverksamhet. Regeringen delar den bedömning *FRA* gör, att undantaget inte avser samtliga upphandlingar som görs av en underrättelsetjänst, utan det är begränsat till att omfatta endast ren underrättelseverksamhet som omfattas av direktivets tillämpningsområde. Enligt beaktandesats 27 i direktivet avses med undantaget upphandlingar som genomförs av underrättelsetjänster eller upphandlingar för all typ av underrättelseverksamhet, inbegripet kontraspionage, enligt medlemsstaternas definition. Det är här fråga om kontrakt på försvars- och säkerhetsområdet som är av så känslig karaktär att det vore olämpligt att tillämpa direktivet. Enligt punkt c undantas kontrakt som tilldelas inom ramen för ett samarbetsprogram rörande forskning och utveckling mellan minst två medlemsstater avseende utvecklandet av en ny produkt och, i förekommande fall, de senare skedena av hela eller delar av produktens livslängd. Bestämmelsen avser enligt beaktandesats 28 i direktivet t.ex. samarbetsprogram som förvaltas av internationella organisationer såsom Gemensamma organisationen för samarbete om försvarsmateriel (OCCAR) och Nato (genom särskilda organ) eller av Europeiska unionens organ, t.ex. Europeiska försvarsbyrån (EDA). Sådana program anses vidare särskilt viktiga genom att de dels bidrar till att utveckla ny teknik, dels innebär delade kostnader för forsknings- och utveckling avseende t.ex. komplicerade vapensystem. Undantaget i punkten c avser endast sådan upphandling som sker inom ramen för ett samarbetsprogram avseende forskning och utveckling såsom det definieras i artikel 1.27 i direktivet. Definitionen av forskning och utveckling har förts in i 2 kap. 9 § i lagen, dock med den skillnaden att förtydligandet i direktivet, att "experimentell utveckling kan omfatta utformning av tekniska demonstratorer, det vill säga medel för att demonstrera ett nytt koncept eller ny tekniks funktion i en relevant eller typisk miljö", har uteslutits. I beaktandesats 13 i direktivet förklaras vad som avses med forskning och utveckling. Av detta följer att upphandling av på marknaden befintliga varor inte omfattas av undantaget. Samarbetsprogrammet kan dock i vissa fall omfatta även senare faser av en produkts livslängd, t.ex. produktion och underhåll. Upphandling som sker i dessa senare faser omfattas också av undantaget i punkten c under förutsättning att dessa sker inom ramen för samarbetsprogrammet.

Samarbetsprogrammet i punkten c ska, till skillnad från undantagsbestämmelsen rörande sådan forskning och utveckling som avses i punkten j, ha ingåtts mellan minst två medlemsstater. Därutöver finns det inget som hindrar att även tredje land ingår i programmet. Avgörande för att tillämpa undantaget bör vara att det föreligger ett genuint samarbetsprogram, där deltagande stater bl.a. delar på den tekniska och finansiella risken samt deltar i förvaltningen och besluts-

fattandet.<sup>74</sup> I enlighet med vad som anförs ovan i avsnitt 6.1 föreslås att de svenska bestämmelserna ska ange ”stat inom EES” i stället för ”medlemsstat” som anges i direktivet.

Sista meningen i punkten c anger att medlemsstaterna ska ge kommissionen viss information vid ingåendet av ett samarbetsprogram rörande forskning och utveckling med en annan medlemsstat. Eftersom denna bestämmelse riktar sig till medlemsstaten och inte till den upphandlande myndigheten eller enheten finns det enligt regeringens mening inget behov av att ta in en sådan bestämmelse i lagen.

I punkten d avses kontrakt, även kontrakt avseende civila inköp, som ingås med ekonomiska aktörer i områden utanför unionens territorium – i tredje land. Avsikten torde vara att undanta upphandling som sker för kortare akuta operationer till skillnad från artikel 12 c i direktivet som avser längre stationering av trupper.<sup>75</sup>

För att tillämpa undantaget i punkten d krävs bl.a. att det av operativa skäl är nödvändigt att ingå kontrakt med leverantörer i det område där operationen genomförs. Vad som avses med operativa skäl eller område har inte preciserats vare sig i artikeln eller i någon beaktandesats. Vad som utgör operativa skäl eller är ett område i direktivets mening kan inte närmare anges utan får avgöras från fall till fall. Med begreppet område bör enligt regeringens uppfattning inte bara avses den nation där operationen genomförs utan även det område som angränsar till detta. Vad gäller tjänster torde bestämmelsen främst komma ifråga för upphandlingar av B-tjänster av lokal beskaffenhet, dvs. hjälptjänster och tjänster i anslutning till transporter, juridiska tjänster m.m. Med tredje land avses inte EES-länderna, varför bestämmelsen i lagen utformas så, att den omfattar köp utanför EES.

Undantaget från tillämpningen av direktivet gäller även kontrakt avseende civila inköp som görs under de förutsättningar som anges i punkten d. Dessa inköp ska enligt beaktandesats 29 i direktivet ha en direkt anknytning till genomförandet av de väpnade styrkornas eller säkerhetsstyrkornas operationer.

Punkten e avser förvärv eller hyra av fast egendom m.m. och är identisk med första meningen i motsvarande artikel i såväl det klassiska direktivet som försörjningsdirektivet, vilka genomförts i 1 kap. 6 § LOU respektive 1 kap. 19 § LUF. Till skillnad mot utredningen bedömer regeringen att regeln bör utformas så, att den i enlighet med motsvarande undantag i LOU och LUF och bakomliggande direktivbestämmelser begränsar undantaget till hyra m.m. av *befintlig* byggnad. Bestämmelsen innebär således att en upphandlande myndighet eller enhet som avser att ingå en överenskommelse med ett företag om att hyra en fastighet efter att den uppförts ska annonsera hyrestjänsten. Vidare anser regeringen att bestämmelserna i 1 kap. 6 § andra stycket LOU och 1 kap. 19 § andra stycket bör LUF tillföras bestämmelsen i den nya lagen, som definierar fastighet och inkluderar befintlig byggnad som tillhör någon annan än ägaren till jorden i fastighetsbegreppet. Likaså inkluderas tillbehör till

<sup>74</sup> Jfr Generaldirektoratet för inre marknaden och tjänster, Guidance note – Defence- and security-specific exclusions, p. 16.

<sup>75</sup> Jfr Generaldirektoratet för inre marknaden och tjänster, Guidance note – Defence- and security-specific exclusions, p. 19.

byggnaden som avses i 2 kap. 2 och 3 §§ jordabalken, om de tillhör byggnadens ägare.

Punkten f avser upphandlingar som görs av en regering från en annan regering. Regering definieras i artikel 1.9 i direktivet såsom en nationell, regional eller lokal regering i en medlemsstat eller ett tredje land. Bestämmelsen gäller kontrakt som tilldelas en regering av en annan regering oavsett om det gäller en regering inom EU eller EES eller om det gäller tredje land.

Undantaget för skiljemanna- och förlikningsuppdrag i punkten g, för finansiella tjänster i punkten h, anställningskontrakt i punkten i och för forsknings- och utvecklingstjänster i punkten j återfinns även i LOU och LUF (1 kap. 6 § första stycket punkterna 3–6 respektive 1 kap. 19 § första stycket 2–5).

I samband med det nya direktivet har ändringar i det klassiska direktivet och försörjningsdirektivet antagits, vilka anger bl.a. att de sistnämnda direktiven inte heller ska tillämpas för upphandlingar som är undantagna från det nya direktivet enligt artikel 13 (se artiklarna 70 och 71). Bestämmelser som anger att inte heller LOU eller LUF gäller när det är fråga om sådana upphandlingar bör följaktligen införas i LOU och LUF (se beträffande dessa ändringar avsnitt 13.1.1).

### 6.3.4 Upphandling som rör krigsmateriel m.m.

**Regeringens förslag:** För upphandling som omfattas av artikel 346.1 b i EUF-fördraget får regeringen i enskilda fall besluta om de undantag från bestämmelserna i lagen som är nödvändiga med hänsyn till rikets väsentliga säkerhetsintressen. Försvarets materielverk, Försvarmakten och Försvarets radioanstalt ska få rätt att själva besluta om sådana undantag i vissa fall.

**Utredningens förslag:** Överensstämmer delvis med regeringens. Utredningen föreslår dock att regeringens rätt att besluta om undantag för krigsmateriel m.m. endast ska avse upphandling av varor och tjänster. I utredningens förslag är undantagsbestämmelsen uppdelad i två punkter som avser dels undantag för annonsering, dels undantag i övrigt från bestämmelserna i lagen som är nödvändiga med hänsyn till försvars- och säkerhetspolitiska intressen. Utredningens förslag innehåller också ett bemyndigande för Säkerhetspolisen att i viss utsträckning göra undantag från kravet på upphandling.

**Remissinstanserna:** Några remissinstanser berör bemyndigandena rörande undantag från bestämmelserna av försvars- och säkerhetspolitiska skäl. *Försvarmakten* anser att det inte finns några sakliga skäl till att ge *Försvarmakten* en snävare beslutanderätt i detta hänseende än den som enligt lagförslaget anförs åt FMV. *Försvarmakten* vill därför själv få möjlighet att besluta om upphandlingar vilkas värde uppgår till högst 25 000 000 kronor. *Försvarets radioanstalt (FRA)* anser att värdet på upphandlingar som kan undantas bör höjas, i synnerhet med hänsyn till de relativt höga kontraktsvärden som det ofta är fråga om vid upphandlingar inom försvars- och säkerhetsområdet. Den nuvarande nivån har varit densamma i flera år.

FRA anser att ett rimligt värde i stället borde vara 10 000 000 kronor. Fortifikationsverket ifrågasätter FMV:s rätt i lagen att besluta om vissa undantag från bestämmelserna vid upphandlingar avseende byggtreprenader inom ramen för vissa internationella överenskommelser. Fortifikationsverket har bland sina uppgifter enligt 5 § förordningen (2007:758) med instruktion för Fortifikationsverket 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 byggtreprenader. Mot denna bakgrund anser Fortifikationsverket att, om beslut om undantag avseende byggtreprenader ska ingå i bestämmelsen, bör rätten att fatta sådana beslut ges till Fortifikationsverket såsom ansvarig myndighet inom området.

**Skälen för regeringens förslag:** Enligt artikel 2 i direktivet undantas upphandlingar som omfattas av artikel 346 i EUF-fördraget från direktivets tillämpningsområde. En motsvarande bestämmelse finns i artikel 10 i direktiv 2004/18/EG. I LOU omfattas sådana upphandlingar av det icke direktivstyrda kapitlet, nämligen 15 kap.

Utredningen gör bedömningen att det inte är lämpligt med en liknande lösning som i LOU i förevarande lag, bl.a. eftersom det icke direktivstyrda kapitlet i lagförslaget saknar de bestämmelser i direktivet som är särskilt anpassade för upphandlingar på försvars- och säkerhetsområdet, såsom bestämmelserna om informationssäkerhet och försörjningstrygghet. Utredningen anser att det är olämpligt att hänvisa de allra mest känsliga upphandlingarna till ett kapitel som helt saknar dessa anpassningar. Utredningen menar vidare att om förutsättningarna för att tillämpa artikel 346.1 b i EUF-fördraget är uppfyllda och direktivets regler inte kan tillämpas får det i stället beslutas om undantag. Ett sådant undantag från tillämpningsområdet för upphandlingar som omfattas av artikel 346.1 b i EUF-fördraget borde enligt utredningen utformas i enlighet med det som i dag finns i 15 kap. 22 § LOU, men placeras i första kapitlet. Utredningen föreslår därför att en bestämmelse som ger regeringen rätt att medge undantag för upphandlingar som gäller rikets säkerhet, motsvarande 15 kap. 22 § LOU, inte ska införas i 15 kap. i lagen. Bestämmelsen återfinns i stället i utredningens förslag i 1 kap. 9 §.

Regeringen delar inte utredningens bedömning att de nya bestämmelserna som är särskilt anpassade för upphandlingar på försvars- och säkerhetsområdet, såsom bestämmelserna om informationssäkerhet, försörjningstrygghet och underentreprenad, ska gälla enbart upphandlingar som omfattas av direktivet. De möjligheter som direktivet ger de upphandlande myndigheterna och enheterna att använda sig av dessa regler bör också kunna tillämpas för upphandlingar som inte omfattas av direktivet. Dessa bestämmelser bör således göras tillämpliga även på upphandlingar som endast omfattas av 15 kap. (se avsnitt 9–11).

Däremot delar regeringen utredningens bedömning att de undantag för rikets väsentliga säkerhetsintressen som avses i artikel 346.1 a i EUF-fördraget bör tas in i 1 kap. under särskilda undantag (se avsnitt 6.3.3 ovan). Det innebär, enligt regeringens mening, att även regleringen av undantaget i artikel 346.1 b bör tas in i 1 kap. Således bör inte heller en

hänvisning göras som innebär att 15 kap. ska tillämpas för dessa upphandlingar.

Regeringen delar vidare utredningens bedömning att undantag för upphandlingar som rör krigsmateriel m.m. som omfattas av artikel 346.1 b EUF-fördraget ska underkastas regeringens prövning. Bestämmelsen bör i enlighet med utredningens förslag placeras i anslutning till de särskilda undantagen i lagens första kapitel. Bestämmelsen bör, som motsvarande bestämmelse i 15 kap. 22 § LOU i dag, innehålla en rätt för regeringen att i enskilda fall besluta om undantag. Utredningens förslag är emellertid begränsad till att avse undantag från de bestämmelser som är nödvändiga med hänsyn till försvars- och säkerhetspolitiska intressen. I syfte att bringa bestämmelsen i bättre överensstämmelse med artikel 346.1 b i EUF-fördraget bör den formuleras på så sätt, att undantag får medges från de bestämmelser som är nödvändiga med hänsyn till rikets väsentliga säkerhetsintressen. Undantag kan därför enligt förslaget medges i de fall det är nödvändigt för att skydda rikets väsentliga säkerhetsintressen i fråga om tillverkning av eller handel med vapen, ammunition och krigsmateriel. Sådana åtgärder får vidare enligt fördragsbestämmelsen inte försämma konkurrensvillkoren på den inre marknaden vad gäller varor som inte är avsedda speciellt för militärändamål.

Bestämmelsen kommer troligtvis att huvudsakligen gälla undantag för upphandling av varor, men kan komma att avse även upphandling av tjänster som är hänförliga till sådan materiel som omfattas av bestämmelsen. Det kan enligt regeringens mening inte heller uteslutas att upphandling av byggtreprenad kan komma att omfattas av ett beslut om undantag. Bestämmelsen bör därför, till skillnad från utredningens förslag, ges en generell utformning. Den bör således ge möjlighet till undantag för upphandling som omfattas av artikel 346.1 b i EUF-fördraget utan att vara begränsad till att avse endast upphandling av varor eller tjänster.

Den uppdelning av den nu gällande bestämmelsen om undantag i 15 kap. 22 § LOU och LUF i en punkt som gäller undantag från annonsering och en punkt som gäller undantag från övriga bestämmelser i kapitlet som är nödvändiga med hänsyn till försvars- och säkerhetspolitiska intressen är betingad av en bakomliggande direktivbestämmelse i artikel 14 i det klassiska direktivet respektive artikel 21 i försörjningsdirektivet. Dessa artikelbestämmelser ger i viss utsträckning möjlighet till undantag enbart på grund av sekretess utan att det gäller sådana försvars- och säkerhetspolitiska intressen som anges i andra punkten. Något undantag på grund av enbart sekretess finns inte i direktivet på försvars- och säkerhetsupphandlingsområdet beroende på att detta direktiv anpassats till särskilt känsliga upphandlingar. Uppdelningen av bestämmelsen, som överfördes till nuvarande 15 kap. LOU och LUF från motsvarande bestämmelse i 6 kap. 17 § lagen (1992:1528) om offentlig upphandling i samband med att regler om obligatorisk annonsering infördes för icke direktivstyrda upphandlingar (prop. 1999/2000:128 s. 31 och 32), är därför inte motiverad i nu föreslagen lagstiftning. Någon särskild bestämmelse om undantag från reglerna om annonsering föreslås därför inte.

Ett regeringsbeslut om undantag från bestämmelserna i lagen omfattar således de bestämmelser som är nödvändiga med hänsyn till rikets väsentliga säkerhetsintressen. Det ankommer på den upphandlande myndighet eller enhet som beviljats undantaget att själv pröva om det finns några bestämmelser i lagen som kan tillämpas trots undantaget. Om den upphandlande myndigheten eller enheten bedömer t.ex. att undantaget ändå medger att två eller flera leverantörer tillfrågas ska denna förfrågan behandlas i överensstämmelse med likabehandlingsprincipen. Leverantörerna ska därför erhålla samma underlag och ges lika och tillräcklig tid att svara på förfrågan och deras anbud ska bedömas efter samma kriterier på ett objektiva sätt. Om den upphandlande myndigheten eller enheten hänför sig till tekniska specifikationer i underlaget, så bör den inte hänvisa till särskilt varumärke eller på annat sätt diskriminera tänkbara anbudsgivare med mindre än att det är nödvändigt med hänsyn till rikets väsentliga säkerhetsintressen. Det är naturligtvis av särskild betydelse att den upphandlande myndigheten eller enheten prövar i vilken utsträckning de grundläggande principerna i 1 kap. 10 § kan beaktas inom ramen för undantaget.

De bemyndiganden som rör undantag som i dag finns i 15 kap. 22 § andra och tredje styckena LOU bör tas in i den föreslagna bestämmelsen om undantag för krigsmateriel m.m. Bemyndigandet bör emellertid inte omfatta Säkerhetspolisen, vars verksamhet inte torde vara relevant för bestämmelsen. Det högre beloppet för FMV motiveras av det stora antal offentliga upphandlingar som myndigheten genomför. Vidare bör, enligt regeringens mening, FMV:s bemyndigande innefatta inte bara upphandling av varor och tjänster utan även byggtreprenader såsom gäller redan i dag enligt 15 kap. 22 § andra stycket LOU (se prop. 2009/10:180 del 1 s. 302). Bemyndigandet för FMV:s del avseende byggtreprenader torde bli aktuellt enbart i undantagsfall, t.ex. om det är fråga om en kompletterande entreprenad i anslutning till upphandling av utrustning och tjänster. Regeringen anser därför inte att det är motiverat med ett bemyndigande för Fortifikationsverket avseende byggtreprenader som verket föreslår.

Lagens tröskelvärden för upphandling av varor och tjänster, som är högre än motsvarande värden i LOU, är en följd av att även upphandlande enheter inom försörjningssektorerna omfattas av lagen. Regeringen anser därför att tröskelvärdena inte utgör skäl att höja gränserna för de upphandlande myndigheter som omfattas av bestämmelsen med bemyndiganden.

Av 15 kap. 2 § i utredningens lagförslag framgår bl.a. att 16 kap. är tillämpligt på upphandlingar enligt 15 kap. Hänvisningen till 16 kap. i lagens inledande bestämmelser enligt utredningens förslag utgör därför en dubbelreglering som enligt regeringens mening kan undvaras.

## 6.4 Anskaffning från egna företag

**Regeringens bedömning:** Något temporärt undantag så att statliga eller kommunala myndigheter inte behöver tillämpa lagen vid anskaffning från egna företag, under förutsättning att kontroll- och verksamhetskriterierna är uppfyllda, bör inte tas in i lagen.

**Utredningen** gör ingen sådan bedömning.

**Remissinstanserna:** *Konkurrensverket* föreslår att en bestämmelse om Teckal-kriterierna motsvarande den som finns i LOU ska tas in i lagen. Sverige saknar, såvitt Konkurrensverket känner till, ägarintressen i svenska försvarsindustriföretag. Det finns, enligt verket, inte heller anledning att tro att detta kommer att förändras inom en snar framtid, men verkligheten ser annorlunda ut i andra medlemsstater. I dagsläget, anför Konkurrensverket, finns ingen anledning att aktualisera en tillämpning av detta undantag, men frågan kan komma att aktualiseras i framtiden.

**Skälen för regeringens bedömning:** En upphandlande myndighet som anskaffar varor eller tjänster från en från myndigheten fristående person är normalt sett upphandlingsskyldig. Av EU-domstolens praxis följer emellertid att det under vissa förutsättningar finns EU-rättslig möjlighet att tillämpa upphandlingsdirektiven på så sätt att vissa avtal inte anses omfattas av direktiven. I EU-domstolens dom i mål nr C-107/98 Teckal<sup>76</sup> lades grunden för en sådan tillämpning genom de s.k. kontroll- och verksamhetskriterierna (Teckal-kriterierna). Dessa anger när en upphandlande myndighet och en i formellt hänseende fristående enhet ska ses som ett och samma rättssubjekt på så sätt att det i direktivets mening inte föreligger något kontrakt då anskaffning sker.

Regeringsrätten (nuvarande Högsta förvaltningsdomstolen) fann i det s.k. SYSAV-avgörandet (RÅ 2008 ref. 26) att frågan om tillämpning av Teckal-kriterierna inte aktualiserades eftersom den nationella lagstiftningen i Sverige inte innehåller några undantag från upphandlingsskyldigheten som motsvarar EU-domstolens praxis i form av Teckal-kriterierna.

I Sverige har en betydande del av den kommunala verksamheten organiserats i bolagsform och staten är en stor ägare av företag.

Med anledning av det ovan anförda finns sedan den 15 juli 2010 en reglering i 2 kap. 10 a § LOU som innebär att en upphandlande myndighet inte behöver tillämpa lagen vid anskaffningar från egna företag, under förutsättning att verksamhets- och kontrollkriterierna är uppfyllda. Lösningen är temporär och 2 kap. 10 a § LOU ska upphöra att gälla den 1 januari 2013 (SFS 2010:570).

Frågan om det i ett längre perspektiv är lämpligt med en permanent reglering utreds för närvarande av Utredningen om offentliga företag – upphandling, kontroll, insyn (dir. 2009:81). Utredningen ska analysera om det finns ett behov av ett generellt eller sektoriellt undantag från kravet på att stat, kommuner och landsting ska vara skyldiga att tillämpa

<sup>76</sup> EU-domstolens dom i mål nr C-107/98 Teckal Srl mot Comune di viano och Azienda Gas-Acqua Consorziiale di Reggio Emilia, REG 1999 s. I-8121

LOU, när de anskaffar varor eller tjänster från företag som de helt eller delvis innehar eller är medlemmar i. Utredaren ska vidare analysera om det finns behov av ett sådant undantag i fråga om kommunal samverkan i offentligrättslig form eller om det finns behov av särskilda undantagsbestämmelser för sådana samverkansformer. Utredningen ska, till följd av ett tilläggsdirektiv, redovisa sitt uppdrag senast den 29 april 2011 (dir. 2010:115).

Vad gäller den nu aktuella lagen har det inte framkommit att det finns något omedelbart behov av en reglering motsvarande kontroll- och verksamhetskriterierna. Eftersom utredningen inte har behandlat frågan saknas också beredningsunderlag. Mot bakgrund av detta anser regeringen, till skillnad från *Konkurrensverket*, att det i vart fall inte bör tas in något temporärt undantag motsvarande det som finns i LOU om att en upphandlande myndighet eller enhet, när kontroll- och verksamhetskriterierna är uppfyllda, inte behöver tillämpa lagen vid anskaffning från egna företag. Regeringen anser vidare att frågan om en permanent reglering i lagen bör övervägas i ett annat sammanhang.

## 6.5 Definitioner

**Regeringens förslag:** Definitioner av olika begrepp ska tas in i ett särskilt kapitel i lagen.

**Regeringens bedömning:** Direktivets definitioner av begreppen regering, anbudsgivare, ekonomisk aktör och skriftlig bör inte tas in i lagen.

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

**Remissinstanserna:** *Försvarets materielverk (FMV)* anser att begreppet upphandling bör användas konsekvent i stället för begreppet kontrakt, eftersom upphandling är mer korrekt då det är en beskrivande beteckning på förfarandet till skillnad från begreppet kontrakt som utgör beteckningen på resultatet av upphandlingen. Detta bör därför användas konsekvent om det inte finns något särskilt skäl till annat begrepp. FMV har till exempel noterat att det i 1 kap. 8 § inledningsvis anges att lagen inte gäller för "kontrakt" medan det i enlighet med vad som nyss angivits borde vara "upphandling". Ingen av remissinstanserna i övrigt berör frågan.

**Skälen för regeringens förslag och bedömning:** Direktivet innehåller en mängd begrepp vilka definieras i en inledande artikel. Det klassiska direktivet och försörjningsdirektivet har en motsvarande inledande artikel med definitioner. Definitionerna i försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet är till övervägande del likalydande med dem i det klassiska direktivet och försörjningsdirektivet, men vissa definitioner har tillförts som särskilt avser försvars- och säkerhetsområdet.

Regeringen anser att de flesta av direktivets definitioner bör tas in i lagen och att de ska samlas i ett särskilt inledande kapitel i överensstämmelse dels med direktivet, dels med LOU och LUF.

Några av direktivets definitioner bör emellertid, enligt regeringens mening, inte tas in i lagen. Direktivets definition av regering (artikel 1.9) avser enbart tyska och österrikiska delstater och krävs därför inte i den svenska lagen. Någon definition av regering tas därför inte in i lagens definitionskapitel.

Direktivet innehåller i likhet med det klassiska direktivet och försörjningsdirektivet en definition av anbudsgivare (artikel 1.16). Definitionen, som inte tagits in i LOU i LUF, får anses överflödigt och tas därför inte heller in i denna lag.

Direktivets definition av ekonomisk aktör (artikel 1.14), som är en samlande benämning på entreprenör, varuleverantör och tjänsteleverantör, används i direktivet enbart i förenklande syfte. Definitionen finns inte i LOU eller LUF och bör därför, enligt regeringens mening, inte heller tas in i den nya lagen. Som samlande benämning anser regeringen att begreppet leverantör bör användas, vilket överensstämmer med regleringen i LOU och LUF.

I artikel 1.24 i direktivet definieras begreppet skriftlig. Avseende LOU och LUF gjorde regeringen, med hänvisning till Regeringsrättens avgörande RÅ 2009 ref. 70, bedömningen att det inte fanns ett behov av något förtydligande av begreppet eftersom det fick anses klarlagt att ett krav på skriftlighet kan uppfyllas även elektroniskt (prop. 2009/10:180 del 1 s. 305–307). Regeringen ser inte skäl att nu göra någon annan bedömning och anser därför att direktivets definition av begreppet inte bör tas in i lagen.

Beträffande begreppen upphandling och kontrakt instämmer regeringen i påpekandet från *FMV* att upphandling, i likhet med ordalydelsen i LOU och LUF, ska användas när det inte finns skäl att ersätta det med begreppet kontrakt. I det av *FMV* anförda exemplet avseende särskilda undantag i 1 kap. 8 § i lagen, anser emellertid regeringen att begreppet kontrakt är motiverat, såsom i motsvarande bestämmelse i LOU och LUF, med hänsyn till att det där rör sig om ett avtal som sluts utan det förfarande som ryms i definitionen av upphandling. Det är således enbart frågan om att tilldela ett kontrakt.

Förutom de definitioner som följer av det klassiska direktivet och försörjningsdirektivet innehåller LOU och LUF definitioner som endast gäller för upphandling som inte omfattas av direktivets tillämpningsområde. Dessa definitioner bör, enligt regeringens mening, också tas in i det särskilda definitionskapitlet i den nu aktuella lagen.

Vissa definitioner behandlas närmare i det särskilda avsnitt som rör respektive begrepp.

## 6.6 Tröskelvärden

**Regeringens förslag:** Lagen ska tillämpas på kontrakt vilkas värde beräknas uppgå till minst de belopp (tröskelvärden) som Europeiska kommissionen vid varje tid har beslutat eller lämnat meddelande om.

För kontrakt under tröskelvärdena och för kontrakt avseende vissa tjänster ska bestämmelserna i 15 kap. om upphandlingar som inte omfattas av direktivet gälla.

**Utredningens förslag** överensstämmer med regeringens.

**Remissinstanserna:** Flertalet remissinstanser kommenterar inte förslaget särskilt. *Konkurrensverket* tillstyrker förslaget.

**Skälen för regeringens förslag:** I artikel 8 i direktivet regleras frågan om tröskelvärden. Direktivet ska tillämpas på kontrakt vilkas värde exklusive mervärdesskatt beräknas uppgå till 412 000 euro för varu- och tjänstekontrakt samt 5 150 000 euro för byggtreprenadkontrakt. Direktivets tröskelvärden överensstämmer med tröskelvärdena i försörjningsdirektivet. Orsaken till det är enligt beaktandesats 25 i direktivet att en mångfald olika tröskelvärden för tillämpningen leder till problem för de upphandlande myndigheterna eller enheterna. Med tanke på det genomsnittliga värdet för kontrakt på försvars- och säkerhetsområdet valdes att anpassa tröskelvärdet till de tröskelvärden som de upphandlande enheterna redan måste följa vid tillämpningen av LUF. Regeringen anser därför att en bestämmelse om tröskelvärden i den föreslagna lagen bör utformas i överensstämmelse med motsvarande bestämmelse i 3 kap. 1 § LUF.

Tröskelvärdena ska enligt direktivet, liksom enligt det klassiska direktivet och försörjningsdirektivet, revideras av kommissionen en gång vartannat år. I anslutning till sådana revideringar utfärdar kommissionen en förordning som anger de nya värdena samt ett meddelande med de till de nya värdena i euro kopplade beloppen i de andra valutorna. Nu gällande värden finns i kommissionens förordning (EG) nr 1177/2009<sup>77</sup> och kommissionens meddelande (2009/C 292/01) om motvärden till tröskelvärdena i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG, 2004/18/EG och 2009/81/EG.<sup>78</sup>

Tröskelvärdena framgår av regeringens tillkännagivande (2010:53) av tröskelvärden vid offentlig upphandling.

Regler om beräkning av värdet av ett kontrakt, förbud mot uppdelning av upphandlingar samt upphandling av delkontrakt med flera bestämmelser som påverkar beräkningen av kontraktets värde överensstämmer i stort med dem i LOU och LUF.

Om värdet av en upphandling understiger de tröskelvärden som anges ska endast 15 kap. i lagen tillämpas. Detta kapitel ska även gälla för B-tjänster oavsett värde. Den nya lagens 15 kap. bör utformas i enlighet med bestämmelserna i 15 kap. LOU.

<sup>77</sup> EUT L 314, 1.12.2009, s. 64 (Celex 32009R1177).

<sup>78</sup> EUT C 292, 2.12.2009, s. 1 (Celex 52009XC1202(01)).

## 6.7 Vissa grundläggande EU-rättsliga principer

**Regeringens förslag:** Lagen ska innehålla en bestämmelse som anger att de upphandlande myndigheterna och enheterna ska följa principerna om icke-diskriminering, likabehandling, öppenhet och ömsesidigt erkännande samt proportionalitetsprincipen. Bestämmelsen ska gälla såväl det direktivstyrda som det icke direktivstyrda området.

**Regeringens bedömning:** En regel, som anger att inga av de bestämmelser, förfaranden, program, avtal, system eller kontrakt som avses med bestämmelserna om undantag får tillämpas i syfte att kringgå bestämmelserna i denna lag, bör inte tas in i lagen.

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

**Remissinstanserna:** Ingen av remissinstanserna yttrar sig i frågan.

**Skälen för regeringens förslag och bedömning:** Av artikel 4 i direktivet framgår att upphandlande myndigheter eller enheter ska behandla ekonomiska aktörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt och förfara på ett öppet sätt.

Direktivet om upphandling inom försvars- och säkerhetsområdet är i likhet med det klassiska direktivet och försörjningsdirektivet baserat på EUF-fördraget även om det i fördraget inte finns någon bestämmelse som direkt hänvisar till offentlig upphandling. Upphandlande myndigheter och enheter ska alltid följa EUF-fördragets bestämmelser och principer när de ingår offentliga kontrakt som omfattas av fördraget. Det rör sig bl.a. om principerna om fri rörlighet för varor (artikel 34 i EUF-fördraget), rätten till fri etablering (artikel 49), fritt tillhandahållande av tjänster (artikel 56) samt principerna om icke-diskriminering och likabehandling, öppenhet, proportionalitet och ömsesidigt erkännande.

Av beaktandesats nr 15 i direktivet framgår bl.a. att principerna gäller även för kontrakt som inte helt omfattas av direktivet.

”Tilldelning av kontrakt som ingås i medlemsstaterna av upphandlande enheter som avses i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster och upphandlande myndigheter som avses i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster 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 erkännande, proportionalitetsprincipen och öppenhetsprincipen.

Kraven beträffande öppenhet och konkurrens för kontrakt som ligger under de tröskelvärden som fastställts för tillämpningen av detta direktiv bör fastställas av medlemsstaterna i enlighet med

dessa principer med särskild hänsyn till eventuella gränsöverskridande intressen. Medlemsstaterna bör särskilt fastställa hur sådana kontrakt bör tilldelas.”

Att principerna gäller även för kontrakt vilkas värde inte uppgår till tillämpligt tröskelvärde och kontrakt som avser B-tjänster stöds av EU-domstolens praxis<sup>79</sup>.

I likhet med motsvarande artikelbestämmelse i det klassiska direktivet och försörjningsdirektivet anger artikel 4 i direktivet principerna om likabehandling, icke-diskriminering och öppenhet. Principen om ömsesidigt erkännande och proportionalitetsprincipen anges således inte. Eftersom de enligt EU-rätten ska beaktas av de upphandlande myndigheterna och enheterna anser regeringen att de bör, i överensstämmelse med LOU och LUF, också omfattas av lagbestämmelsen.

Principen om *icke-diskriminering* innebär att även om den upphandlande enheten inte förväntar sig några utländska anbud får den vid utformandet av förfrågningsunderlaget inte införa krav som enbart svenska företag känner till eller kan utföra.

Principen om *likabehandling* innebär att alla leverantörer ska ges så lika förutsättningar som möjligt. Alla måste t.ex. få den information som är av relevans för upphandlingen vid samma tillfälle.

Med *öppenhet* avses främst skyldigheten för den upphandlande enheten att lämna information om upphandling och det praktiska tillvägagångssättet vid denna samt rätten för leverantörer att få tillgång till denna information så att de i förväg känner till vad som gäller vid upphandlingen.

*Proportionalitetsprincipen* innebär att den upphandlande enheten i en upphandling inte får ställa större krav på leverantören eller leveransen än som behövs och vad som får anses vara ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen. Kraven ska således ha ett naturligt samband med och stå i proportion till det behov som ska täckas.

Principen om *ömsesidigt erkännande* innebär att intyg och certifikat som har utfärdats av en medlemsstats behöriga myndigheter ska anses som gällande också i andra medlemsstater.

I artikel 11 i direktivet finns en bestämmelse som rör undantagen beträffande kontrakt som tilldelas i enlighet med internationella regler och de särskilda undantagen och som anger att inga av de bestämmelser, förfaranden, program, avtal, system eller kontrakt som nämns i undantagsbestämmelserna får tillämpas i syfte att kringgå bestämmelserna i direktivet. Ett sådant förfarande att sluta avtal med en leverantör i syfte att kringgå bestämmelserna i direktivet är enligt regeringens mening inte förenligt med de grundläggande principerna och kräver därför inte någon särskild reglering. En bestämmelse härom tas därför inte in i lag.

<sup>79</sup> EU-domstolens dom i mål nr C-507/03 Europeiska kommissionen mot Irland, REG 2007 s. I-09777, p. 29.

## 7 Upphandlingsförfaranden

### 7.1 Selektivt och förhandlat förfarande

**Regeringens förslag:** Bestämmelser om selektivt förfarande och förhandlat förfarande ska tas in i den nya lagen. Förfarandena ska få användas vid upphandling som omfattas av direktivets tillämpningsområde.

Förhandlat förfarande med föregående annonsering ska få användas utan begränsning. Förhandlat förfarande utan föregående annonsering ska få användas i vissa särskilt angivna fall.

**Regeringens bedömning:** I den författningstext som reglerar förhandlat förfarande med föregående annonsering bör det inte anges att den upphandlande myndigheten eller enheten under förhandlingen ska säkerställa lika behandling av samtliga anbudsgivare.

En upphandlande myndighets eller enhets skyldighet att i en efterannons motivera användandet av förhandlat förfarande utan föregående annonsering bör inte anges i den författningstext som reglerar förfarandet.

**Utredningens förslag:** Överensstämmer delvis med regeringens. Utredningen föreslår emellertid att upphandlande myndigheters och enheters skyldighet att i en efterannons motivera användningen av förhandlat förfarande utan föregående annonsering ska framgå av den författningstext som reglerar förfarandet. Vidare föreslår utredningen även i övrigt en delvis annan utformning av förfarandets reglering.

**Remissinstanserna:** Ingen av remissinstanserna yttrar sig särskilt i dessa frågor.

### Skälen för regeringens förslag och bedömning

#### *Upphandlingsförfaranden i direktivet*

De huvudsakliga upphandlingsförfarandena i direktivet är, enligt artikel 25, selektivt förfarande och förhandlat förfarande med föregående annonsering. Under vissa förutsättningar får även förhandlat förfarande utan föregående annonsering tillämpas. Under vissa förhållanden får upphandlingen genomföras genom en konkurrenspräglad dialog, vilket behandlas i avsnitt 7.3. Till skillnad från det klassiska direktivet och försörjningsdirektivet finns öppet förfarande inte omnämnt i direktivet.

#### *Selektivt förfarande*

Av artikel 25 i direktivet framgår att en upphandlande myndighet eller enhet vid upphandling får tillämpa det selektiva förfarandet. Selektiva förfaranden definieras i artikel 1.19 i direktivet som förfaranden som varje ekonomisk aktör kan begära att få delta i, men där endast sådana ekonomiska aktörer får lämna anbud som får en inbjudan av den upphandlande myndigheten eller enheten.

I ett selektivt förfarande bjuder den upphandlande myndigheten eller enheten genom annons in tänkbara leverantörer att ansöka om att få lämna anbud (artikel 30 i direktivet). Efter annonseringen, i vilken kraven på leverantören ska finnas, styrker leverantören sin förmåga i olika avseenden genom intyg samt begär att få delta i anbudstävlingen (anbudsansökan). Mot bakgrund av de kriterier och regler som angivits i annonsen väljer den upphandlande myndigheten eller enheten ut så många anbudssökande som angetts i annonsen bland dem som uppfyllt de ställda kraven och bjuder in dessa att lämna anbud (artikel 34 i direktivet). Dessa ska enligt direktivet vara minst tre (artikel 38.3 i direktivet). Förfrågningsunderlaget ska skickas ut samtidigt till dessa. Endast anbud från de leverantörer som har bjudits in får prövas av den upphandlande myndigheten eller enheten. Förhandlingar med tänkbara leverantörer får inte ske.

Direktivets bestämmelser om selektivt förfarande har motsvarigheter i det klassiska direktivet och försörjningsdirektivet, vilka har genomförts i LOU och LUF. Att förfarandet får användas framgår av artikel 28 i det klassiska direktivet och artikel 40.2 i försörjningsdirektivet, som har genomförts i 4 kap. 1 § LOU respektive LUF. Definitionerna av förfarandet finns i artikel 1.11 b i det klassiska direktivet och artikel 1.9 b i försörjningsdirektivet. Dessa har genomförts i 2 kap. 16 § LOU respektive 2 kap. 17 § LUF.

Regeringen anser att direktivets definition av selektivt förfarande och att en reglering av att detta förfarande får användas vid upphandling inom det direktivstyrda området ska tas in i lagen. Det är, enligt regeringens mening, lämpligt att det görs på ett sätt som nära motsvarar direktivet och den befintliga regleringen i LOU och LUF.

### *Förhandlat förfarande med föregående annonsering*

Av artikel 25 i direktivet framgår att en upphandlande myndighet eller enhet vid upphandling får tillämpa förhandlat förfarande med föregående annonsering. I direktivets artikel 1.20 definieras förhandlade förfaranden som förfaranden där en upphandlande myndighet eller enhet vänder sig till utvalda ekonomiska aktörer och förhandlar om kontraktsvillkoren med en eller flera av dem.

Artikel 26 i direktivet innehåller bestämmelser om förhandlat förfarande med föregående annonsering. Enligt artikeln ska den upphandlande myndigheten eller enheten förhandla med anbudsgivarna om de anbud som de har lämnat för att anpassa anbudet till de krav som den upphandlande myndigheten eller enheten har angett i meddelandet om upphandling, förfrågningsunderlaget och de kompletterande handlingarna och för att få fram det bästa anbudet. Den upphandlande myndigheten eller enheten ska under förhandlingarna säkerställa lika behandling av samtliga anbudsgivare och ska i synnerhet inte särbehandla någon genom att lämna ut information som kan gynna vissa anbudsgivare i förhållande till andra. Den upphandlande myndigheten eller enheten får föreskriva att förfarandet ska äga rum i successiva steg för att minska det antal anbud som det ska förhandlas om genom

tillämpning av de tilldelningskriterier som anges i meddelandet om upphandling eller i förfrågningsunderlaget.

Liksom vid selektivt förfarande sker vid förhandlat förfarande först en kvalificering och eventuellt en begränsning av antalet anbudssökande. Därefter bjuder myndigheten eller enheten in de kvalificerade och utvalda anbudssökande som, enligt artikel 38.3 i direktivet, ska vara minst tre. Genomförandet av den artikeln behandlas i avsnitt 8.10.1.

Enligt direktivet får förhandlat förfarande med föregående annonsering användas utan några begränsande villkor. Detta överensstämmer med vad som gäller enligt försörjningsdirektivet, men skiljer sig från det klassiska direktivet. I beaktandesats 47 i direktivet anges följande.

”De upphandlingar som avses i detta direktiv kännetecknas av särskilda krav i fråga om komplexitet, informationssäkerhet och försörjningstrygghet. För att tillfredsställa dessa behov krävs därför ofta fördjupade förhandlingar i samband med tilldelningen av kontrakten. De upphandlande myndigheterna eller enheterna kan följaktligen, förutom det selektiva förfarandet, använda det förhandlade förfarandet med offentliggörande av meddelande om upphandling för de upphandlingar som avses i detta direktiv.”

Det klassiska direktivets och försörjningsdirektivets definitioner av förhandlat förfarande med föregående annonsering har genomförts i 2 kap. 9 § LOU respektive 2 kap. 9 § LUF och bestämmelserna om själva förfarandet finns i 4 kap. 2–4 §§ LOU respektive 4 kap. 1 § LUF.

Regeringen anser att direktivets bestämmelser om förhandlat förfarande med föregående annonsering ska tas in i lagen för direktivstyrd upphandling. I direktivet finns inte några begränsande villkor avseende användandet av förfarandet och några sådana bör därför inte heller tas in i lagen. Att förfarandet kan äga rum i successiva steg bör författningsregleras. En sådan reglering finns också i LOU, vilket genomför motsvarande bestämmelse i det klassiska direktivet.

Däremot anser regeringen att det inte är nödvändigt att i författningstexten särskilt reglera det som föreskrivs i artikel 26.2 i direktivet om att den upphandlande myndigheten eller enheten under förhandlingen ska säkerställa lika behandling av samtliga anbudsgivare. Detta får, enligt regeringens mening, anses följa redan av de grundläggande principerna, vilka föreslås tas in i 1 kap. 10 § i lagen. Någon sådan reglering finns inte heller i LOU, trots att även det klassiska direktivet i artikel 30.3 innehåller motsvarande bestämmelse (se prop. 2006/07:128 del 1 s. 325). Vidare anser regeringen att exemplifieringen i artikel 26.2 i direktivet om att den upphandlande myndigheten i synnerhet inte ska särbehandla någon genom att lämna ut information som kan gynna vissa anbudsgivare i förhållande till andra, inte behöver framgå av lagtexten (jfr a. prop s. 325).

#### *Förhandlat förfarande utan föregående annonsering*

I vissa situationer får, enligt artikel 28 i direktivet, förhandlat förfarande utan föregående annonsering användas. I direktivets beaktandesats 50

anges att vissa extraordinära omständigheter skulle kunna göra det omöjligt eller fullständigt olämpligt att använda det förhandlade förfarandet med föregående annonsering och att upphandlande myndigheter och enheter därför, i vissa mycket specifika fall och omständigheter, bör kunna använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering.

När förfarandet tillämpas står det den upphandlande myndigheten eller enheten fritt att kontakta de leverantörer som den önskar och att förhandla med en eller flera av dessa. Sådana kontrakt är emellertid inte undantagna från direktivets tillämpningsområde. De grundläggande principerna gäller fortfarande.

Vissa av de omständigheter som berättigar att förhandlat förfarande utan föregående annonsering används är desamma som i det klassiska direktivet. I beaktandesats 51 i direktivet anges att i det avseendet är det lämpligt att beakta det faktum att försvars- och säkerhetsutrustning ofta är tekniskt komplicerad. Driftsinkompatibilitet eller oproportionerliga tekniska svårigheter vid användning och underhåll som motiverar att ett förhandlat förfarande utan föregående offentliggörande används vid upphandling av varor för kompletterande leveranser bör följaktligen bedömas mot bakgrund av denna komplexitet och de därmed sammanhängande kraven på samverkansförmåga och standardisering av utrustning. Det är exempelvis fallet när det är fråga om att integrera nya komponenter i befintliga system eller att modernisera dessa system.

Direktivet innehåller emellertid också i förhållande till det klassiska direktivet nya situationer när förhandlat förfarande utan föregående annonsering får användas. Av direktivets beaktandesats 53 framgår att det är nödvändigt på grund av den specifika karaktären av de upphandlingar som omfattas av direktivet. Regeringen anser att bestämmelser om förhandlat förfarande utan föregående annonsering ska införas i lagen för upphandling som omfattas av direktivets tillämpningsområde. Förutsättningarna för att använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering behandlas i det följande.

Av artikel 28 i direktivet framgår att en upphandlande myndighet eller enhet i en efterannons enligt artikel 30.3 ska motivera sitt beslut att använda det förhandlade förfarandet utan föregående annonsering. Att skyldigheten uttryckligen nämns i artikel 28 i direktivet, men inte i motsvarande artikel 31 i det klassiska direktivet, visar enligt ansvarigt generaldirektorat inom kommissionen att efterannonsering är särskilt viktigt på försvars- och säkerhetsområdet.<sup>80</sup> Utredningen föreslår att det i den paragraf som genomför artikel 28.1 i direktivet om förhandlat förfarande utan föregående annonsering för byggentreprenad-, varu- och tjänstekontrakt ska finnas en bestämmelse om motivering av beslutet i en efterannons.

Artikel 30.3 i direktivet reglerar en upphandlande myndighets eller enhets skyldighet att efterannonsera när den har tilldelat ett kontrakt eller ett ramavtal. Genomförandet av artikeln om efterannonsering behandlas i avsnitt 8.5. Vilka uppgifter en efterannons ska innehålla anges i artikel 32.1 i direktivet. I artikeln anges att ett meddelande ska innehålla de

<sup>80</sup> Jfr Generaldirektoratet för inre marknaden och tjänster, Guidance Note – Research and development p. 14.

uppglysningar som anges i bilaga IV och i förekommande fall varje annan uppglysning som den upphandlande myndigheten eller enheten anser vara till nytta, i samma format som de standardformulär som antas av kommissionen. I bilaga IV anges att det i ett meddelande om tilldelning av kontrakt ska finnas information om det valda upphandlingsförfarande och, vid förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt artikel 28, motivering. Mot bakgrund av detta är det, enligt regeringens mening, överflödigt att i den författningstext som reglerar förutsättningarna för att använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering ta in en bestämmelse om att den upphandlande myndigheten eller enheten i efterannonseren ska motivera beslutet att använda förfarandet. Regeringen anser att detta skulle onödigtvis tynga lagstiftningen. Någon bestämmelse som genomför artikel 28 i direktivet i den delen bör därför inte tas in i lagen.

### *Förhandlat förfarande utan föregående annonsering för byggtreprenad-, varu- och tjänstekontrakt*

I artikel 28.1 i direktivet anges de situationer när förhandlat förfarande utan föregående annonsering får användas för byggtreprenad-, varu- och tjänstekontrakt.

Enligt artikel 28.1 a i direktivet får förfarandet användas om inga anbud eller inga lämpliga anbud eller inga ansökningar har lämnats vid ett selektivt förfarande, ett förhandlat förfarande med föregående offentliggörande av meddelande om upphandling eller en konkurrenspräglad dialog, förutsatt att de ursprungliga villkoren för kontraktet inte väsentligt ändrats och att en rapport lämnas till kommissionen, om den begär det.

Motsvarande bestämmelser finns i artikel 31.1 a i det klassiska direktivet och artikel 40.3 a i försörjningsdirektivet som har genomförts i 4 kap. 5 § 1 LOU respektive 4 kap. 2 § 1 LUF. För den klassiska sektorn hänvisas emellertid till öppet eller selektivt förfarande och för försörjningssektorerna anges förfarande med föregående meddelande om upphandling. Vidare saknas inom försörjningssektorerna möjligheten för kommissionen att begära att en rapport ska lämnas. En sådan möjlighet finns i det klassiska direktivet och i 4 kap. 5 § andra stycket LOU.

Att hänvisning till öppet förfarande saknas i artikel 28.1 a i direktivet är naturligt, eftersom detta förfarande inte regleras i direktivet. Till skillnad från det klassiska direktivet anges i den aktuella artikeln i direktivet om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet också förhandlat förfarande med föregående annonsering och konkurrenspräglad dialog.

Regeringen anser att artikel 28.1 a i direktivet bör genomföras i nära överensstämmelse med direktivet och att förhandlat förfarande utan föregående annonsering ska få användas i samtliga situationer som nämns i direktivet.

Enligt artikel 28.1 b i direktivet får förhandlat förfarande utan föregående annonsering användas om ett anbud är ogiltigt eller om ett anbud som lämnats vid ett selektivt förfarande, ett förhandlat förfarande med föregående offentliggörande av meddelande om upphandling eller

en konkurrenspräglad dialog inte kan godtas med hänsyn till nationella bestämmelser som överensstämmer med vad som föreskrivs i artiklarna 5, 19, 21–24 samt – korrekt översatt – avdelning II kapitel VII (jfr de engelska, franska och danska språkversionerna). Detta gäller i den mån som de ursprungliga villkoren för kontraktet inte ändrats väsentligt. Vidare ska den upphandlande myndigheten eller enheten i ett förhandlat förfarande inbegripa endast alla anbudsgivare som uppfyller kraven i artiklarna 39–46 och som i ett föregående selektivt förfarande eller konkurrenspräglad dialog har lämnat anbud som uppfyller de formella kraven för anbudsförfarandet.

Motsvarande bestämmelser finns i 4 kap. 6 § LOU, som hänvisar till 4 kap. 2 § 1 LOU. Bestämmelserna i LOU genomför artikel 30.1 a i det klassiska direktivet.

Utredningen föreslår att artikel 28.1 b i direktivet ska genomföras i 4 kap. 4 § första stycket 4 och tredje stycket i lagen om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

I den svenska språkversionen av direktivet anges att en upphandlande myndighet eller enhet får använda sig av förhandlat förfarande utan föregående annonsering om *ett* anbud är ogiltigt eller inte kan godtas. Detta ska, enligt regeringens mening, inte förstås som att det – i en situation när flera anbud har kommit in – är tillräckligt att endast ett av dessa är ogiltigt eller inte kan godtas (jfr t.ex. den engelska språkversionen som anger ”in the event of irregular tenders or the submission of tenders which are unacceptable” och prop. 2006/07:128 del 1 s. 323). Regeringen anser att detta bör framgå av författningstexten och paragrafen bör därför i denna del ges en annan utformning än den utredningen föreslår.

Enligt regeringens mening bör författningstexten även ges en annan utformning jämfört med utredningens förslag vad gäller hänvisningen till selektivt förfarande, förhandlat förfarande utan föregående annonsering och konkurrenspräglad dialog. Utredningen, liksom direktivet, verkar nämna dessa endast i samband med anbud som inte kan godtas. Regeringen anser dock att omnämmandet av förfarandena även bör omfatta ogiltiga anbud (jfr utformningen av 4 kap. 2 § 1 LOU). De förfaranden som nämns är de förfaranden som får användas vid upphandling enligt direktivet. En sådan formulering överensstämmer också med hur artikel 28.1 a föreslås genomföras i lagen om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet samt hur motsvarande artikel i det klassiska direktivet har genomförts i LOU.

I utredningens förslag anges inte tydligt vilka anbudsgivare som ska inkluderas i det förhandlade förfarandet utan föregående annonsering. Regeringen anser att det klart bör framgå av författningstexten att anbudsgivarna ska bjudas in och att inga andra än dessa får delta. Paragrafen bör därför också i denna del ges en annan utformning än den utredningen föreslår. Vidare anser regeringen att det inte finns anledning att avvika från motsvarande reglering i LOU när det gäller hänvisningen till 10 kap. 8 § andra stycket andra meningen om att myndigheten får begära att en leverantör förtydligar eller kompletterar handlingar som getts in. Motsvarande hänvisning finns inte i 4 kap. 6 § LOU och bör därför, enligt regeringens mening, inte heller tas in i lagen om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

Av artikel 28.1 b ii i direktivet framgår att de anbudsgivare som vid ett föregående selektivt förfarande eller en föregående konkurrenspräglad dialog har lämnat anbud som uppfyller de formella kraven vid upphandlingen ska bjudas in att delta i det förhandlade förfarandet utan föregående annonsering. Således nämns inte de anbudsgivare som i ett föregående förhandlat förfarande med föregående annonsering lämnat anbud som uppfyller kraven. Detta torde, enligt regeringens mening, vara ett förbiseende. I lagen bör därför även föregående förhandlat förfarande med föregående annonsering anges.

Enligt artikel 28.1 c i direktivet får förhandlat förfarande utan föregående annonsering användas om det på grund av brådska till följd av en kris är omöjligt att – även om en förkortad frist tillämpas – iaktta de tidsfrister som gäller vid selektivt förfarande och förhandlat förfarande med föregående annonsering. Vidare exemplifieras att detta kan gälla i de fall som avses i artikel 23 andra stycket d. Den artikeln rör krav avseende försörjningstrygghet och behandlar en utfästelse från anbudsgivaren att upprätta eller upprätthålla den kapacitet som krävs för att tillmötesgå den upphandlande myndighetens eller enhetens eventuellt ökade behov till följd av en kris enligt de överenskomna villkoren. Begreppet kris definieras i artikel 1.10 i direktivet, som föreslås genomföras i 2 kap. 15 § i lagen. Artikel 28.1 c i direktivet saknar motsvarighet i det klassiska direktivet och försörjningsdirektivet.

I beaktandesats 54 i direktivet exemplifieras att medlemsstaternas väpnade styrkor kan bli nödsakade att ingripa i en krissituation utomlands, t.ex. i samband med fredsbevarande insatser. När en sådan konflikt bryter ut, eller i samband med ett sådant ingripande, kan medlemsstaternas och deras väpnade styrkors säkerhet kräva att vissa upphandlingar genomförs så skyndsamt att det inte är förenligt med de tidsfrister som fastställs för de upphandlingsförfaranden som anges i detta direktiv. Sådan tidsnöd skulle, anges i beaktandesatsen, också kunna uppstå i fråga om säkerhetsstyrkornas behov, exempelvis i händelse av en terroristattack på unionens territorium.

Regeringen anser att artikel 28.1 c i direktivet ska genomföras i lagen. En upphandlande myndighet eller enhet ska alltså få använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering om det till följd av kris är omöjligt att hålla tidsfristerna vid ett selektivt förfarande eller förhandlat förfarande utan föregående annonsering. Regeringen anser emellertid inte att det är lämpligt att exemplifieringen i artikeln tas in i lagen.

Enligt artikel 28.1 d i direktivet får förhandlat förfarande utan föregående annonsering också användas om, när det är absolut nödvändigt, på grund av synnerlig brådska till följd av omständigheter som den upphandlande myndigheten eller enheten inte har kunnat förutse, det är omöjligt att iaktta de tidsfrister som gäller vid selektiva eller förhandlade förfaranden med offentliggörande av meddelande om upphandling, inbegripet förkortade tidsfrister. De omständigheter som åberopas som skäl för synnerlig brådska får inte i något fall tillskrivas den upphandlande myndigheten eller enheten.

Artikel 28.1 d i direktivet motsvaras av artikel 31.1 c i det klassiska direktivet och den första meningen har även en motsvarighet i artikel 40.3 d i försörjningsdirektivet. Det klassiska direktivets och försörjnings-

direktivets bestämmelser har genomförts i 4 kap. 5 § första stycket 3 LOU respektive 4 kap. 2 § 4 LUF. I LOU har det klassiska direktivets mening om att omständigheterna inte får tillskrivas den upphandlande myndigheten inte tagits in i författningstexten. Regeringen ansåg att sådana omständigheter som är hänförliga till den upphandlande myndigheten inte torde vara omöjliga att förutse för myndigheten och ansåg därför att det inte behövde anges särskilt (prop. 2006/07:128 del 1 s. 327). Enligt regeringens mening bör det även enligt den nya lagen finnas en möjlighet för en upphandlande myndighet eller enhet att använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering i den beskrivna situationen. Regeringen anser att det är lämpligt att artikel 28.1 d i direktivet genomförs i lagen på samma sätt som motsvarande bestämmelser har genomförts i LOU och LUF.

Enligt artikel 28.1 e i direktivet får förhandlat förfarande utan föregående annonsering användas om kontraktet, av tekniska skäl eller med hänsyn till skydd av ensamrätt, endast kan tilldelas en bestämd ekonomisk aktör. Artikel 31.1 b i det klassiska direktivet och artikel 40.3 c i försörjningsdirektivet, förutom att dessa även nämner konstnärliga skäl. Det klassiska direktivets och försörjningsdirektivets bestämmelser har genomförts i 4 kap. 5 § första stycket 2 LOU respektive 4 kap. 2 § 3 LUF.

Regeringen anser att artikel 28.1 e i direktivet bör genomföras i lagen på motsvarande sätt som det klassiska direktivets och försörjningsdirektivets bestämmelser om användning av förfarandet när ett kontrakt, på grund av tekniska skäl eller ensamrätt, kan fullgöras av endast en viss leverantör, har genomförts i LOU och LUF.

#### *Förhandlat förfarande utan föregående annonsering för varu- och tjänstekontrakt*

I artikel 28.2 i direktivet anges när förhandlat förfarande utan föregående annonsering får användas för varu- och tjänstekontrakt. Artikel 1.27 i direktivet, som föreslås genomföras i 2 kap. 9 § i lagen. I beaktandesats 55 i direktivet anges följande.

”Att stimulera forskning och utveckling utgör ett viktigt sätt att stärka den europeiska försvarsindustriella och teknologiska basen och öppnandet av upphandling bidrar till att nå detta mål. Vikten av forskning och utveckling på detta särskilda område motiverar största möjliga flexibilitet i upphandlingen av forskningsmaterial och forskningstjänster. Samtidigt bör dock denna flexibilitet inte utgöra hinder för konkurrensen under efterföljande faser av produktens livscykel. Upphandlingskontrakt om forskning och utveckling bör därför endast omfatta verksamhet fram till det skede där den nya teknikens mogenhet ännu på ett rimligt sätt kan utvärderas och dess risker avlägsnas. Upphandlingskontrakt om forskning och utveckling bör inte användas efter detta skede som ett sätt att undvika bestämmelserna i detta direktiv, inbegripet

genom att på förhand fastställa valet av anbudsgivare för senare faser.

Å andra sidan bör den upphandlande myndigheten eller enheten inte vara tvungen att anordna en separat upphandling för de senare faserna, om kontraktet som täcker forskningsverksamheten redan omfattar ett alternativ som gäller dessa faser och det tilldelas genom ett selektivt förfarande eller ett förhandlat förfarande med offentliggörande av ett meddelande om upphandling, eller, i förekommande fall, genom en konkurrenspräglad dialog.”

Artikel 28.2 a i direktivet innehåller i förhållande till det klassiska direktivet och försörjningsdirektivet nya omständigheter under vilka förhandlat förfarande utan föregående annonsering får tillämpas. Av artikeln framgår att förfarandet får användas för andra forsknings- och utvecklingstjänster än de som avses i artikel 13.

I artikel 13 i direktivet undantas från direktivets tillämpningsområde bl.a. kontrakt som tilldelas inom ramen för ett samarbetsprogram rörande forskning och utveckling mellan minst två medlemsstater (artikel 13 c) och forsknings- och utvecklingstjänster (artikel 13 j). Dessa undantag behandlas i avsnitt 6.3.3. Till skillnad från artikel 13 i direktivet innebär alltså en tillämpning av artikel 28.2 a i direktivet att den upphandlande myndighetens eller enhetens upphandling av förevarande tjänst omfattas av direktivets tillämpningsområde. Som ansvarigt generaldirektorat inom kommissionen påpekar omfattas forsknings- och utvecklingstjänster som betalas av enbart en upphandlande myndighet eller enhet och vilkas resultat endast tillkommer den upphandlande myndigheten eller enheten inte av undantaget i artikel 13 j, men kan tilldelas i enlighet med artikel 28.2 a.<sup>81</sup>

Regeringen anser att det enligt lagen om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet bör finnas möjlighet för en upphandlande myndighet eller enhet att använda det förhandlade förfarandet utan föregående annonsering vid sådan upphandling som avses i direktivets artikel 28.2 a. Artikeln ska därför genomföras i lagen.

Enligt artikel 28.2 b i direktivet får förhandlat förfarande utan föregående annonsering användas vid upphandling av produkter som endast framställs för forsknings- och utvecklingsändamål, med undantag av tillverkning i en omfattning som syftar till att göra produkten lönsam eller till att täcka forsknings- och utvecklingskostnader.

Enligt ansvarigt generaldirektorat inom kommissionen är uttrycket ”produkter som endast framställs för forsknings- och utvecklingsändamål” inte helt entydigt, men kvalificeringen ”med undantag av” antyder att bestämmelsen inte endast omfattar skraddarsydda produkter som behövs för att bedriva forskning (som mätinstrument, provbankar, etc.), utan också produkter som härrör från forsknings- och utvecklingsverksamheten.<sup>82</sup>

<sup>81</sup> Jfr Generaldirektoratet för inre marknaden och tjänster, Guidance Note – Research and development p. 9 och 16.

<sup>82</sup> Jfr Generaldirektoratet för inre marknaden och tjänster, Guidance Note – Research and development p. 18.

Motsvarande bestämmelser för varor som framställs endast för forsknings-, experiment-, studie- eller utvecklingsändamål finns i artikel 31.2 a i det klassiska direktivet, vilken har genomförts i 4 kap. 7 § första stycket 1 LOU. Vidare finns en liknande bestämmelse i artikel 40.3 b i försörjningsdirektivet, som har genomförts i 4 kap. 2 § 2 LUF.

I förarbetena uttalade regeringen att 4 kap. 7 § 1 LOU har utformats utifrån syftet med bestämmelsen och att det innebär att framställningen inte får ske i vinstsyfte eller för att täcka forsknings- och utvecklingskostnader (prop. 2006/07:128 del 1 s. 329). Någon skillnad i sak i förhållande till det klassiska direktivet var inte avsedd.

En skillnad finns mellan bestämmelserna i direktivet om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet och det klassiska direktivet å ena sidan, och försörjningsdirektivet å andra sidan. I försörjningsdirektivet anges nämligen att undantaget från annonsering inte får tillämpas om möjligheten till konkurrens vid en senare kontraktstilldelning försämras. Regeringen ansåg dock att det inte kunde anses sakligt motiverat att motsvarande inte skulle gälla för LOU och en sådan bestämmelse har därför tagits in i den lagen (a.prop. s. 329).

Regeringen anser att det även enligt den nu aktuella lagen ska finnas möjlighet att använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering vid upphandling av produkter som endast framställs för forsknings- och utvecklingsändamål. Det är, enligt regeringens mening, lämpligt att artikel 28.2 b i direktivet genomförs i lagen på samma sätt som det klassiska direktivets motsvarande bestämmelser har genomförts i LOU.

#### *Förhandlat förfarande utan föregående annonsering för varukontrakt*

Artikel 28.3 i direktivet avser situationer där förhandlat förfarande utan föregående annonsering är tillåtet vid upphandling av varukontrakt.

Enligt artikel 28.3 a i direktivet får förfarandet användas vid komplett-erande leveranser som utförs av den ursprungliga leverantören och som syftar till antingen att delvis ersätta gängse varuleveranser eller anläggningar, eller till att utöka befintliga varuleveranser eller anläggningar, i de fall ett byte av varuleverantör skulle tvinga den upphandlande myndigheten eller enheten att anskaffa materiel med andra tekniska egenskaper med åtföljande inkompatibilitet eller oproportionerliga tekniska svårigheter vid användning och underhåll. Löptiden för sådana kontrakt, liksom för återkommande kontrakt, får inte överstiga fem år, utom i undantagsfall som avgörs med beaktande av den levererade produktens, anläggningens eller konstruktionens förväntade livslängd och de tekniska svårigheter som ett byte av leverantör kan orsaka.

Artikel 28.3 a i direktivet motsvaras av artikel 31.2 b i det klassiska direktivet och artikel 40.3 e i försörjningsdirektivet. I det klassiska direktivet anges att kontraktets löptid som regel inte får överstiga tre år. Detta uttrycks i LOU som att kontraktet får gälla under längre tid endast om det finns särskilda skäl. Försörjningsdirektivet saknar en bestämmelse om längsta löptid. Det klassiska direktivets och försörjningsdirektivets bestämmelser har genomförts i 4 kap. 7 § första stycket 2 och andra stycket LOU respektive 4 kap. 2 § 5 LUF.

Regeringen anser att artikel 28.3 a i direktivet bör genomföras på ett sätt som nära motsvarar direktivet och att det därför i författningstexten bör anges de skäl som motiverar att ett varukontrakt får gälla under längre tid än fem år.

Enligt artikel 28.3 b i direktivet får förhandlat förfarande utan föregående annonsering användas vid leveranser av varor som offererats och förvärvats på en varumarknadsplats. Bestämmelsen motsvaras av artikel 31.2 c i det klassiska direktivet, vilken har genomförts i 4 kap. 7 § första stycket 3 LOU. I LOU anges emellertid råvarumarknad i stället för varumarknadsplats. Motsvarande bestämmelse i artikel 40.3 h i försörjningsdirektivet anger råvarumarknadsplats och den har genomförts i 4 kap 2 § 8 LUF med användande av begreppet råvarumarknad. När det klassiska direktivets bestämmelse genomfördes i LOU fanns sedan tidigare i svensk rätt en reglering för försörjningssektorerna och bestämmelsen utformades i överensstämmelse med den (se prop. 2006/07:128 del 1 s. 329). Regeringen ser inte skäl att avseende lagen om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet göra någon annan bedömning avseende utformningen av den bestämmelse som ska genomföra direktivet. Artikel 28.3 b i direktivet bör därför genomföras i lagen på samma sätt som motsvarande bestämmelse i det klassiska direktivet har genomförts i LOU.

Enligt artikel 28.3 c i direktivet får förhandlat förfarande utan föregående annonsering användas vid inköp av varor på särskilt gynnsamma villkor, antingen från en varuleverantör som slutgiltigt avslutar sin verksamhet eller hos en god man eller likvidator vid insolvensförfarande, offentligt ackord eller förfarande av liknande slag enligt nationella lagar och andra författningar. Artikel 28.3 c i direktivet motsvaras av artikel 31.2 d i det klassiska direktivet och en liknande bestämmelse finns i artikel 40.3 k i försörjningsdirektivet. Dessa bestämmelser har genomförts i 4 kap. 7 § första stycket 4 LOU och 4 kap. 2 § 11 LUF.

Regeringen anser att artikel 28.3 c i direktivet bör genomföras i svensk rätt på samma sätt som motsvarande bestämmelse i det klassiska direktivet har genomförts i LOU.

#### *Förhandlat förfarande utan föregående annonsering för byggtreprenad- och tjänstekontrakt*

I artikel 28.4 i direktivet anges de situationer när förhandlat förfarande utan föregående annonsering får användas vid upphandling av byggtreprenad- och tjänstekontrakt.

Enligt artikel 28.4 a i direktivet får förfarandet, under vissa förutsättningar, användas för kompletterande byggtreprenader eller tjänster. Enligt artikel 28.4 b i direktivet får förhandlat förfarande utan föregående annonsering, under vissa förutsättningar, användas för nya byggtreprenader eller tjänster som är en upprepning av liknande byggtreprenader eller tjänster. Bestämmelserna motsvarar artikel 31.4 i det klassiska direktivet och har genomförts i 4 kap. 8 § LOU. En skillnad är att artikel 28.4 b i direktivet om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet inte innehåller det öppna förfarandet, men nämner förhandlat förfarande med föregående annonsering och konkurrens-

präglad dialog. Vidare får enligt artikel 28.4 b i direktivet detta förfaringssätt, utom i undantagsfall, bara användas under fem år efter det att det ursprungliga kontraktet slöts, medan den tid som anges i det klassiska direktivet är tre år, utan någon möjlighet till längre tid. Liknande bestämmelser finns också i försörjningsdirektivets artikel 40.3 f och g, vilka genomförts i 4 kap. 2 § 6 och 7 LUF. Försörjningsdirektivet, och därmed LUF, saknar emellertid en tidsgräns.

Regeringen anser inte att det framkommit skäl att frångå det sätt på vilket motsvarande bestämmelser i det klassiska direktivet har genomförts i LOU. Artikel 28.4 i direktivet om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet ska därför genomföras i svensk rätt på samma sätt. Emellertid bör bestämmelserna anpassas till direktivet vad gäller de förfaranden som nämns och tiden för att använda förfaringssättet för nya byggtreprenader eller tjänster som är en upprepning av liknande byggtreprenader eller tjänster.

### *Förhandlat förfarande utan föregående annonsering för luft- och sjöfartstransport*

I artikel 28.5 i direktivet anges att förhandlat förfarande utan föregående annonsering får användas för kontrakt som gäller tillhandahållandet av luft- och sjöfartstransport för medlemsstaternas väpnade styrkor eller säkerhetsstyrkor som skickats eller kommer att skickas till platser utomlands, om den upphandlande myndigheten eller enheten måste köpa sådana tjänster från ekonomiska aktörer som endast garanterar giltigheten för sina anbud under så korta perioder att det är omöjligt att, även om en förkortad frist tillämpas, iaktta de frister som gäller vid selektivt förfarande eller förhandlat förfarande med offentliggörande av meddelande om upphandling. Väpnade styrkors och säkerhetsstyrkors insatser berörs också i beaktandesats 54 i direktivet (se ovan).

Artikel 28.5 i direktivet saknar motsvarighet i det klassiska direktivet och försörjningsdirektivet och därmed även i LOU och LUF.

Begreppet säkerhetsstyrkor används inte i svensk terminologi och att föra in det begreppet i lagstiftningen skulle därmed, som utredningen är inne på, skapa oklarheter. I svensk rättsordning är den närmsta motsvarigheten till säkerhetsstyrkor, enligt regeringens mening, polisen. Regeringen anser därför att begreppet polis ska införas i lagen vid genomförande av artikel 28.5 i direktivet. Regeringen föreslår ovan avseende internationella avtal eller överenskommelser att ordet medlemsstat ska bytas ut mot stat inom EES (avsnitt 6.1). Samma resonemang gör sig gällande avseende nu aktuell artikel och, som utredningen föreslår, bör därför ordet medlemsstaternas bytas ut mot EES-staternas.

## 7.2 Förenklat förfarande, urvalsförfarande och direktupphandling

**Regeringens förslag:** Lagen ska innehålla bestämmelser om förenklat förfarande och urvalsförfarande för upphandling som inte omfattas av direktivets tillämpningsområde.

Förfarandet direktupphandling ska få användas vid upphandling som inte omfattas av direktivets tillämpningsområde under vissa förutsättningar.

**Utredningens förslag** överensstämmer med regeringens.

**Remissinstanserna:** Den remissinstans som yttrar sig i frågan, *Sveriges Kommuner och Landsting (SKL)*, avstyrker att direktupphandlingsgränsen för entreprenader ska vara densamma som för varor och tjänster.

### Skälen för regeringens förslag

#### *Förenklat förfarande och urvalsförfarande*

Regeringen föreslår ovan att det i lagen ska införas ett kapitel som reglerar upphandling som inte omfattas av direktivets tillämpningsområde. I LOU och LUF finns för sådan upphandling i 15 kap. i respektive lag särskilda förfaranden. Dessa förfaranden är förenklat förfarande och urvalsförfarande.

Med förenklat förfarande avses, enligt 2 kap. 24 § LOU och 2 kap. 27 § LUF, ett förfarande där alla leverantörer har rätt att delta, deltagande leverantörer ska lämna anbud och den upphandlande myndigheten får förhandla med en eller flera anbudsgivare. Annonsering ska ske i en elektronisk databas, som är allmänt tillgänglig, eller genom annons i annan form som möjliggör effektiv konkurrens (15 kap. 4 § första stycket LOU och LUF).

Med urvalsförfarande avses, enligt 2 kap. 25 § LOU och 2 kap. 28 § LUF, ett förfarande där alla leverantörer har rätt att ansöka om att få lämna anbud, den upphandlande myndigheten bjuder in vissa leverantörer att lämna anbud och den upphandlande myndigheten får förhandla med en eller flera anbudsgivare. Ansökningsinbjudan ska publiceras genom en annons i en elektronisk databas, som är allmänt tillgänglig. Myndigheten får i 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 (15 kap. 4 § andra stycket LOU och LUF).

Regeringen anser att det för upphandling enligt lagen om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet som inte omfattas av direktivets tillämpningsområde finns behov av särskilda upphandlingsförfaranden. Trots att det öppna förfarandet inte regleras vid upphandling över tröskelvärdena anser regeringen att det för upphandling som inte omfattas av direktivet saknas skäl att avstå från att införa det förenklade förfarandet. Detta förfarande bör därför, enligt regeringens mening införas i lagen. Vidare anser regeringen att urvalsförfarandet bör införas.

## Direktupphandling

I 15 kap. LOU och LUF finns bestämmelser om direktupphandling. Med direktupphandling avses en upphandling utan krav på anbud i viss form (2 kap. 23 § LOU och 2 kap. 26 § LUF). Direktupphandling får användas om kontraktets värde uppgår till högst 15 procent av ett i respektive lag angivet tröskelvärde, för närvarande ca 287 000 kronor i LOU och ca 577 000 kronor i LUF. De fasta beloppsgränserna infördes genom de lagändringar som trädde i kraft den 15 juli 2010 och ersatte begreppet lågt värde (prop. 2009/10:180).

Upphandlingsutredningen kom i slutbetänkandet Nya upphandlingsregler 2 (SOU 2006:28 s. 245–249) – från av de upphandlande myndigheterna redovisade direktupphandlingsgränser – fram till fem prisbasbelopp eller ca 200 000 kronor, och föreslog därför att värdet skulle bestämmas till tio procent av det tröskelvärde som gäller för varor och tjänster. För upphandling av byggtreprenader föreslogs att beloppsgränsen skulle vara en procent av tröskelvärdet. Utredningen föreslog vidare att gränsen när det gäller varor och tjänster skulle dras vid 20 procent av tröskelvärdet om det finns särskilda skäl.

I förenklingssyfte ansåg regeringen att beloppsgränserna borde fastställas till enbart ett tröskelvärde per lag. För LOU ansåg regeringen att gränsen borde vara 15 procent av det tröskelvärde som gäller kommuner och landsting m.fl. typer av upphandlande myndigheter vid upphandling av varor och tjänster och för LUF ansåg regeringen att gränsen borde vara 15 procent av det tröskelvärde som gäller vid upphandling av varor och tjänster. Regeringen fann stöd för att de föreslagna direktupphandlingsgränserna inte var för låga i en rapport till Expertgruppen för studier i offentlig ekonomi (ESO) Regelverk och praxis i offentlig upphandling (2009:2) som visade att den potentiella vinsten med formellt genomförda upphandlingar är stor och att konkurrensutsättning och annonsering av upphandlingar lönar sig redan vid låga värden (prop. 2009/10:180 del 1 s. 285–292).

Vid upphandling enligt 15 kap. LOU och LUF får direktupphandling också användas när förutsättningarna för förhandlat förfarande utan föregående annonsering är uppfyllda. Regeringen ansåg att det saknades skäl att ha strängare bestämmelser i 15 kap. än vad som gäller vid upphandling över tröskelvärdena (a.prop. s. 294).

Enligt LOU och LUF får direktupphandling slutligen användas om det föreligger synnerliga skäl.

Regeringen anser att det på motsvarande sätt som i LOU och LUF bör tas in bestämmelser om direktupphandling i lagen om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet. Det är, enligt regeringens mening, lämpligt att samma regler gäller enligt alla lagarna. Direktupphandling enligt lagen bör alltså, trots det *SKL* anför, få användas om kontraktets värde uppgår till högst 15 procent av tröskelvärdet för varu- och tjänstekontrakt. Vidare anser regeringen att direktupphandling, i likhet med vad som gäller enligt LOU och LUF, ska få användas om förutsättningarna för förhandlat förfarande utan föregående annonsering är uppfyllda eller om det föreligger synnerliga skäl.

**Regeringens förslag:** Bestämmelser om upphandlingsförfarandet konkurrenspräglad dialog ska tas in i den nya lagen. Förfarandet ska kunna användas såväl vid upphandling inom det direktivstyrda området som vid upphandling som faller utanför direktivets tillämpningsområde.

**Utredningens förslag:** Överensstämmer huvudsakligen med regeringens. Rubriksättningen i författningstexten skiljer sig emellertid från regeringens förslag. Vidare föreslår utredningen att direktivets definition av förfarandet i sin helhet tas in i en paragraf i det kapitel i lagen som innehåller definitioner. Utredningen föreslår även en annan författningsteknisk reglering när det gäller genomförande av konkurrenspräglad dialog i successiva steg.

**Remissinstanserna:** Några remissinstanser yttrar sig särskilt i denna fråga. *Försvarets materielverk (FMV)* anser att avsnittet bör innehålla en huvudrubrik i linje med prop. 2009/10:180 och påpekar att utredningens förslag till 4 kap. 12 § avviker från 4 kap. 13 § LOU. Vidare anför FMV att det inte tydligt framgår hur förfarandet ska tillämpas. Det förefaller bl.a. oklart hur en upphandlande myndighet kan ange tilldelningskriterier redan från början i annonsen eller det beskrivande dokumentet när det krävs en dialog för att närmare utreda vad som ska upphandlas. FMV finner det oklart hur en dialog som har som utgångspunkt att ge den upphandlande myndigheten tillräcklig information för att få kunskap om vad som ska upphandlas kan resultera i lösningar som sedan utan vidare utgör grunden för de slutgiltiga formella anbuden och hur dessa olika ”anbud” som innehåller olika lösningar ska kunna utvärderas i konkurrens på ett objektivt sätt. FMV ifrågasätter om detta förfarande är användbart för det ändamål det är avsett och kan se problem i en tillämpning som samtidigt ska beakta de EU-rättsliga upphandlingsprinciperna. *Konkurrensverket* tillstyrker förslaget att införa förfarandet, men anser att lagen innehållsmässigt bör harmoniera med direktivet om det inte är direkt olämpligt och föreslår därför att ett tillägg motsvarande artikel 27.3 tredje stycket förs in i lagen eller på annat sätt tydliggörs. Det är oklart om utredningen inte ansett det vara nödvändigt att föra in bestämmelsen då det får antas följa av de grundläggande principerna. *Konkurrensverket* anser vidare att det bör tydliggöras att 4 kap. 15–20 §§ också avser konkurrenspräglad dialog. Som utformningen ser ut i dag föreligger en risk att förbise dessa bestämmelser. *Säkerhets- och försvarsföretagen (SOFF)* anför att förfarandet kan vara ändamålsenligt men att det också innebär risker för att företags immateriella värden förloras och att förfarandet kan ge upphov till svårutredda tvister och därför bör användas med aktsamhet. Upphandlingar av den karaktär lagstiftaren tänkt sig för detta förfarande kommer, enligt SOFF, sannolikt att i stor utsträckning ske enligt någon undantagsbestämmelse.

**Skälen för regeringens förslag:** Enligt artikel 27 i direktivet får medlemsstaterna införa bestämmelser om konkurrenspräglad dialog. Detta förfarande får användas av en upphandlande myndighet eller enhet för särskilt komplicerade kontrakt, om myndigheten eller enheten anser

att användningen av selektivt eller förhandlat förfarande med offentliggörande av meddelande om upphandling inte medger tilldelning av kontrakt. Den upphandlande myndigheten eller enheten ska annonsera upphandlingen och där ange sina behov och krav samt definiera dessa i annonsen eller i ett beskrivande dokument. Den upphandlande myndigheten eller enheten ska inleda en dialog med de anbudssökande som har valts ut på närmare föreskrivet sätt. Syftet med dialogen ska vara att identifiera och definiera hur myndighetens eller enhetens behov bäst ska kunna tillgodoses. Den upphandlande myndigheten eller enheten ska under dialogen garantera lika behandling av samtliga anbudsgivare. Under dialogen får den upphandlande myndigheten eller enheten inte röja för de övriga deltagarna vilka lösningar en deltagare har föreslagit eller annan konfidentiell information som någon deltagare har lämnat utan dennes samtycke. Den upphandlande myndigheten eller enheten får föreskriva att förfarandet ska äga rum i successiva steg för att minska det antal lösningar som ska diskuteras under dialogen. Det ska anges i annonsen eller i det beskrivande dokumentet att denna möjlighet kan komma att utnyttjas. Efter att ha förklarat dialogen avslutad ska myndigheten eller enheten uppmana deltagarna att lämna sitt slutgiltiga anbud. På begäran av den upphandlande myndigheten eller enheten får dessa anbud klarläggas, preciseras och finjusteras. Tilldelning av kontrakt ska ske enbart på grundval av tilldelningskriteriet det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. På den upphandlande myndighetens eller enhetens begäran kan den anbudsgivare vars anbud har identifierats som det ekonomiskt mest fördelaktiga anmodas att klargöra vissa aspekter i anbudet eller att bekräfta åtaganden som anges i detta. Den upphandlande myndigheten eller enheten får besluta om priser och betalning till deltagarna i dialogen.

Avsikten är att konkurrenspräglad dialog ska vara en flexibel procedur för tilldelning av särskilt komplicerade kontrakt och 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 i förväg 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. Det är även möjligt att använda förfarandet när den upphandlande myndigheten eller enheten i stort känner till vilket slutresultat som ska uppnås, men där myndigheten eller enheten inte i förväg kan fastställa hur resultatet ska uppnås på bästa sätt när det gäller t.ex. finansiering, rättsfrågor eller tekniska lösningar (jfr definitionen i artikel 1.21 i direktivet). Förfarandet konkurrenspräglad dialog kommer att underlätta genomförandet av upphandlingar som är s.k. funktionsupphandlingar, dvs. upphandlingar där man i stället för att ställa krav på den vara eller den tjänst som ska upphandlas ställer krav på och definierar vilken funktion man önskar uppnå.

Konkurrenspräglad dialog kan antas leda till ökad kompetens och erfarenhet hos upphandlande myndigheter och enheter genom att leverantörerna använder dialogfasen för att presentera sina egna individuella lösningar. Dialogen antas också öka möjligheten att beakta t.ex. tekniska innovationer när den upphandlande myndigheten eller enheten fortlöpande kan diskutera och väga unika lösningar mot varandra

och att det därför är sannolikt att upphandling genom konkurrenspräglad dialog kan stimulera framväxten av ny teknik.

Direktivets bestämmelser om konkurrenspräglad dialog har motsvarigheter i det klassiska direktivet. Det klassiska direktivets bestämmelser har genomförts i LOU (se prop. 2009/10:180 del 1 s. 227–243). Förutsättningarna överensstämmer i stort. Medan det i direktivet anges att konkurrenspräglad dialog får användas om den upphandlande myndigheten eller enheten anser att användningen av selektivt eller förhandlat förfarande med offentliggörande av meddelande om upphandling inte medger tilldelning av kontrakt, anges emellertid i det klassiska direktivet att förfarandet får användas om den upphandlande myndigheten anser att användningen av öppet eller selektivt förfarande inte medger tilldelning av kontrakt.

Förfarandet har varit efterfrågat för den klassiska sektorn och regeringen har anledning att tro att det även inom försvars- och säkerhetssektorn finns ett behov av att kunna använda förfarandet. Regeringen anser därför att bestämmelser om konkurrenspräglad dialog bör införas i lagen. Som enligt LOU bör förfarandet även införas för upphandling som inte omfattas av direktivet. Vidare är det enligt regeringens mening lämpligt att författningsförslaget, när direktiven överensstämmer, utformas i överensstämmelse med LOU samt de påpekanden som lämnas av *FMV* avseende rubriker och utformningen av 4 kap. 12 § i lagen. Paragrafen kommer därmed att genomföra en del av direktivets definition av konkurrenspräglad dialog. Genom att ändra rubriksättningen undviks också det förbiseende avseende 4 kap. 15–20 §§ som *Konkurrensverket* befarar. Regeringen anser också att den författningstekniska regleringen när det gäller genomförande av en konkurrenspräglad dialog i successiva steg bör avvika från utredningens förslag, jfr avsnitt 13.1.4 avseende LOU.

I artikel 27.3 andra stycket i direktivet finns ett krav på likabehandling av anbudsgivare. Regeringen anser emellertid att detta följer redan av de grundläggande principerna i den föreslagna 1 kap. 10 § i lagen (jfr a.prop. s. 243). Någon särskild bestämmelse som genomför artikel 27.3 andra stycket i direktivet bör därför, enligt regeringens mening, inte tas in i lagen.

Konkurrensverket föreslår att artikel 27.3 tredje stycket i direktivet om att den upphandlande myndigheten eller enheten inte för övriga deltagare får röja vilka lösningar en deltagare har föreslagit eller annan konfidentiell information som någon deltagare har lämnat utan dennes samtycke ska införas i lagen eller på annat sätt tydliggöras. Vad gäller motsvarande bestämmelse i det klassiska direktivet, artikel 29.3 tredje stycket, uttalade regeringen att bestämmelserna om absolut anbudssekretess i 19 kap. 3 § andra stycket offentlighets- och sekretesslagen (2009:400), förkortad OSL, även omfattar uppgifter till skydd för enskilda ekonomiska förhållanden under tiden fram till dess att alla anbud offentliggörs eller ett tilldelningsbeslut fattas. Därefter tillgodoses enskildas behov av sekretess genom bestämmelserna i 31 kap. 16–18 §§ OSL om sekretess för enskilda affärs- eller driftförhållanden. Vidare finns bestämmelser om tystnadsplikt i lagen (1990:409) om skydd för företagshemligheter. Mot denna bakgrund ansåg regeringen att det inte behövdes några särskilda bestämmelser om sekretess för förfarandet

konkurrenspräglad dialog hos upphandlande myndigheter (a.prop. s. 242 och 243). Skäl att nu göra någon annan bedömning har inte framkommit. Någon särskild bestämmelse om sekretess vid en konkurrenspräglad dialog bör alltså inte införas.

Förfarandet är tänkt för särskilt komplicerade upphandlingar och ställer höga krav på kompetens hos de upphandlande myndigheterna och enheterna. Det kommer därför sannolikt inte att bli särskilt vanligt förekommande, vilket *SOFF* är inne på. Vidare har Kammarkollegiet på regeringens uppdrag utarbetat en vägledning för konkurrenspräglad dialog (2010:1). Vägledningen ska fungera som ett stöd för upphandlande myndigheter och leverantörer som vill genomföra respektive delta i en konkurrenspräglad dialog. Syftet med vägledningen är att beskriva processen och förutsättningar för genomförandet av den konkurrenspräglade dialogen och därmed bidra till ökad klarhet, rättssäkerhet och förutsebarhet kring regelverkets tillämpning. Ökad klarhet är också något som FMV efterfrågar. Vägledningen kommer att uppdateras i takt med praktiska erfarenheter och utveckling av domstolspraxis på området. Det kan även nämnas att kommissionen har utarbetat ”Explanatory Note – Competitive Dialogue – Classic Directive” avseende konkurrenspräglad dialog. När bestämmelserna om konkurrenspräglad dialog infördes i LOU uttalade regeringen också att det kan övervägas om det, när lagstiftningen har varit i kraft en tid, bör göras en utvärdering av hur förfarandet kommit att användas (a.prop. s. 241).

## 7.4 Elektronisk auktion

**Regeringens förslag:** Den föreslagna lagen ska innehålla bestämmelser om elektronisk auktion. Elektronisk auktion ska kunna användas såväl vid upphandling inom det direktivstyrda området som vid upphandling som faller utanför direktivets tillämpningsområde.

**Utredningens förslag** överensstämmer med regeringens.

**Remissinstanserna:** Det stora flertalet remissinstanser yttrar sig inte särskilt eller har inget att invända mot förslaget. *Konkurrensverket* tillstyrker förslaget och anser att användningen bör följas upp så att eventuella positiva eller negativa effekter kan uppmärksammas och utvärderas. Vidare efterfrågar verket ett mer utförligt resonemang i vilka situationer det kan vara lämpligt att använda sig av elektronisk auktion och när detta kan antas vara mindre lämpligt. *Konkurrensverket* anser att det bör förtydligas att elektronisk auktion även kan användas för upphandling utanför det direktivstyrda området. Detta kan lämpligen ske genom införande av en särskild bestämmelse alternativt hänvisning i 15 kap. *Säkerhets- och försvarsföretagen (SOFF)* bedömer att elektronisk auktion har begränsad användbarhet inom detta lagstiftningsområde.

**Skälen för regeringens förslag:** Medlemsstaterna får föreskriva att elektroniska auktioner får genomföras. Med en elektronisk auktion avses, enligt definitionen i artikel 1.12 i direktivet, en upprepad process med hjälp av elektroniska medel för att presentera nya lägre priser eller nya värden för vissa delar av anbudet. En elektronisk auktion genomförs

efter en första fullständig utvärdering av anbuderna och möjliggör en rangordning på grundval av automatiska utvärderingsmetoder. Följaktligen kan vissa tjänste- och byggentreprenadkontrakt som innehåller intellektuella prestationer, såsom projektering av byggentreprenader, inte bli föremål för elektronisk auktion.

En elektronisk auktion är alltså inte ett fullständigt upphandlingsförfarande, utan kan ingå som en avslutande del i ett annat upphandlingsförfarande. Av artikel 48.2 i direktivet framgår att en upphandlande myndighet eller enhet vid selektiva och förhandlade förfaranden får besluta att tilldelningen av ett kontrakt ska föregås av en elektronisk auktion om förfrågningsunderlaget kan fastställas med tillräcklig exakthet. Elektronisk auktion får även användas vid förnyad konkurrensutsättning inom ett ramavtal.

Bestämmelser om elektronisk auktion finns även i det klassiska direktivet och i försörjningsdirektivet. Dessa har genomförts i LOU och LUF. I förarbetena till de lagändringar varigenom bestämmelserna om elektronisk auktion infördes i LOU och LUF uttalade regeringen följande (prop. 2009/10:180 del 1 s. 245–246).

”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 elektronisk auktion 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.”

För att genomföra en elektronisk auktion krävs att förfrågningsunderlaget kan fastställas med tillräcklig exakthet. Detta innebär att elektronisk auktion inte är avsedd att användas vid mer komplicerade upphandlingar. Regeringen anser, även med beaktande av vad *SOFF* anför, att det enligt lagen om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet kan förekomma upphandlingar där det skulle kunna vara lämpligt att använda en elektronisk auktion och att möjligheten därför bör finnas för upphandlande myndigheter och enheter som önskar det.

De artiklar som berör elektroniska auktioner är i allt väsentligt identiska med motsvarande bestämmelser i det klassiska direktivet och i försörjningsdirektivet. Författningsförslaget bör därför, enligt regeringens mening, utformas i överensstämmelse med vad som gäller enligt LOU och LUF. Artikel 48 i direktivet skiljer sig från motsvarande

bestämmelse i det klassiska direktivet genom att elektronisk auktion får användas vid förhandlat förfarande med föregående annonsering utan begränsning, men överensstämmer med försörjningsdirektivet i denna del. Regeringen anser att artikel 48 i direktivet bör genomföras på motsvarande sätt som har gjorts i LUF.

Av artikel 48.8 andra stycket i direktivet framgår att en upphandlande myndighet eller enhet 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. Vid genomförande av motsvarande bestämmelser i det klassiska direktivet och försörjningsdirektivet (artikel 54.8 andra stycket respektive artikel 56.9) i LOU respektive LUF ansåg regeringen att detta följde redan av de grundläggande principerna och att det därför inte var nödvändigt att särskilt reglera detta (prop. 2009/10:180 del 1 s. 254). Regeringen ser inte skäl att avseende det nu aktuella direktivet göra någon annan bedömning och artikel 48.8 andra stycket bör därför inte föranleda någon särskild bestämmelse i lagen.

Som utredningen föreslår, och som gäller enligt LOU och LUF, anser regeringen att elektroniska auktioner bör kunna genomföras också vid upphandling utanför det direktivstyrda området, vid förenklat förfarande och urvalsförfarande. Detta bör, som *Konkurrensverket* påpekar, framgå av författningstexten genom en hänvisning i 15 kap. om upphandling som inte omfattas av direktivet till det kapitel som reglerar elektronisk auktion.

Kammarkollegiet har, på regeringens uppdrag, utarbetat en vägledning för elektronisk auktion (2010:2). Vägledningen ska fungera som ett stöd för upphandlande myndigheter och leverantörer som vill genomföra respektive delta i en elektronisk auktion. Syftet med vägledningen är att beskriva processen och förutsättningar för genomförandet av den elektroniska auktionen och därmed bidra till ökad klarhet, rättssäkerhet och förutsebarhet kring regelverkets tillämpning. I vägledningen anges att eftersom elektronisk auktion är ett nytt upphandlingsmoment i Sverige finns i nuläget begränsade erfarenheter av upphandlingsformen. Den första versionen av vägledningen bygger därför i stor utsträckning på information som inhämtats från myndigheter i andra europeiska länder med motsvarande roll som Kammarkollegiets nationella upphandlingsstöd. Vägledningen kommer att uppdateras i takt med praktiska erfarenheter och utveckling av domstolspraxis på området. Denna torde, enligt regeringens bedömning, kunna tillgodose behovet av vägledning bl.a. vad gäller i vilka situationer det är lämpligt att använda elektronisk auktion, något som *Konkurrensverket* efterfrågar.

Regeringen uttalade avseende LOU och LUF vid införande av reglerna om elektronisk auktion att det kan 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 (a.prop. s. 246 och 247). Det är, enligt regeringens mening, naturligt att en sådan eventuell översyn, vilket *Konkurrensverket* är inne på, också omfattar elektronisk auktion enligt den nu föreslagna lagen.

**Regeringens förslag:** Den nya lagen ska innehålla bestämmelser om ramavtal.

Ett ramavtal ska få löpa under högst sju år utom i undantagsfall som avgörs med hänsyn till den levererade produktens, anläggningens eller konstruktionens förväntade livslängd och de tekniska svårigheter som ett byte av leverantör kan orsaka.

Ramavtal ska kunna ingås såväl vid upphandling inom det direktivstyrda området som vid upphandling som inte omfattas av direktivet.

Vid upphandling som inte omfattas av direktivet ska ett ramavtal som ingås med flera leverantörer få ingås med ett valfritt antal leverantörer.

**Regeringens bedömning:** Skyldigheten för en upphandlande myndighet eller enhet att i en efterannons motivera en längre löptid än sju år bör inte framgå av den författningstext som reglerar ramavtal.

I den författningstext som reglerar ramavtal bör det inte anges att ramavtal inte får användas på ett otillbörligt sätt eller å ett sådant sätt att konkurrensen förhindras, begränsas eller snedvrids.

**Utredningens förslag** överensstämmer med regeringens, förutom vad gäller hänvisningen i den författningstext som reglerar ramavtal till skyldigheten att i en efterannons motivera att ett ramavtal löper längre tid än sju år.

**Remissinstanserna:** *Försvarets radioanstalt (FRA)* anser att det är positivt att löptiden för ramavtal har förlängts, men anser att tiden kunde förlängas till tio år för att säkerställa att det går att avtala om leveranser av varor och tjänster av vissa system som beräknas ha en längre livslängd än sju år.

### Skälen för regeringens förslag och bedömning

#### *Ramavtal inom det direktivstyrda området*

Medlemsstaterna får, enligt artikel 29 i direktivet, tillåta de upphandlande myndigheterna eller enheterna att sluta ramavtal. Ett ramavtal får inte löpa längre än sju år, utom i undantagsfall som avgörs med hänsyn till den levererade produktens, anläggningens eller konstruktionens förväntade livslängd och de tekniska svårigheter som ett byte av leverantör kan orsaka. En upphandlande myndighet eller enhet får inte använda ramavtal på ett otillbörligt sätt eller på ett sådant sätt att konkurrensen förhindras, begränsas eller snedvrids. Om ett ramavtal sluts med en enda ekonomisk aktör, ska kontrakt som bygger på detta ramavtal tilldelas i enlighet med villkoren i ramavtalet. Om ett ramavtal sluts med flera ekonomiska aktörer måste dessa vara minst tre till antalet, om det finns ett tillräckligt antal ekonomiska aktörer som uppfyller urvalskriterierna eller godtagbara anbud som uppfyller tilldelningskriterierna. Tilldelning av kontrakt som grundar sig på ramavtal som ingåtts med flera ekonomiska aktörer kan ske antingen genom tillämpning av villkoren i ramavtalet utan förnyad inbjudan att lämna anbud, eller, om inte alla

villkor är fastställda i ramavtalet, efter det att parterna blivit föremål för förnyad inbjudan att lämna anbud.

Bestämmelser om ramavtal finns också i det klassiska direktivet och i försörjningsdirektivet. Dessa har genomförts i LOU och LUF. Direktivets bestämmelser om ramavtal överensstämmer i stort med de som finns i det klassiska direktivet, förutom att ett ramavtals löptid enligt det klassiska direktivet som huvudregel får vara högst fyra år. Försörjningsdirektivet, och därmed även LUF, saknar närmare bestämmelser om ramavtal.

Direktivet ger alltså inget utrymme för att i nationell rätt införa bestämmelser om att ramavtal, som huvudregel, får ha en längre löptid än sju år, vilket *FRA* verkar vara inne på. Ett ramavtals löptid bör emellertid – som enligt direktivet – i undantagsfall kunna vara längre än sju år. Enligt artikel 29 i direktivet avgörs undantagsfallen med hänsyn till den levererade produktens, anläggningens eller konstruktionens förväntade livslängd och de tekniska svårigheter som ett byte av leverantör kan orsaka. I beaktandesats 21 i direktivet anges att ramavtalets löptid bör begränsas och bör inte kunna överstiga sju år, utom i fall som är vederbörligen styrkta av de upphandlande myndigheterna eller enheterna.

Möjligheten till undantag från den längsta löptiden för ett ramavtal finns också i det klassiska direktivet. Ett ramavtal får enligt artikel 32.2 fjärde stycket inte löpa längre än fyra år, utom i vederbörligen styrkta undantagsfall, särskilt genom föremålet för ramavtalet. Denna undantagsbestämmelse har genomförts i 5 kap. 3 § LOU, där det anges att ett ramavtal får löpa under längre tid än fyra år endast om det finns särskilda skäl.

Regeringen uttalade vid genomförandet av det klassiska direktivet i LOU att det är oklart vad som menas med ”vederbörligen styrkta undantagsfall, särskilt genom föremålet för ramavtalet” men ansåg att ett krav på att särskilda skäl ska finnas bör motsvara direktivets undantagsfall. Regeringen ansåg vidare att det ligger i sakens natur att det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att det finns tillräckliga skäl att tillämpa bestämmelsen och att dessa skäl ska vara hänförliga till föremålet för upphandlingen. Regeringen uttalade att ett exempel på när undantagsbestämmelsen kan tillämpas kan vara när det är fråga om ett avgränsat projekt som beräknas pågå något längre tid än fyra år och som inte har någon naturlig fortsättning när projektet avslutas. Det kan även finnas situationer där föremålet för upphandlingen är av sådant slag att det medför stora investeringar för leverantören vilka ska betala sig under avtalstiden (prop. 2006/07:128 del 1 s. 334).

Regeringen anser att direktivets bestämmelser om ramavtal ska genomföras i lagen på ett sätt som motsvarar hur det klassiska direktivets bestämmelser har genomförts i LOU. Enligt regeringens mening bör emellertid den som huvudregel längsta löptiden för ett ramavtal fastställas till sju år. Vidare anser regeringen att förutsättningarna för att göra undantag från huvudregeln om ett ramavtals längsta löptid i författningstexten bör utformas i nära anslutning till direktivtexten.

Av artikel 29.2 femte stycket i direktivet framgår att en upphandlande myndighet eller enhet i en efterannons ska motivera beslutet att för ett ramavtal ha en längre löptid än sju år. Utredningen föreslår att motiveringsskyldigheten ska framgå av ramavtalsregleringen i lagen. En

upphandlande myndighets eller enhets skyldighet att efterannonsera när den tilldelat ett ramavtal regleras i artikel 30.3 i direktivet. Genomförandet av den artikeln behandlas i avsnitt 8.5. I artikel 32.1 i direktivet anges att meddelandena ska innehålla de upplysningar som anges i bilaga IV i samma format som de standardformulär som antas av kommissionen. I bilaga IV till direktivet anges vilken information som ska finnas i de meddelanden som avses i artikel 30. I bilagan nämns bl.a. de skäl som motiverar ett ramavtal med en löptid på mer än sju år. Mot bakgrund av detta anser regeringen att det är överflödigt att i författningstexten om ramavtal ta in en bestämmelse om att en upphandlande myndighet eller enhet i efterannonseringen ska motivera att ett ramavtals löptid är längre än sju år. Regeringen anser att detta onödigtvis skulle tynga lagstiftningen. Någon bestämmelse som genomför artikel 29.2 femte stycket i direktivet bör därför inte tas in i lagen.

Att ramavtal inte får användas på ett otillbörligt sätt eller på ett sådant sätt att konkurrensen förhindras, begränsas eller snedvrids framgår redan av de grundläggande principerna, som föreslås tas in i 1 kap. 10 § i lagen. Regeringen anser därför att det är onödigt att i lagen ta in en särskild bestämmelse om detta vad gäller ramavtal (jfr a.prop. s. 333).

#### *Ramavtal inom det icke direktivstyrda området*

Precis som enligt LOU och LUF bör ramavtal, enligt regeringens mening, kunna ingås även vid upphandling utanför det direktivstyrda området. Vid upphandling inom direktivets tillämpningsområde måste, om ett ramavtal ingås med flera leverantörer, dessa som huvudregel vara minst tre till antalet. Vad gäller ramavtal där alla villkor är fastställda togs detta krav bort ur LOU och LUF för upphandlingar som inte omfattas av direktivet. Vid upphandling enligt 15 kap. LOU och LUF kan alltså ramavtal där alla villkor är fastställda ingås med valfritt antal leverantörer. Det motiverades med att kravet på upprätthållande av konkurrens framstår som mindre befogat när det enbart görs en beställning från ramavtalet utan vidare reglering av villkoren (prop. 2009/10:180 del 1 s. 299). Samma resonemang gör sig gällande avseende den nu aktuella lagen och regeringen anser därför att ramavtal där alla villkor är fastställda vid upphandling som inte omfattas av direktivets tillämpningsområde ska kunna slutas med ett valfritt antal leverantörer.

## 7.6 Inköpscentraler

**Regeringens förslag:** Den nya lagen ska innehålla bestämmelser om inköpscentraler. Inköpscentraler ska kunna användas såväl vid upphandling inom det direktivstyrda området som vid upphandling som faller utanför direktivets tillämpningsområde. En upphandlande myndighet eller enhet eller ett offentligt europeiskt organ ska kunna utgöra en inköpscentral.

Ansvaret för upphandlingen när en inköpscentral som inte är en upphandlande myndighet eller enhet ingår ett ramavtal ska regleras i lagen.

**Regeringens bedömning:** Ansvarsfrågan när inköpscentralen är en upphandlande myndighet eller enhet eller ett offentligt europeiskt organ som agerar som ombud bör inte regleras i lagen.

**Utredningens förslag:** Överensstämmer i stort med regeringens förslag och bedömning. Utredningen föreslår emellertid att det i den paragraf som reglerar ansvarsfrågan när inköpscentralen inte är en upphandlande myndighet ska hänvisas enbart till lagen och inte till direktivet. Vidare gör utredningen i ansvarsregleringen ingen åtskillnad mellan situationen när inköpscentralen sluter ramavtal och när den agerar ombud.

**Remissinstanserna:** Ingen remissinstans yttrar sig särskilt i frågan.

**Skälen för regeringens förslag och bedömning:** Medlemsstaterna får föreskriva att en upphandlande myndighet eller enhet får anskaffa byggtreprenader, varor eller tjänster med hjälp av en inköpscentral (artikel 10.1 i direktivet). Med inköpscentral avses, enligt artikel 1.18 i direktivet, en upphandlande myndighet eller enhet eller ett offentligt europeiskt organ som anskaffar varor eller tjänster som är avsedda för upphandlande myndigheter eller enheter, eller tilldelar kontrakt eller ingår ramavtal om byggtreprenader, varor eller tjänster som är avsedda för upphandlande myndigheter eller enheter.

Till skillnad från vad som gäller enligt det klassiska direktivet och försörjningsdirektivet kan alltså även en upphandlande enhet eller ett offentligt europeiskt organ utgöra en inköpscentral.

I beaktandesats 23 i direktivet anges att en upphandlande myndighet eller enhet som måste tillämpa direktivet under alla omständigheter bör vara berättigad att agera som inköpscentral. Samtidigt bör medlemsstaterna också ha rätt att utse offentliga europeiska organ som inte omfattas av detta direktiv, som Europeiska försvarsbyrån, till inköpscentral under förutsättning att dessa organ tillämpar upphandlingsförfaranden som överensstämmer med samtliga bestämmelser i detta direktiv på sådana upphandlingar.

Två huvudtyper av centraliserad upphandling kan urskiljas i direktivet. En typ är när en inköpscentral upphandlar byggtreprenader, varor och tjänster för vidareförsäljning till andra upphandlande myndigheter eller enheter, dvs. en form av grossistverksamhet. Den andra typen är när en inköpscentral upphandlar ramavtal för varor och tjänster, vilka sedan andra upphandlande myndigheter eller enheter kan göra avrop ifrån.

I Sverige finns det statliga myndigheter som genomför upphandlingar på ett sätt som gör att de kan betraktas som inköpscentraler av den andra typen. Inom ramen för den statliga inköpssamordningen gällde till och med den 31 december 2010 att myndigheter som hade utsetts till ramavtalsansvariga myndigheter upphandlade ramavtal som andra statliga myndigheter kunde göra avrop ifrån. Från den 1 januari 2011 har Kammarkollegiet ansvar för upphandlingsverksamheten inom den statliga inköpssamordningen.

Det övergripande syftet med den statliga inköpssamordningen är att förenkla den statliga förvaltningens anskaffning av vissa varor och tjänster och åstadkomma mer förmånliga inköpsvillkor. Enligt förordningen (1998:796) om statlig inköpssamordning ska en myndighet använda sådana ramavtal om myndigheten inte finner att en annan form av avtal sammantaget är bättre.

Sedan den 15 juli 2010 finns bestämmelser om inköpscentraler i LOU och LUF. I förarbetena uttalade regeringen att det förhållandet att inköpscentraler redan används är ett tungt vägande skäl för att det bör införas uttryckliga regler på området. Regeringen ansåg vidare att genom att införa bestämmelser om inköpscentraler skapas en tydligare rättslig grund för den samordnande upphandling som redan bedrivs och att verksamheten därför inte riskerar att bli olaglig (prop. 2009/10:180 del 1 s. 260 och 261). Regeringen ansåg därför att det borde införas bestämmelser om att en inköpscentral ska kunna ingå ramavtal samt även medverka vid en upphandling såsom ombud åt flera upphandlande myndigheter eller enheter. Däremot infördes inte möjligheten att agera som grossist, dvs. att inköpscentralen själv anskaffar varor eller tjänster som ska användas av andra, då detta inte tycktes förekomma i Sverige och då något sådant behov inte hade framkommit (a.prop. s. 263 och 264).

Mot bakgrund av det ovan anförda anser regeringen att det också i den nu aktuella lagen bör tas in bestämmelser om inköpscentraler. I den utsträckning de artiklar i direktivet som berör inköpscentraler är desamma som i det klassiska direktivet och i försörjningsdirektivet anser regeringen att det är lämpligt att bestämmelserna i lagen om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet utformas i överensstämmelse med motsvarande bestämmelser i LOU och LUF. En inköpscentral ska därför kunna ingå ramavtal som andra upphandlande myndigheter eller enheter kan avropa ifrån. Möjligheten för en inköpscentral att agera som grossist ska däremot inte tas in i lagen. I överensstämmelse med den befintliga regleringen i LOU och LUF ska vidare anges att en inköpscentral kan medverka vid en upphandling i egenskap av ombud åt flera upphandlande myndigheter eller enheter. Regeringen anser dessutom att direktivets möjlighet att ett europeiskt offentligt organ ska kunna vara en inköpscentral ska tas in i lagen.

En viktig fråga när det gäller bruket av inköpscentraler är vem som är ansvarig för att regelverket följs. I artikel 10.2 första strecksatsen i direktivet anges att den upphandlande myndigheten eller enheten ska anses ha följt direktivet under förutsättning att inköpscentralen har följt direktivet. Bestämmelsen motsvaras av artikel 11.2 i det klassiska direktivet och artikel 29.2 i försörjningsdirektivet. I enlighet med den praxis som har utvecklats är, enligt LOU och LUF, den myndighet som

tecknar ramavtal ansvarig och blir motpart vid en eventuell domstolsprövning. Vid förnyad konkurrensutsättning är det dock den avropande myndigheten eller enheten som blir ansvarig för att aktuella bestämmelser iakttas. I de rena ombudsfallen är det däremot den myndighet eller enhet som anlitar inköpscentralen som är ansvarig för att bestämmelserna iakttas. När bestämmelserna om inköpscentraler infördes i LOU och LUF bedömdes någon uttrycklig reglering av ansvarsfrågan inte nödvändig (a.prop. s. 264–266). Regeringen anser att det inte har framkommit några skäl att göra någon annan bedömning avseende ansvarsfrågan när en upphandlande myndighet utgör en inköpscentral enligt den nu aktuella lagen. Detsamma torde enligt regeringens mening gälla när en upphandlande enhet utgör en inköpscentral. Någon uttrycklig reglering av ansvarsfrågan i dessa fall behövs därför inte.

Ansvarsfrågan när inköpscentralen inte är en upphandlande myndighet eller enhet och därför inte omfattas av direktivet regleras i artikel 10.2 andra strecksatsen i direktivet. En upphandlande myndighet eller enhet som anlitar en sådan inköpscentral ska anses ha följt direktivet om de bestämmelser som tillämpats av inköpscentralen vid tilldelningen av kontraktet överensstämmer med samtliga bestämmelser i direktivet, och de kontrakt som tilldelats kan omfattas av effektiva åtgärder motsvarande dem som föreskrivs i direktivets avdelning IV, om regler som ska tillämpas för prövning. Direktivets avdelning IV består av artiklarna 55–64.

Regeringen anser att artikel 10.2 andra strecksatsen i direktivet ska genomföras i lagen på så sätt att en upphandlande myndighet eller enhet som anlitar en inköpscentral som inte är en upphandlande myndighet eller enhet, ska anses ha följt lagen om de bestämmelser om kontraktstildelning som inköpscentralen har tillämpat överensstämmer med bestämmelserna i direktivet och om de kontrakt som har tilldelats kan bli föremål för effektiva rättsmedel motsvarande dem som finns i direktivets avdelning IV. I de rena ombudsfallen anser regeringen att ansvaret, i enlighet med allmänna rättsliga principer, ligger på den upphandlande myndighet eller enhet som har anlitat en inköpscentral som inte är en upphandlande myndighet eller enhet (jfr a.prop. s. 266). Någon reglering i lag av ansvarsfrågan i dessa fall behövs därför, enligt regeringens mening, inte.

## 7.7 Reserverade kontrakt

<b>Regeringens bedömning:</b> Någon bestämmelse om reserverade kontrakt bör inte tas in i den nya lagen.
--

**Utredningens förslag** överensstämmer med regeringens bedömning.

**Remissinstanserna:** Ingen remissinstans yttrar sig särskilt i frågan.

**Skälen för regeringens bedömning:** Enligt artikel 14 i direktivet får medlemsstaterna reservera deltagandet i upphandlingsförfaranden för skyddade verkstäder eller föreskriva att kontrakten ska fullgöras inom ramen för program för skyddad anställning, om majoriteten av de berörda arbetstagarna är personer med funktionshinder som på grund av

funktionshindrets art eller svårighet inte kan utöva yrkesverksamhet på normala villkor.

I Sverige finns inte någon verksamhet som betecknas skyddade verkstäder. Den verksamhet som bedrivs av Samhall AB kan, enligt Upphandlingsutredningens delbetänkande Nya upphandlingsregler (SOU 2005:22 s. 210), möjligen jämföras med sådana verkstäder, men motsvarar närmast det som i direktivet kallas ”program för skyddad anställning”. Samhall AB erbjuder arbete åt arbetssökande personer som har ett eller flera funktionshinder.

Bestämmelser om skyddat arbete finns i förordningen (2000:630) om särskilda insatser för personer med funktionshinder som medför nedsatt arbetsförmåga. I 32 § i förordningen anges att skyddat arbete innebär arbete för personer med arbetshandikapp vars arbetsförmåga är så nedsatt att de inte kan få annat arbete och vars behov inte kan tillgodoses genom andra insatser.

Artikel 14 i direktivet är identisk med motsvarande artiklar i det klassiska direktivet och i försörjningsdirektivet. Regeringen ansåg att dessa direktivs bestämmelser om reserverade kontrakt för närvarande inte borde genomföras i LOU eller LUF (se prop. 2006/07:128 del 1 s. 186 och 187). Enligt regeringens mening finns det inte något skäl att nu och beträffande denna lag göra någon annan bedömning. Någon bestämmelse om reserverade kontrakt bör därför inte införas i lagen.

## 8 Bestämmelser om förfarandet

### 8.1 Tekniska specifikationer

**Regeringens förslag:** Den nya lagen ska innehålla bestämmelser om tekniska specifikationer för upphandling inom direktivets tillämpningsområde. Lagen ska också innehålla särskilda bestämmelser om tekniska specifikationer för upphandling som inte omfattas av direktivet.

Definitioner av vissa tekniska specifikationer ska tas in som en bilaga till lagen.

**Regeringens bedömning:** En bestämmelse som anger att de tekniska specifikationerna ska tillåta anbudsgivare att delta på lika villkor inte får innebära omotiverade hinder mot att upphandling öppnas för konkurrens bör inte tas in i lagen.

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

**Remissinstanserna:** De stora flertalet remissinstanser yttrar sig inte särskilt i frågan. *Förvaltningsrätten i Stockholm* anser att det i 7 kap. 4 § första stycket i den föreslagna lagen om att de tekniska specifikationerna inte får innehålla uppgifter om ursprung m.m. om detta leder till att vissa företag gynnas eller missgynnas bör övervägas att byta ut ordet ”vissa” mot ”visst”. *Försvarets materielverk (FMV)* påpekar att i 7 kap. 7 § saknas artikel 18.6 tredje strecksatsen, utan förklaring. *Konkurrensverket* avstyrker förslaget om att införa en bestämmelse avseende miljömärken

vid försvars- och säkerhetsupphandling. En sådan bestämmelse är, enligt verket, främst anpassad för konsumentområdet och torde inte vara lämpad för försvars- och säkerhetsupphandlingar.

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

### *Tekniska specifikationer vid direktivstyrd upphandling*

I artikel 18 i direktivet finns bestämmelser om tekniska specifikationer. Detta behandlas också i beaktandesats 38 i direktivet, vari anges följande.

”De tekniska specifikationer som de upphandlande myndigheterna eller enheterna upprättar bör tillåta att upphandlingen öppnas för konkurrens. Det måste därför vara möjligt att lämna anbud som baseras på olika tekniska lösningar. De tekniska specifikationerna måste följaktligen kunna bygga på prestanda- och funktionskrav. Om det å andra sidan hänvisas till europeisk standard – eller till internationella eller nationella standarder, inbegripet särskilda standarder på försvarsområdet – måste de upphandlande myndigheterna eller enheterna beakta anbud som baseras på andra likvärdiga lösningar. Denna likvärdighet kan bland annat utvärderas i förhållande till krav på samverkansförmåga och operativ effektivitet. För att visa att en lösning är likvärdig bör anbudsgivarna få använda alla former av bevis. Den upphandlande myndigheten eller enheten måste kunna motivera alla beslut om att likvärdighet inte föreligger. Det finns även internationella standardiseringsavtal som syftar till att säkerställa samverkansförmåga mellan stridskrafter och som kan ha vunnit laga kraft i medlemsstaterna. I det fall ett av dessa avtal är tillämpligt, kan de upphandlande myndigheterna eller enheterna kräva att anbuden ska vara förenliga med standarderna som beskrivs i det avtalet. De tekniska specifikationerna bör tydligt anges så att alla anbudsgivare vet vad de krav som den upphandlande myndigheten eller enheten fastställt omfattar.”

Bestämmelser om tekniska specifikationer finns också i det klassiska direktivet (artikel 23) och försörjningsdirektivet (artikel 34 och 35), vilka har genomförts i LOU och LUF (6 kap. i respektive lag).

Enligt artikel 18.1 i direktivet ska tekniska specifikationer ingå i kontraktshandlingarna (meddelanden om upphandling, förfrågningsunderlag, beskrivande dokument, eller kompletterande handlingar). Artikel 18.1 motsvaras av artikel 23.1 i det klassiska direktivet och artikel 34.1 i försörjningsdirektivet. Dessa har genomförts i 6 kap. 1 § LOU och LUF. I artikel 18.1 i direktivet preciseras vilka tekniska specifikationer som ska användas, nämligen specifikationer enligt definitionen i punkt 1 i bilaga III till direktivet. Innehållet i motsvarande bilaga till det klassiska direktivet togs in som en bilaga till LOU (se prop. 2006/07:128 del 1 s. 191). Enligt regeringens mening är det lämpligt att göra på samma sätt avseende nu aktuell lag.

De tekniska specifikationerna ska, enligt direktivets artikel 18.2, tillåta anbudsgivare att delta på lika villkor och får inte innebära omotiverade

hinder mot att upphandling öppnas för konkurrens. Regeringen anser att detta följer redan av de grundläggande principerna i 1 kap. 10 § (jfr a.prop. s. 341). En särskild bestämmelse som reglerar detta avseende tekniska specifikationer är därför inte nödvändig och bör, enligt regeringens mening, inte tas in i lagen.

De tekniska specifikationerna ska, enligt artikel 18.3 i direktivet, vara utformade på något av de sätt som anges i artikel 18.3 a–d. Enligt artikel 18.3 a i direktivet ska de tekniska specifikationerna vara utformade genom en hänvisning till de tekniska specifikationerna som definieras i bilagan och i prioritetsordning till olika angivna standarder. Med standard avses en teknisk specifikation godkänd av ett erkänt standardiseringsorgan för återkommande och kontinuerlig standard. Med svensk standard avses en standard som antagits av ett svenskt standardiseringsorgan som gjorts tillgänglig för allmänheten. I bilaga III till direktivet definieras vidare olika typer av standarder, specifikationer, godkännanden och teknisk referens. Bilagan motsvarar i stort bilaga 4 i LOU och LUF med definitioner av vissa tekniska specifikationer. Till skillnad från bilagorna i LOU och LUF innehåller bilaga III en definition av försvarsstandard: En teknisk specifikation som inte är tvingande och som godkänts av ett erkänt standardiseringsorgan på internationell, regional eller nationell nivå, specialiserad på utarbetandet av tekniska specifikationer för upprepad eller kontinuerlig tillämpning på försvarsområdet.

Enligt artikel 18.3 b–d i direktivet kan en teknisk beskrivning göras i form av prestanda- eller funktionskrav.

Artikel 18.3 i direktivet motsvaras av artikel 23.3 i det klassiska direktivet och artikel 34.3 i försörjningsdirektivet samt har genomförts i 6 kap. 2 och 3 §§ LOU respektive 6 kap. 2 och 3 §§ LUF.

Direktivets regler om tekniska specifikationer motsvaras till stor del av reglerna om tekniska specifikationer i det klassiska direktivet och försörjningsdirektivet. Regeringen anser att direktivets bestämmelser om tekniska specifikationer ska i motsvarande delar genomföras i svensk rätt på samma sätt som det klassiska direktivets och försörjningsdirektivets bestämmelser har genomförts i LOU och LUF. I övriga delar bör direktivet genomföras på ett direktivnära sätt.

Enligt artikel 18.4 första stycket i direktivet kan en upphandlande myndighet eller enhet som hänvisar till tekniska specifikationer inte förkasta ett anbud på grund av att det inte överensstämmer med specifikationerna då anbudsgivaren på lämpligt sätt och på ett sådant sätt som den upphandlande myndigheten eller enheten anser vara tillfredsställande i sitt anbud visar att de föreslagna lösningarna på ett likvärdigt sätt uppfyller kraven enligt den angivna tekniska specifikationen.

Enligt artikel 18.5 första stycket i direktivet kan en upphandlande myndighet eller enhet som anger prestanda eller funktionskrav, inte förkasta ett anbud som överensstämmer med vissa uppräknade standarder. Av artikelns andra stycke framgår att det åligger anbudsgivaren att på ett lämpligt sätt och på ett sådant sätt som den upphandlande myndigheten eller enheten anser vara tillfredsställande i sitt anbud visa att prestanda- eller funktionskraven uppfylls.

Reglerna innebär således att ett anbud inte ska förkastas enbart på den grunden att det hänvisar till en standard även om den upphandlande myndigheten eller enheten i de tekniska specifikationerna ställt krav på funktion eller prestanda, under förutsättning att standarden avser dessa funktions- eller prestandakrav och anbudet uppfyller dem. På motsvarande sätt kan ett anbud inte förkastas på den grunden att den upphandlande myndigheten eller enheten hänvisat till en standard om anbudet på ett likvärdigt sätt uppfyller kraven. I båda fallen ankommer det på anbudsgivaren visa på sätt som anges ovan att anbudet uppfyller kraven. Reglerna gör det således möjligt för upphandlande myndigheter och enheter att ange sina krav i termer av funktion eller prestanda samtidigt som de gör det möjligt för anbudsgivare att hänvisa till standarder.

Enligt artikel 18.4 andra stycket och artikel 18.5 tredje stycket i direktivet kan ett lämpligt sätt vara tillhandahållande av teknisk dokumentation från tillverkaren eller en provningsrapport från ett erkänt organ.

Artiklarna 18.4 och 18.5 i direktivet motsvaras av artikel 23.4 och 23.5 i klassiska direktivet och 34.4 och 34.5 i försörjningsdirektivet.

Artikel 18.6 i direktivet reglerar möjligheten för den upphandlande myndigheten eller enheten att föreskriva miljöegenskaper i form av prestanda eller funktionskrav och därvid använda sig av miljömärken. Den kan använda detaljerade specifikationer, eller vid behov delar av dessa, såsom de fastställts för europeiska miljömärken, (multi)nationella miljömärken eller andra miljömärken, under förutsättning att

- de är lämpliga för att definiera egenskaperna hos de varor eller tjänster som är föremål för upphandling,
- kraven för märket har utarbetats på grundval av vetenskapliga rön,
- miljömärkena har antagits genom ett förfarande i vilket samtliga berörda parter, t.ex. statliga organ, konsumenter, tillverkare, distributörer och miljöorganisationer, får delta,
- miljömärkena är tillgängliga för samtliga berörda parter.

Den upphandlande myndigheten eller enheten får ange att de varor eller tjänster som är försedda med miljömärke antas uppfylla de tekniska specifikationer som fastställs i förfrågningsunderlaget; den måste godkänna alla andra lämpliga bevismedel, såsom teknisk dokumentation från tillverkaren eller en provningsrapport från ett erkänt organ.

Som *FMV* påpekar saknas den tredje strecksatsen i direktivets artikel 18.6 i utredningens förslag till genomförande. Beträffande villkoret uttalade regeringen vid genomförande i LOU av motsvarande artikel i det klassiska direktivet att detta är kriterier för att ett miljömärke har tagits fram på rätt sätt och att de således inte behöver framgå av lagen (se prop. 2006/07:128 del 1 s. 347). Regeringen ser inte skäl att nu göra en annan bedömning.

Direktivet innehåller således bestämmelser om miljömärken som överensstämmer med motsvarande regler i LOU och LUF. Det kan, enligt regeringens mening, inte uteslutas att reglerna skulle kunna bli tillämpliga även vid upphandling inom försvars- och säkerhetsområdet. Mot denna bakgrund anser regeringen, till skillnad från *Konkurrensverket*, att det i lagen ska införas en sådan reglering.

I artikel 18.7 i direktivet finns en definition av erkända organ. Med erkända organ avses provnings- och kalibreringslaboratorier samt organ för inspektion och certifiering som uppfyller tillämpliga europeiska standarder. Definitionen överensstämmer med dem som finns i artikel 23.7 i det klassiska direktivet och artikel 34.7 i försörjningsdirektivet, som har genomförts i 2 kap. 7 § LOU och LUF. Liksom enligt de lagarna bör, enligt regeringens mening, definitionen av begreppet tas in i ett särskilt kapitel om definitioner (avsnitt 6.5).

Av artikel 18.8 i direktivet gäller vidare att om det inte motiveras av föremålet för upphandlingen, får tekniska specifikationer inte innehålla uppgifter om tillverkning, ursprung eller särskilt framställningsförfarande, ej heller hänvisningar till varumärke, patent eller typ, ursprung eller tillverkning, om det får till följd att vissa företag eller produkter gynnas eller att andra inte kan komma i fråga. Sådana uppgifter eller hänvisningar ska i undantagsfall vara tillåtna om en tillräckligt tydlig och begriplig beskrivning av föremålet för upphandlingen inte är möjlig genom tillämpning av punkterna 3 och 4. Sådana uppgifter eller hänvisningar ska följas av orden "eller likvärdigt". *Förvaltningsrätten i Stockholm* anser att det bör övervägas att i författningstexten byta ut ordet "vissa" mot "visst". Som framgår anges emellertid i direktivet *vissa* företag. Detsamma gäller motsvarande reglering i 6 kap. 4 § LOU och LUF, som genomför artikel 23.8 i det klassiska direktivet och artikel 34.8 i försörjningsdirektivet. Mot bakgrund av detta anser regeringen, till skillnad från förvaltningsrätten, att ordet *vissa* inte ska bytas ut mot *visst*.

Av artikel 16 i direktivet följer att vid upphandling av B-tjänster över tröskelvärdena ska artikel 18 gälla. Upphandling av B-tjänster föreslås regleras i 15 kap. i lagen. I en inledande bestämmelse i det kapitlet bör därför enligt regeringens mening, som i LOU och LUF, tas in en hänvisning till de bestämmelser som genomför artikel 18 i direktivet.

#### *Tekniska specifikationer vid upphandlingar som inte omfattas av direktivet*

Även vid upphandling under tröskelvärdena bör det finnas regler om tekniska specifikationer. Detta överensstämmer med regleringen i LOU och LUF. Till skillnad från utredningen, och i likhet med vad som gäller enligt LOU och LUF, anser regeringen emellertid att detta författningstekniskt bör regleras genom en hänvisning i en inledande bestämmelse i 15 kap. till de paragrafer som reglerar uppgifter om ursprung, tillverkning m.m. och miljömärken vid upphandling inom det direktivstyrda området.

## 8.2 Anbud med alternativa utföranden

**Regeringens förslag:** Lagen ska innehålla bestämmelser som reglerar möjligheten för en upphandlande myndighet eller enhet att tillåta att anbudsgivarna får lämna anbud med alternativa utföranden. Den upphandlande myndigheten eller enheten ska i annonsen om upphandlingen ange att anbud med alternativa utföranden godkänns och i kravspecifikationen ange vilka minimikrav som gäller för sådana anbud och villkoren för hur de ska presenteras.

**Utredningens förslag** överensstämmer med regeringens.

**Remissinstanserna:** Ingen av remissinstanserna berör frågan.

**Skälen för regeringens förslag:** Av artikel 19.1 i direktivet framgår att om kriteriet för kontraktstilldelning är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, får den upphandlande myndigheten eller enheten tillåta anbudsgivare att lägga fram alternativa anbud. Enligt artikel 19.2 ska en upphandlande myndighet eller enhet i meddelandet om upphandling ange huruvida den godkänner alternativa anbud eller inte. Om detta inte anges är alternativa anbud inte tillåtna. Enligt artikel 19.3 ska en upphandlande myndighet eller enhet som tillåter alternativa anbud i kravspecifikationer ange vilka minimikrav som gäller för alternativa anbud och eventuella särskilda villkor som gäller för redovisningen av anbudet. En upphandlande myndighet eller enhet ska endast beakta de alternativa anbud som uppfyller de ställda minimikraven. I artikel 19.4 anges att vid upphandling av varor och tjänster får en upphandlande myndighet eller enhet som har tillåtit alternativa anbud inte förkasta ett alternativt anbud enbart på grund av att anbudet, om det antas, skulle bli antingen ett tjänstekontrakt och inte ett varukontrakt, eller ett varukontrakt och inte ett tjänstekontrakt.

Bestämmelser med motsvarande innehåll finns i det klassiska direktivet och försörjningsdirektivet, vilka genomförts i LOU respektive LUF. Bestämmelsen bör enligt regeringens mening genomföras i överensstämmelse med bestämmelserna i direktiver och i LOU och LUF. Någon motsvarighet för upphandlingar som inte omfattas av direktivet finns inte i LOU eller LUF och föreslås inte heller för denna lag.

### 8.3 Information om beskattning, miljöskydd, arbetarskydd och arbetsvillkor

**Regeringens förslag:** Vid upphandling inom det direktivstyrda området ska en upphandlande myndighet eller enhet i förfrågningsunderlaget få ange hos vilket organ en anbudssökande eller anbudsgivare kan få uppgifter om skyldigheter avseende beskattning, miljöskydd, arbetarskydd och arbetsvillkor. Om sådan information tillhandahålls ska den upphandlande myndigheten eller enheten kräva att anbudsgivarna bekräftar att hänsyn har tagits till bestämmelserna om sådana villkor vid utformningen av anbudet.

**Regeringens bedömning:** Upphandlande myndigheter och enheter bör inte åläggas en skyldighet att i förfrågningsunderlaget ange hos vilket organ uppgifter kan erhållas om skyldigheter avseende beskattning, miljöskydd, arbetarskydd och arbetsvillkor.

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

**Remissinstanserna:** Ingen av remissinstanserna yttrar sig i frågan.

**Skälen för regeringens förslag och bedömning:** Artikel 24 i direktivet behandlar information om skyldigheter avseende bestämmelser om beskattning, miljöskydd, anställningsskydd och arbetsvillkor. Artikel 27 i det klassiska direktivet och artikel 39 i försörjningsdirektivet, som har genomförts i 6 kap. 12 § LOU och 6 kap. 13 § LUF.

Av artikel 24.1 i direktivet framgår att en upphandlande myndighet eller enhet i förfrågningsunderlaget får ange hos vilket eller vilka organ en anbudssökande eller anbudsgivare kan få relevanta uppgifter om skyldigheter avseende de bestämmelser om beskattning, miljöskydd, arbetarskydd och arbetsvillkor som gäller. Enligt artikeln kan en medlemsstat också ålägga en upphandlande myndighet eller enhet att ange detta i förfrågningsunderlaget.

Det ankommer alltså på varje medlemsstat att avgöra om en upphandlande myndighet eller enhet inte endast ska ha möjlighet utan också skyldighet att lämna aktuella upplysningar. Regeringen ansåg beträffande LOU och LUF att krav på att upphandlande myndigheter och enheter alltid ska lämna sådana upplysningar inte borde ställas (prop. 2006/07:128 del 1 s. 351 samt 499 och 500). Det finns enligt regeringens mening inte skäl att avseende nu aktuell lagstiftning göra en annan bedömning. Det ska därför inte krävas av upphandlande myndigheter och enheter att de i förfrågningsunderlaget ska upplysa om vilka organ som kan lämna information om beskattning, miljöskydd, arbetarskydd och arbetsvillkor.

Regeringen anser vidare att artikeln i övrigt ska genomföras i lagen på det sätt som motsvarande artiklar i det klassiska direktivet och försörjningsdirektivet har genomförts i LOU och LUF.

## 8.4 Särskilda villkor för fullgörande av kontrakt

**Regeringens förslag:** En upphandlande myndighet eller enhet ska få ställa särskilda krav på hur ett kontrakt ska fullgöras. Dessa villkor kan särskilt avse underentreprenad, informationssäkerhet eller försörjningstrygghet. Även sociala, miljömässiga och andra villkor ska få ställas. Kraven ska anges i annonsen om upphandlingen, förfrågningsunderlaget, det beskrivande dokumentet eller de kompletterande handlingarna. Särskilda villkor för kontraktets fullgörande ska få ställas vid upphandling såväl inom som utanför direktivets tillämpningsområde.

**Utredningens förslag** överensstämmer med regeringens.

**Remissinstanserna:** Majoriteten av remissinstanserna yttrar sig inte eller har inget att invända mot förslaget. *Försvarets materielverk (FMV)* föreslår att författningstexten i 7 kap. 12 § ändras till att överensstämja med artikel 20 i direktivet avseende uppräknade av vad särskilda villkor kan avse genom att uppräknade i andra meningen även innehåller sociala, miljömässiga och andra villkor. I annat fall kan det tolkas som att sistnämnda villkor har lägre dignitet än de som räknas upp först. *Konkurrensverket* anser att det inte finns skäl att undanta försvarsupphandlingar från de möjligheter som ges enligt EU-rätten att beakta miljö- och sociala aspekter i samband med upphandling och fullgörande av kontrakt.

**Skälen för regeringens förslag:** Enligt artikel 20 i direktivet får en upphandlande myndighet eller enhet ställa särskilda krav på hur kontraktet ska fullgöras under förutsättning att de är förenliga med gemenskapsrätten samt att de anges i kontraktshandlingarna (meddelanden om upphandling, förfrågningsunderlag, beskrivande dokument eller kompletterande handlingar). Dessa krav kan särskilt avse underentreprenad eller avse att säkerställa säkerheten för sekretessbelagd information och den försörjningstrygghet som den upphandlande myndigheten eller enheten kräver enligt artiklarna 21, 22 och 23, eller omfatta sociala hänsyn eller miljöhänsyn. Regeringen föreslår att direktivets begrepp sekretessbelagd information i lagen ska ersättas med säkerhetsskyddsklassificerade uppgifter (se avsnitt 9.1).

Av beaktandesats 41 i direktivet framgår bl.a. att villkoren för fullgörandet av ett kontrakt är förenliga med direktivet om de inte är direkt eller indirekt diskriminerande.

Artikeln motsvaras delvis av artikel 26 i det klassiska direktivet och artikel 38 i försörjningsdirektivet, vilka har genomförts i 6 kap. 13 § LOU respektive 6 kap. 14 § LUF. I det klassiska direktivet och försörjningsdirektivet, och därmed LOU och LUF, saknas naturligtvis hänvisningarna till bestämmelserna om underentreprenad, informationssäkerhet och försörjningstrygghet.

I artikel 20 i direktivet lyfts informationssäkerhet, försörjningstrygghet och underentreprenad fram som särskilt viktiga. Vikten av informationssäkerhet och försörjningstrygghet betonas även i direktivets beaktandesats 42:

”Villkoren för fullgörande av kontraktet kan särskilt innehålla de upphandlande myndigheternas eller enheternas krav i fråga om informationssäkerhet och försörjningstrygghet. Dessa krav är särskilt viktiga med tanke på den känsliga karaktären på den utrustning som omfattas av detta direktiv och gäller hela försörjningskedjan.”

Som enligt LOU och LUF anser regeringen att det i lagen ska tas in bestämmelser om särskilda kontraktsvillkor. Direktivets artikel 20 ska därför genomföras i svensk rätt. I likhet med utredningen, och till skillnad från *FMV*, anser därför regeringen att det i författningstexten finns skäl att i författningstexten betona vikten av de för upphandling på försvars- och säkerhetsområdet speciella bestämmelserna om underentreprenad, informations säkerhet och försörjningstrygghet. Regeringen anser emellertid, som också *Konkurrensverket* är inne på, att det inte finns skäl att undanta försvars- och säkerhetsupphandling från möjligheten att ställa sociala och miljömässiga villkor. Möjligheten att beakta miljöhänsyn och sociala hänsyn behandlas utförligt i förarbetena till LOU och LUF (se prop. 2006/07:128 del 1 s. 196–202). Vidare bör, enligt regeringens mening, också andra krav få ställas för hur ett kontrakt ska fullgöras. Liksom enligt LOU och LUF bör det framgå av lagen. I 1 kap. 9 a § LOU och 1 kap. 24 a § LUF finns en bestämmelse som anger att den upphandlande myndigheten respektive enheten vid upphandling bör beakta miljöhänsyn och sociala hänsyn om upphandlingens art motiverar detta. Utredningen innehåller inte någon sådan regel och det finns alltså inget beredningsunderlag. Regeringen förslår därför ingen sådan regel.

Regeringen anser att upphandlande myndigheter och enheter även vid upphandling utanför det direktivstyrda området ska ha möjlighet att ställa särskilda villkor för fullgörande av ett kontrakt. Detta överensstämmer med regleringen i LOU och LUF. Till skillnad från utredningen, och i likhet med vad som gäller enligt LOU och LUF, anser regeringen att detta författningstekniskt ska regleras genom en hänvisning i en inledande bestämmelse i 15 kap. till den paragraf som gäller upphandling över tröskelvärdena i stället för i en självständig paragraf om särskilda kontraktsvillkor i 15 kap.

## 8.5 Annonsering

**Regeringens förslag:** Den nya lagen ska innehålla bestämmelser om annonsering av upphandling. Bestämmelser om annonsering ska finnas såväl för det direktivstyrda området som för det icke direktivstyrda området.

**Regeringens bedömning:** Ytterligare regler om annonsering bör tas in i en förordning.

**Utredningens förslag:** Överensstämmer med regeringens förslag. Utredningen gör dock ingen bedömning att bestämmelser om annonsering ska tas in i en förordning.

**Remissinstanserna:** Ingen av remissinstanserna yttrar sig särskilt i frågan.

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

### *Annonsering av upphandling inom det direktivstyrda området*

#### Generell skyldighet att annonsera

Enligt artikel 30.2 i direktivet ska en upphandlande myndighet eller enhet som avser att tilldela ett upphandlingskontrakt eller ingå ett ramavtal genom ett selektivt eller förhandlat förfarande med offentliggörande av ett meddelande om upphandling eller en konkurrenspräglad dialog, informera om detta genom ett meddelande om upphandling.

Artikel 30.2 i direktivet motsvaras av artikel 35.2 i det klassiska direktivet, som har genomförts i 7 kap. 1 § LOU. Även 7 kap. 1 § LUF innehåller en sådan bestämmelse, medan annonseringsskyldigheten i det bakomliggande försörjningsdirektivet framgår indirekt av artikel 40.2.

Regeringen anser att direktivets artikel 30.2 om upphandlande myndigheters och enheters skyldighet att annonsera upphandlingar ska genomföras i enlighet med hur det klassiska direktivets motsvarande bestämmelse har genomförts i LOU. I likhet med motsvarande bestämmelser i LOU och LUF används uttrycket annons i stället för direktivens uttryck meddelande.

#### Förhandsannonsering

I artikel 30.1 i direktivet finns en möjlighet för upphandlande myndigheter och enheter som vill förkorta tidsfristerna för att komma in med anbud, att i ett förhandsmeddelande informera om det beräknade totala värdet av varu- eller tjänstekontrakt som myndigheten eller enheten avser att tilldela. När det gäller byggtreprenader ska förhandsmeddelandet avse väsentliga karakteristika för de kontrakt och ramavtal som den upphandlande myndigheten eller enheten avser att tilldela. Bestämmelserna om förhandsannonsering kan tillämpas även i de fall när möjligheten att förkorta tidsfristen inte ska utnyttjas.

Förhandsannonsering syftar till att ge företagen preliminära upplysningar om den upphandlande myndighetens eller enhetens kommande upphandlingar under året. Förhandsannonsen syftar även till att garantera principen om öppenhet i upphandlingen (prop. 2006/07:128 del 1 s. 204).

Direktivets regler om förhandsmeddelanden motsvaras i till den största delen av artikel 35.1 i det klassiska direktivet och artikel 41 i försörjningsdirektivet, som har genomförts i 7 kap. 2 § LOU och 7 kap. 3 § LUF. Emellertid saknas i direktivet de beloppsgränser som finns i det klassiska direktivet och i försörjningsdirektivet. Dessa beloppsgränser har inte heller införts i LOU och LUF (se a.prop. s. 204). Förhandsannonsering är enligt direktivet endast obligatoriskt om myndigheten eller enheten vill förkorta tidsfristen för mottagande av anbud. Detsamma gäller enligt det klassiska direktivet och försörjningsdirektivet (se a.prop. s. 357 och 505).

Regeringen anser att artikel 30.1 i direktivet ska genomföras i lagen i enlighet med hur det klassiska direktivets och försörjningsdirektivets motsvarande reglering har genomförts i LOU och LUF. Delar av artikeln ska därför tas in i lagen, medan andra delar bör regleras i en förordning (se nedan).

### Efterannonsering

Enligt artikel 30.3 första stycket i direktivet ska en upphandlande myndighet eller enhet som har tilldelat ett kontrakt eller ett ramavtal skicka ett meddelande om upphandlingsresultatet till kommissionen. Ett sådant meddelande ska skickas senast 48 dagar efter det att kontraktet har tilldelats eller ramavtalet har ingåtts. Den upphandlande myndigheten eller enheten behöver dock, enligt artikel 30.3 andra stycket i direktivet, inte skicka något meddelande om resultatet av tilldelningen av varje kontrakt som grundar sig på ett ramavtal.

Det klassiska direktivet och försörjningsdirektivet (artikel 35.4 respektive 43.1) innehåller också bestämmelser om efterannonsering. Dessa har genomförts i 7 kap. 3 § LOU och 7 kap. 6 § LUF. Tidsfristen för efterannonsering är densamma i direktivet om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet och det klassiska direktivet, medan en längre tidsfrist gäller enligt försörjningsdirektivet.

Regeringen anser att bestämmelserna om efterannonsering i artikel 30.3 första och andra styckena i direktivet ska införas i lagen i enlighet med hur det klassiska direktivets motsvarande bestämmelser har genomförts i LOU.

Enligt artikel 30.3 tredje stycket i direktivet behöver viss information inte offentliggöras, om offentliggörandet skulle hindra tillämpning av lag, strida mot allmänintresset, särskilt försvars- eller säkerhetsintressen, skulle skada offentliga eller privata ekonomiska aktörers berättigade kommersiella intressen eller skulle kunna motverka en sund konkurrens mellan dem. En upphandlande myndighet eller enhet ska beakta att de uppgifter som tas med i annonsen inte strider mot bestämmelserna i offentlighets- och sekretesslagen (2009:400) och lagen (1990:409) om företagshemligheter (jfr a.prop. s. 359). Det finns därför, enligt regeringens mening, inget behov av att i lagen om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet särskilt reglera att viss information inte behöver offentliggöras. Någon sådan bestämmelse bör alltså inte tas in i lagen.

Enligt artikel 16 i direktivet gäller artikel 30.3 även för B-tjänster. Det innebär en skyldighet för upphandlande myndigheter och enheter att vid upphandling av B-tjänster som uppgår till minst det tillämpliga tröskelvärdet skicka ett meddelande om resultatet till kommissionen. Som ovan behandlas gäller detta dock inte vid tilldelning av kontrakt som grundar sig på ett ramavtal.

En efterannonseringsskyldighet för B-tjänster över tröskelvärdena följer också av det klassiska direktivet och försörjningsdirektivet (artikel 21 respektive 32). Dessa har genomförts i 15 kap. 21 § LOU och LUF.

Regeringen anser att det i lagen ska införas en bestämmelse om skyldighet att vid upphandling av B-tjänster skicka ett meddelande om resultatet av upphandlingen till kommissionen. Bestämmelsen bör, enligt

regeringens mening, utformas i enlighet med motsvarande bestämmelser i LOU och LUF och placeras i lagens 15 kap. Någon skyldighet att efterannonsera ska inte föreligga när det gäller tilldelning av kontrakt med stöd av ett ramavtal.

#### Annonsering vid förhandsinsyn

I enlighet med direktivet föreslår regeringen att ett avtal som en upphandlande myndighet eller enhet har slutit med en leverantör ska kunna förklaras ogiltigt bl.a. om avtalet har slutits utan att föregående annonsering har skett på det sätt som krävs. Enligt artikel 60.4 i direktivet ska ogiltigförklaring emellertid inte få ske om den upphandlande myndigheten eller enheten anser att tilldelningen av ett kontrakt utan föregående annonsering är tillåten och den upphandlande myndigheten eller enheten i EUT har offentliggjort ett meddelande om frivillig förhandsinsyn där den meddelar sin avsikt att ingå avtalet. Vidare krävs att den upphandlande myndigheten inte ingått avtalet förrän minst tio dagar har gått från annonseringen.

En motsvarighet till direktivets bestämmelser om förhandsinsyn finns i ändringsdirektivets artikel 2d.4, som har genomförts i 7 kap. 4 § LOU och 7 kap. 7 § LUF samt 16 kap. 8 § och 17 § 2 LOU och LUF (föreslagna 16 kap. 3 § och 15 § 2 LOU och LUF).

Regeringen anser att direktivets bestämmelser om möjlighet för en upphandlande myndighet eller enhet att i EUT publicera en annons om förhandsinsyn ska genomföras i lagen och att det ska göras på ett sätt som motsvarar det sätt på vilket ändringsdirektivets bestämmelser har genomförts i LOU och LUF. Om regleringen i övrigt av förhandsinsyn se avsnitt 12.4.

#### Utformning och offentliggörande av annonser

Vid genomförande av det klassiska direktivet och försörjningsdirektivet i svensk rätt togs i LOU och LUF in bestämmelser om skyldighet att annonsera, om förhandsannonsering och om efterannonsering. Regeringen uttalade i förarbetena att det därutöver finns andra bestämmelser om annonsering i direktiven, men att dessa bestämmelser inte skulle tas in i LOU och LUF, utan i en förordning (prop. 2006/07:128 del 1 s. 354 och 501). Ovan föreslås att direktivets bestämmelser om skyldighet att annonsera en upphandling, om förhandsannonsering och om efterannonsering ska tas in i lagen. Regeringen ser inte skäl att nu göra någon annan bedömning avseende övriga annonseringsbestämmelser än som gjordes avseende LOU och LUF. Dessa ska därför inte tas in i lagen, utan bör tas in i en förordning.

Enligt artikel 32.1 i direktivet ska meddelandena innehålla de upplysningar som anges i bilaga IV och i förekommande fall varje annan upplysning som den upphandlande myndigheten eller enheten anser vara till nytta, i samma format som de standardformulär som kommissionen antar. Även i såväl det klassiska direktivet som i försörjningsdirektivet finns bestämmelser om annonsernas format. För dessa sektorer finns standardformulär i kommissionens förordning (EG) nr 1564/2005 av den

7 september 2005 om standardformulär för offentliggörande av meddelanden avseende offentlig upphandling<sup>83</sup>.

Vad en annons om förhandsinsyn som publiceras i EUT ska innehålla beskrivs i artikel 64 i direktivet. Där framgår också att annonsens format ska regleras i en förordning som antas av kommissionen. Artikelns motsvaras av artikel 3a i ändringsdirektivet och standardformulär för förhandsinsynsannonsering för den klassiska sektorn och för försörjningssektorn finns i ovan nämnda förordning.

### *Annonsering av upphandling som inte omfattas av direktivet*

#### Generell skyldighet att annonsera

Regeringen anser att det, liksom enligt LOU och LUF, ska införas en skyldighet för upphandlande myndigheter och enheter att annonsera upphandlingar som inte omfattas av direktivet och som sker genom förenklat förfarande eller urvalsförfarande. I LOU och LUF regleras sådan annonsering i 15 kap. 4 § i respektive lag.

Vid förenklat förfarande ska den upphandlande myndigheten eller enheten begära anbud genom annons i en elektronisk databas som är allmänt tillgänglig eller genom annons i annan form som möjliggör effektiv konkurrens. Vid urvalsförfarande ska en ansökningsinbjudan publiceras genom annons i en elektronisk databas, som är allmänt tillgänglig. Regeringen anser att detsamma bör gälla enligt lagen om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

I 15 kap. 5 § LOU och LUF regleras vad en annons ska innehålla. Det är enligt regeringens mening lämpligt att en motsvarande reglering tas in i den nu föreslagna lagen.

#### Annonsering vid förhandsinsyn

Ovan behandlas möjligheten inom det direktivstyrda området för upphandlande myndigheter och enheter att publicera en annons om förhandsinsyn för att säkerställa att ett avtal som sedan ingås inte kan komma att förklaras ogiltigt. Avseende LOU och LUF gjorde regeringen bedömningen att en sådan möjlighet bör finnas också för upphandling som inte omfattas av direktivet (prop. 2009/10:180 del 1 s. 143–146). 15 kap. 5 a § i respektive lag innehåller därför bestämmelser om annonsering vid förhandsinsyn när en upphandlande myndighet eller enhet avser att genomföra en direktupphandling. Regeringen ansåg att innehållet i en annons om förhandsinsyn enligt LOU och LUF skulle regleras i en förordning. Detta görs i 9 a § förordningen (2007:1099) om offentlig upphandling och upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster.

Regeringen anser att en möjlighet till frivillig förhandsinsyn bör införas för upphandling enligt 15 kap. i lagen. Det är enligt regeringens

<sup>83</sup> Senast ändrad genom 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, Celex 32009R1150).

mening lämpligt att regleringen följer vad som gäller för den klassiska sektorn och försörjningssektorerna. Av lagen ska därför framgå att möjligheten att annonsera finns och att det ska ske i en elektronisk databas, medan innehållet i annonsen bör regleras i en förordning.

Frivillig annonsering enligt vad som gäller för direktivstyrd upphandling

Av artikel 31 i direktivet framgår att en upphandlande myndighet eller enhet får annonsera även upphandling som inte omfattas av direktivet på det sätt som gäller för direktivstyrda upphandlingar.

En motsvarande bestämmelse finns i artikel 37 i det klassiska direktivet. Att en upphandlande myndighet eller enhet får publicera annonser om upphandlingar enligt 15 kap. LOU och LUF på det sätt som gäller för direktivstyrda upphandlingar framgår av 15 kap. 2 § fjärde stycket i lagarna.

De nämnda bestämmelserna i LOU och LUF utgör en ren upplysning till upphandlande myndigheter och enheter. I departementspromemorian Nya rättsmedel m.m. på upphandlingsområdet (Ds 2009:30 s. 275 och 276) gjordes bedömningen att lagstiftningen inte bör tyngas av upplysningar som kan tillhandahållas på annat håll. I promemorian föreslogs därför att bestämmelserna skulle utgå. Regeringen gjorde emellertid en annan bedömning på grund av möjligheten att genom efterannonsering förkorta den tidsfrist som gäller för att ansöka om överprövning av ett avtals giltighet (se nuvarande 16 kap. 18 § andra stycket 1 och föreslagna 16 kap. 17 § andra stycket 1 i lagarna). Som Lagrådet påpekade finns nämligen inte någon särskild bestämmelse om efterannonsering för upphandling under tröskelvärdena. Regeringen ansåg därför det lämpligt att upplysningen om möjligheten att annonsera enligt vad som gäller för direktivstyrda upphandlingar kvarstår (prop. 2009/10:180 del 1 s. 303 och 304).

Med beaktande av det anförda anser regeringen att det också i den nu föreslagna lagen bör föras in en upplysningsbestämmelse om möjligheten att vid upphandling enligt 15 kap. annonsera enligt vad som gäller för direktivstyrd upphandling.

## 8.6 Tidsfrister för att komma in med anbudsansökningar och anbud

**Regeringens förslag:** Lagen ska innehålla tidsfrister för att komma in med en anbudsansökan och ett anbud. Det ska finnas tidsfrister såväl för upphandling som omfattas av direktivet som för icke direktivstyrd upphandling.

**Utredningens förslag** överensstämmer med regeringens.

**Remissinstanserna:** Ingen av remissinstanserna yttrar sig särskilt i frågan.

## Skälen för regeringens förslag

### *Tidsfrister för att komma in med anbudsansökningar och anbud inom det direktivstyrda området*

I artikel 33 i direktivet finns bestämmelser om tidsfrister för att komma in med anbudsansökningar och anbud. Tidsfristerna anges som ett minsta antal dagar som ska stå till förfogande för att komma in med anbudsansökningar och anbud.

Tidsfrister för att komma in med anbudsansökningar och anbud finns också i artikel 38 det klassiska direktivet, som har genomförts i 8 kap. LOU. Eftersom öppet förfarande inte regleras i direktivet saknas i förhållande till det klassiska direktivet de tidsfrister som gäller för det förfarandet. I övrigt överensstämmer de båda direktiven med varandra.

Tidsfrister för att komma in med anbudsansökningar och anbud som delvis överensstämmer med direktivet finns också i försörjningsdirektivet. Dessa tidsfrister har genomförts i 8 kap. LUF.

Enligt artikel 33.1 i direktivet ska en upphandlande myndighet eller enhet när den fastställer tidsfrister för att komma in med anbudsansökan och anbud särskilt ta hänsyn till hur komplex upphandlingen är och hur lång tid som behövs för att utarbeta anbuden, utan att detta påverkar de minimitidsfrister som fastställs i artikeln. Motsvarande bestämmelse i det klassiska direktivet, 38.1, har genomförts i 8 kap. 1 § LOU. Artikel 45 i försörjningsdirektivet innehåller också en sådan bestämmelse och den har genomförts i 8 kap. 1 § LUF.

Enligt artikel 33.2 ska ansökningsfristen vid selektivt förfarande, förhandlat förfarande med föregående annonsering och konkurrenspräglad dialog vara 37 dagar från den dag då meddelandet om upphandling avsändes. Vid selektiva förfaranden ska fristen för mottagande av anbud vara minst 40 dagar från och med den dag då inbjudan avsänds. Motsvarande bestämmelse i det klassiska direktivet, artikel 38.3, har genomförts i 8 kap. 3 § LOU. Avseende regleringen av ansökningsfristen vid selektivt förfarande, förhandlat förfarande med föregående annonsering och konkurrenspräglad dialog saknas i den svenska språkversionen av direktivet ordet ”minst”. Detta torde vara en felaktig översättning (jfr t.ex. de engelska och franska språkversionerna och motsvarande bestämmelse i det klassiska direktivet). Regeringen anser därför att det, som i LOU, bör anges att ansökningsfristen ska vara minst 37 dagar.

Artikel 33.3 i direktivet medger för vissa fall en förkortad tidsfrist för att komma in med anbud vid selektiva förfaranden. Om den upphandlande myndigheten eller enheten har offentliggjort ett förhandsmeddelande får minimifristen som regel förkortas till 36 dagar, dock under inga omständigheter till under 22 dagar. För att använda förkortad tidsfrist krävs att förhandsmeddelandet innehåller all information som avses i bilaga IV till direktivet, i den utsträckning denna information är tillgänglig när meddelandet offentliggörs och om förhandsmeddelandet avsänds för offentliggörande mellan 52 dagar och tolv månader före den dag då meddelandet om upphandling avsändes. Motsvarande artikel i det klassiska direktivet, 38.4, har genomförts i 8 kap. 4 § LOU.

I artikel 33.3 andra stycket i direktivet anges att fristen ska löpa från det datum då inbjudan att lämna anbud avsändes. Detta framgår

emellertid redan av 9 kap. 2 § i den föreslagna lagen. Artikel 33.3 andra stycket i direktivet bör därför, enligt regeringens mening, inte föranleda någon särskild bestämmelse i den föreslagna lagen (jfr prop. 2006/07:128 del 1 s. 363)

Bilaga IV till direktivet innehåller information som ska finnas i de meddelanden som avses i artikel 30 i direktivet, bl.a. förhandsmeddelanden.

Artikel 33.4 och 33.5 i direktivet innehåller bestämmelser om förkortad tidsfrist vid användning av elektroniska medel. I artikel 33.4 i direktivet anges att fristerna för att komma in med en anbudsansökan om att delta i en anbudsgivning vid selektivt förfarande, förhandlat förfarande med föregående annonsering och konkurrenspräglad dialog får förkortas med sju dagar om meddelandena utarbetas och skickas med elektroniska medel i det format och enligt de förfaranden som anges i punkt 2 i bilaga VI. Motsvarande bestämmelse i det klassiska direktivet, artikel 38:5, har genomförts i 8 kap. 5 § LOU.

Bilaga VI till direktivet innehåller karaktäristika för offentliggörandet.

Enligt artikel 33.5 i direktivet får fristerna för att komma in med anbud vid selektivt förfarande förkortas med fem dagar om den upphandlande myndigheten eller enheten med elektroniska medel från och med offentliggörandet av meddelandet i enlighet med bilaga VI ger fri, direkt och fullständig tillgång till förfrågningsunderlaget och samtliga kompletterande handlingar, med angivande i meddelandet av den Internetadress där denna dokumentation finns tillgänglig. Denna förkortning får kumuleras med den förkortning som avses i artikel 33.4. Motsvarande artikel i det klassiska direktivet, 38.6, har genomförts i 8 kap. 6 LOU.

Artikel 33.6 i direktivet anger när tidsfristerna för att komma in med anbud ska förlängas. Om förfrågningsunderlaget och de kompletterande handlingarna eller ytterligare upplysningar, trots att detta begärts i tid, av någon anledning inte tillhandahålls inom de tidsfrister som anges i artikel 34 (se nedan) eller om anbud inte kan lämnas annat än efter ett besök på plats eller efter en granskning på plats av underlaget till förfrågningsunderlaget, ska fristerna för att motta anbud förlängas så att alla ekonomiska aktörer kan få kännedom om all den information som behövs för att utarbeta ett anbud. Artikeln motsvaras av artikel 38.7 i det klassiska direktivet, som har genomförts i 8 kap. 7 § LOU.

Artikel 33.7 i direktivet medger att tidsfristerna förkortas på grund av tidsbrist i vissa fall. Om det vid selektivt förfarande och förhandlat förfarande med föregående annonsering på grund av tidsbrist inte är möjligt att tillämpa minimitidsfristerna i artikel 33 får en upphandlande myndighet eller enhet fastställa en frist för mottagande av anbudsansökan på minst 15 dagar från och med den dag då meddelandet om upphandling avsändes och på minst tio dagar om meddelandet avsändes med elektroniska medel i det format och på de villkor för överföring som anges i punkt 3 i bilaga VI. Vid selektivt förfarande får en upphandlande myndighet eller enhet om det på grund av tidsbrist inte är möjligt att tillämpa de minimitidsfrister som anges i artikel 33 fastställa en frist för att komma in med anbud på minst tio dagar från och med dagen inbjudan att lämna anbud skickades. Motsvarande bestämmelser i det klassiska direktivet, 38.8, har genomförts i 8 kap. 8 § LOU.

Då artikel 33 i direktivet har motsvarigheter i artikel 38 i det klassiska direktivet anser regeringen att det är lämpligt att direktivets bestämmelser genomförs i lagen i enlighet med hur det klassiska direktivets motsvarande bestämmelser har genomförts i LOU.

*Tidsfrister för att lämna anbudsansökningar och anbud vid upphandling som inte omfattas av direktivet*

För upphandling som inte omfattas av direktivets tillämpningsområde finns regler om tidsfrister för att komma in med anbudsansökningar och anbud i 15 kap. 9 § LOU och LUF. Anbudssökande och anbudsgivare ska ges skälig tid att komma in med ansökningar respektive anbud. Vad gäller anbudsansökningar får dock tiden aldrig vara kortare än tio dagar från den dag då ansökningsinbjudan blev publicerad.

Det är, enligt regeringens mening, lämpligt att samma tidsfrister gäller för att komma in med anbudsansökningar och anbud enligt 15 kap. i den föreslagna lagen. Bestämmelser om tidsfrister som överensstämmer med regleringen i LOU och LUF ska därför tas in i lagen.

## 8.7 Inbjudan att komma in med anbud, att förhandla eller att föra dialog

**Regeringens förslag:** Bestämmelser om en inbjudan att komma in med ett anbud, att förhandla eller att föra dialog ska tas in i lagen för direktivstyrd upphandling. I tillämpliga delar ska dessa bestämmelser gälla även för upphandling som inte omfattas av direktivet.

**Utredningens förslag** överensstämmer med regeringens.

**Remissinstanserna:** Ingen av remissinstanserna har några invändningar mot förslaget.

**Skälen för regeringens förslag:** Enligt artikel 34.1 i direktivet ska en upphandlande myndighet eller enhet vid selektivt förfarande, förhandlat förfarande med föregående annonsering och konkurrenspräglad dialog, samtidigt och skriftligen bjuda in alla utvalda anbudssökande att lämna anbud, att förhandla eller att delta i dialogen.

Inbjudan till anbudssökande ska, enligt artikel 34.2 i direktivet, innehålla antingen ett exemplar av förfrågningsunderlaget eller det beskrivande dokumentet och samtliga kompletterande handlingar, eller uppgift om åtkomst till de handlingarna om det görs tillgängliga med elektroniska medel.

Av artikel 34.3 i direktivet framgår att om någon annan enhet än den ansvariga upphandlande myndigheten eller enheten har tillgång till förfrågningsunderlaget, det beskrivande dokumentet eller de kompletterande handlingarna, ska adressen till den enhet från vilken handlingarna kan begäras anges i inbjudan, liksom i förekommande fall fristen för en sådan begäran samt belopp och villkor för erläggande av avgift för att erhålla dessa handlingar. De behöriga enheterna ska skicka dessa handlingar till de ekonomiska aktörerna så snart som möjligt efter det att de har mottagit begäran.

Den upphandlande myndigheten eller enheten eller den behöriga enheten ska, enligt artikel 34.4 i direktivet, lämna ut kompletterande

upplysningar om förfrågningsunderlaget, det beskrivande dokumentet eller de kompletterande handlingarna senast sex dagar före den tidpunkt då mottagande av anbud senast kan ske, förutsatt att sådana upplysningar begärs i god tid. Vid ett påskyndat selektivt eller förhandlat förfarande ska denna tidsfrist vara fyra dagar.

Enligt artikel 34.5 i direktivet ska en inbjudan också innehålla minst följande:

- a) En hänvisning till det offentliggjorda meddelandet om upphandling.
- b) Sista dag för mottagande av anbud samt uppgift om adress dit anbuden ska skickas och om det eller de språk som anbuden ska skrivas på. När det gäller en konkurrenspräglad dialog ska denna information inte anges i inbjudan att delta i dialogen, utan i inbjudan att lämna anbud.
- c) Vid konkurrenspräglad dialog, uppgift om vilken dag och på vilken adress som samrådet ska börja och om vilket eller vilka språk som ska användas.
- d) Uppgift om vilka handlingar som eventuellt ska lämnas in.
- e) Viktningen av kriterierna för tilldelning av kontrakt eller, i förekommande fall, prioritetsordningen för de kriterier som tillämpas för att definiera det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, om den inte anges i meddelandet om upphandling, i förfrågningsunderlaget eller i det beskrivande dokumentet.

Bestämmelser som motsvarar artikel 34 finns i artikel 40 i det klassiska direktivet, som har genomförts i 8 kap. 10–12 §§ LOU. Försörjningsdirektivet innehåller också bestämmelser om innehåll i en inbjudan att lämna anbud eller att förhandla, som har genomförts i 8 kap. 11–14 §§ LUF. Försörjningsdirektivet och LUF innehåller emellertid bestämmelser om inbjudan efter förhandsannonsering som saknar motsvarighet i den klassiska sektorn. En annan skillnad är att det för försörjningssektorerna saknas bestämmelser om konkurrenspräglad dialog.

Regeringen anser att artikel 34 i direktivet ska genomföras i lagen i enlighet med hur motsvarande bestämmelser i det klassiska direktivet har genomförts i LOU.

Direktivet innehåller, liksom det klassiska direktivet, inte någon bestämmelse om att en inbjudan ska innehålla uppgift om tidsfristen för att begära kompletterande handlingar, om det är aktuellt, samt belopp och betalningssätt, om det ska betalas en avgift för handlingarna. En sådan finns i artikel 47.2 i försörjningsdirektivet. Regeringen ansåg emellertid, på förslag av Lagrådet, att en sådan bestämmelse ändå skulle tas in i LOU (prop. 2006/07:128 del 1 s. 368). Något skäl att göra någon annan bedömning beträffande den nya lagen har inte framkommit. Regeringen anser därför att även den nu föreslagna lagen bör innehålla en sådan reglering.

I LOU – och i LUF – anges vidare att en inbjudan ska innehålla övriga uppgifter av betydelse för upphandlingen. En sådan bestämmelse bör, enligt regeringens mening, tas in också i den nu föreslagna lagen.

I enlighet med LOU bör, enligt regeringens mening, bestämmelserna i tillämpliga delar gälla även vid upphandling under tröskelvärdena, dvs. vad gäller konkurrenspräglad dialog och om någon annan än den upphandlande myndigheten ska lämna ut förfrågningsunderlaget eller det beskrivande dokumentet. Detta bör framgå av en inledande paragraf i lagens 15 kap.

## 8.8 Kommunikation, information, dokumentation m.m.

### 8.8.1 Kommunikation m.m.

**Regeringens förslag:** Lagen ska innehålla bestämmelser om kommunikationssätt, anbudsöppning och rättelse av fel, förtydligande och komplettering av anbudsansökningar och anbud vid upphandling såväl inom som utanför direktivets tillämpningsområde.

**Utredningens förslag** överensstämmer med regeringens.

**Remissinstanserna:** Ingen av remissinstanserna yttrar sig över förslaget.

**Skälen för regeringens förslag:** Enligt artikel 36.1 i direktivet får all kommunikation och allt informationsutbyte under upphandlingsförfarandet efter den upphandlande myndighetens eller enhetens eget val ske per post, fax, eller elektroniska medel. De valda kommunikationsmedlen måste dock enligt artikel 36.2 i direktivet vara allmänt tillgängliga och således inte begränsa leverantörernas tillträde till anbudsöppningsförfarandet. Vidare ska enligt artikel 36.3 i direktivet kommunikation, informationsutbyte och lagringen av uppgifterna ske på ett sådant sätt att alla uppgifter och den sekretess som gäller för anbudsansökningar och anbud bevaras och att den upphandlande myndigheten eller enheten inte tar del av innehållet i anbudsansökningarna och anbuden innan fristen för att lämna anbud har löpt ut. Enligt artikel 36.4 i direktivet gäller att de verktyg som ska användas för kommunikation med elektroniska medel, liksom deras tekniska krav, måste vara icke-diskriminerande, allmänt tillgängliga och kompatibla med informations- och kommunikationsprodukter som i allmänhet används.

För anordningar för elektronisk överföring och mottagning av anbud och anordningar för elektronisk mottagning av anbudsansökningar gäller enligt artikel 36.5 i direktivet följande regler:

a) Information om de specifikationer som är nödvändiga för elektronisk inlämning av anbud och anbudsansökningar, inbegripet kryptering, ska finnas tillgänglig för alla berörda parter. Dessutom ska anordningar för elektronisk mottagning av anbud och anbudsansökningar uppfylla kraven i bilaga VIII till direktivet, som anger preciserade krav på den utrustning som används för elektronisk mottagning av anbudsansökningar och anbud.

b) Medlemsstaterna får, i överensstämmelse med artikel 5 i direktiv 1999/93/EG, kräva att elektroniska anbud är försedda med en avancerad elektronisk signatur i enlighet med punkt 1 i den artikeln.

c) Medlemsstaterna får införa eller behålla frivilliga ackrediteringssystem i syfte att förbättra nivån på certifieringstjänsterna för dessa anordningar.

d) Anbudsgivare och anbudssökande ska åta sig att lämna in de handlingar, certifikat och försäkringar som avses i artiklarna 39–44 och 46, om dessa inte är tillgängliga i elektronisk form, innan den fastställda tidsfristen för inlämning av anbud eller anbudsansökningar har löpt ut.

Beträffande överföring av anbudsansökningar framgår av artikel 36.6 b i direktivet att en sådan ansökan som görs per telefon ska bekräftas

skriftligen av sökanden före utgången av tidsfristen för mottagandet. Av artikel 36.6 c i direktivet framgår att en upphandlande myndighet eller enhet får kräva att en anbudsansökan som görs per fax ska bekräftas per post eller elektroniska medel, om detta är nödvändigt för juridiskt bindande bevis. Ett sådant krav ska anges av den upphandlande myndigheten eller enheten i meddelandet om upphandling liksom tidsfristen för bekräftelse per post eller elektroniska medel.

LOU och LUF innehåller bestämmelser om anbudsöppning som anger att den upphandlande myndigheten respektive enheten ska öppna anbudet så snart som möjligt efter anbudstidens utgång vid en förrättning där minst två av myndigheten respektive enheten utsedda personer ska delta. Anbudet ska föras upp i en förteckning, som ska bestyrkas av dem som deltar i förrättningen. Vidare ska om en anbudsgivare begär det en av en handelskammare utsedd person närvara. Kostnaden för detta ska betalas av den som framställt begäran.

LOU och LUF innehåller vidare bestämmelser om rättelse av fel m.m. En upphandlande myndighet respektive enhet får tillåta att en anbudssökande eller anbudsgivare rättar en uppenbar felskrivning eller felräkning eller något annat uppenbart fel i anbudsansökan eller anbudet. De får också begära att en anbudsansökan eller ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Myndigheten eller enheten får också begära att en leverantör förtydligar eller kompletterar handlingar som getts in och som avses i 11 och 12 kap. En motsvarighet till sistnämnda bestämmelse återfinns i artikel 45 i direktivet.

Reglerna om kommunikation överensstämmer med motsvarande bestämmelser i det klassiska direktivet och försörjningsdirektivet. De bör därför enligt regeringens mening genomföras i nära överensstämmelse med dessa bestämmelser. Föreskrifter med närmare bestämmelser om krav på den utrustning som används för elektronisk mottagning av anbudsansökningar och anbud kan meddelas av regeringen. Bestämmelser om anbudsöppning och rättelse av fel, förtydliganden och komplettering bör i överensstämmelse med LOU och LUF tas in i lagen.

#### *Kommunikation m.m. vid upphandlingar som inte omfattas av direktivet*

LOU och LUF innehåller bestämmelser om kommunikationssätt, anbudsöppning och rättelse av fel, förtydliganden och komplettering av anbudsansökningar och anbud för upphandlingar som inte omfattas av direktivet i överensstämmelse med de direktivbundna reglerna. Lagen bör därför innehålla motsvarande bestämmelser för upphandlingar som inte omfattas av direktivet.

## 8.8.2 Information till leverantörer och anbudsgivarens bundenhet av sitt anbud

**Regeringens förslag:** Bestämmelser om underrättelse om den upphandlande myndighetens eller enhetens beslut om tilldelningen av kontrakt eller slutandet av ramavtal och andra upplysningar om upphandlingen samt bestämmelser om anbudsgivarens bundenhet av sitt anbud ska tas in i lagen såväl för upphandling som omfattas av direktivets tillämpningsområde som för upphandling som inte omfattas av direktivet.

**Regeringens bedömning:** En bestämmelse som anger att en upphandlande myndighet eller enhet inte behöver lämna ut information om ett avtal om det skulle hindra tillämpning av lag, strida mot allmänintresset, särskilt försvars- och säkerhetsintresset, skada berättigade kommersiella intressen för leverantörer eller motverka sund konkurrens dem emellan bör inte tas med i lagen.

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

**Remissinstanserna:** Ingen av remissinstanserna berör frågan.

**Skälen för regeringens förslag och bedömning:** I artikel 35.1 i direktivet anges att en upphandlande myndighet eller enhet snarast ska underrätta de anbudssökande och anbudsgivarna om de beslut som fattas om tilldelningen av ett kontrakt eller slutandet av ett ramavtal, inklusive skälen till beslutet att inte sluta ett ramavtal eller tilldela ett kontrakt för vilket det har utgått inbjudan att lämna anbud eller att börja om förfarandet; denna information ska på begäran riktad till den upphandlande myndigheten eller enheten lämnas skriftligt.

Enligt artikel 35.3 i direktivet får en upphandlande myndighet eller enhet emellertid besluta att inte lämna ut viss information som rör kontraktstilldelning eller ingående av ramavtal och som anges i punkt 1, om detta skulle hindra tillämpning av lag, strida mot allmänintresset, särskilt försvars- och/eller säkerhetsintresset, skada berättigade kommersiella intressen för offentliga eller privata ekonomiska aktörer eller motverka en sund konkurrens dem mellan.

Artikel 35.1 i direktivet överensstämmer med motsvarande bestämmelser i det klassiska direktivet och försörjningsdirektivet och bör enligt regeringens mening därför tas in i lagen i överensstämmelse med motsvarande paragrafer i LOU och LUF. Bestämmelser motsvarande artikel 35.3 i direktivet har beträffande LOU och LUF inte bedömts kräva särskilt genomförande eftersom de motsvarades av bestämmelser i sekretesslagen (1980:100) och lagen (1990:409) om skydd för företags-hemligheter (se prop. 2006/07:128 del 1 s. 380). Bestämmelser motsvarande sekretesslagens finns nu i offentlighets- och sekretesslagen (2009:400), förkortad OSL. Regeringen gör även vad gäller artikel 35.3 i direktivet den bedömningen att bestämmelserna motsvaras av regler i OSL och lagen om skydd för företagshemligheter. Det finns därför, enligt regeringens mening, inget behov av att i lagen genomföra direktivets artikel 35.3.

Av artikel 35.2 i direktivet framgår följande. På skriftlig begäran av berörd part ska den upphandlande myndigheten eller enheten, om inte

annat följer av punkt 3, snarast möjligt, och senast 15 dagar efter det att en skriftlig begäran har mottagits, underrätta

a) varje anbudssökande vars ansökan avslagits om skälen till att ansökan inte har godtagits,

b) varje anbudsgivare vars anbud förkastats om skälen till att anbudet inte har godtagits, särskilt i de fall som avses i artikel 18.4 och 18.5, om skälen till sitt beslut om att likvärdighet inte föreligger eller sitt beslut att byggentreprenaden, varorna eller tjänsterna inte uppfyller kraven i fråga om prestanda eller funktion, och i de fall som avses i artiklarna 22 och 23, om skälen till sitt beslut om att överensstämmelse med kraven i fråga om informationssäkerhet och försörjningstrygghet inte föreligger,

c) varje anbudsgivare som har lämnat ett godtagbart anbud som har förkastats om utformningen av och de relativa fördelarna med det valda anbudet samt namnet på den anbudsgivare som tilldelats kontraktet eller parterna i ramavtalet.

Artikel 35.2 i direktivet avviker från motsvarande bestämmelser i det klassiska direktivet och försörjningsdirektivet (artikel 41.2 respektive 49.2) genom att artikeln i förevarande direktiv innebär att den upphandlande myndigheten eller enheten är skyldig att ge ut informationen på *skriftlig* begäran av berörd part. En sådan begäran kräver inte skriftlig form i övriga direktiv. Artikeln bör enligt regeringens mening genomföras i lagen med den ändring som direktivet innehåller.

Artikel 35.2 b i direktivet innehåller exempel på omständigheter som har lett till att ett anbud har förkastats och som ska motiveras. Motsvarande artikel i det klassiska direktivet ansågs onödig att ta in i LOU (se a.prop. s. 379). Regeringen ser inte skäl att nu göra någon annan bedömning och exemplifieringen ska därför inte tas in i lagen.

Direktivet anger inte någon uttrycklig skyldighet för upphandlande myndigheter och enheter att ange den tid under vilken anbudsgivarna ska vara bundna av sina anbud. En sådan skyldighet får emellertid anses ligga i sakens natur och framgår av de annonsblanketter som ska användas vid annonsering av upphandling. LOU och LUF (9 kap. 11 § första stycket) innehåller en bestämmelse som anger att den upphandlande myndigheten respektive enheten i förfrågningsunderlaget ska ange den tid som en anbudsgivare ska vara bunden av sitt anbud. Vid öppet förfarande ska det anges redan i annonsen om upphandling. Regeringen anser att en bestämmelse med motsvarande innehåll bör tas in i lagen. Dock krävs ingen särskild regel om vad som gäller vid öppet förfarande.

Vidare innehåller LOU och LUF (9 kap. 11 § andra stycket) en bestämmelse som anger att anbudsgivaren är bunden av sitt anbud även om han fått underrättelse om den upphandlande myndighetens eller enhetens beslut om vem som tilldelats kontraktet eller i övrigt varför hans anbud förkastats. En motsvarande bestämmelse bör enligt regeringens mening tas in i lagen.

### *Information till leverantörer vid upphandlingar som inte omfattas av direktivet*

Även upphandlingar som inte omfattas av direktivet bör, i likhet med vad som gäller enligt LOU och LUF, omfattas av motsvarande uppgifts-

skyldighet avseende tilldelningsbeslutet. För dessa upphandlingar bör enligt regeringens mening emellertid inte kravet på en skriftlig begäran gälla.

LOU och LUF innehåller en bestämmelse (15 kap. 5 § andra stycket 3) som reglerar upphandlande myndigheters och enheters skyldighet att i annonsen ange den tid under vilken anbudsgivaren ska vara bunden av sitt anbud. Vidare innehåller LOU och LUF en bestämmelse (15 kap. 19 § tredje stycket) som anger att anbudsgivaren är bunden av sitt anbud även om han fått en underrättelse om den upphandlande myndighetens eller enhetens beslut om att tilldela kontraktet eller i övrigt skälen varför hans anbud förkastats. Lagen bör innehålla motsvarande bestämmelser för de upphandlingar som inte fullt ut omfattas av direktivet.

### 8.8.3 Protokoll och bevarande av handlingar

**Regeringens förslag:** En upphandlande myndighet eller enhet ska vid upphandling inom det direktivstyrda området vara skyldig att upprätta protokoll över sina upphandlingar. Vad ett protokoll ska innehålla ska delvis regleras i lagen. Vidare ska det i lagen upplysas om att regeringen meddelar närmare föreskrifter om vad ett protokoll ska innehålla.

Vid upphandling som inte omfattas av direktivet ska en upphandlande myndighet eller enhet vara skyldig att anteckna skälen för sina beslut.

Upphandlande myndigheter och enheter som inte omfattas av arkivlagen ska förvara anbudsansökningar och anbud samt övriga handlingar som hör till upphandlingen på betryggande sätt. Handlingarna ska förvaras minst fyra år från dagen då kontraktet tilldelades. Skyldigheterna ska gälla vid upphandling såväl inom som utanför direktivets tillämpningsområde.

**Regeringens bedömning:** En särskild bestämmelse som anger att protokoll i upphandling ska bekräfta att urvalsförfarandet genomförts på ett öppet och icke-diskriminerande sätt bör inte tas in i lagen.

**Utredningens förslag och bedömning:** Överensstämmer huvudsakligen med regeringens. Utredningen föreslår emellertid inte att det i protokollet ska motiveras att konkurrenspräglad dialog har tillämpats, att vissa angivna frister eller en viss angiven gräns när det gäller förhandlat förfarande utan föregående annonsering har överskridits eller att ett ramavtal har en löptid på mer än sju år.

**Remissinstanserna:** Ingen av remissinstanserna har några invändningar mot förslaget och bedömningen.

### Skälen för regeringens förslag och bedömning

#### *Protokoll*

Artikel 37 i direktivet innehåller bestämmelser om att den upphandlande myndigheten eller enheten ska upprätta ett protokoll över varje upphandling samt vad protokollet ska innehålla.

1. För varje upphandlingskontrakt och varje ramavtal ska den upphandlande myndigheten eller enheten upprätta ett protokoll som bekräftar att urvalsförfarandet genomförts på ett öppet och icke-diskriminerande sätt, och som minst ska innehålla följande:

a) Den upphandlande myndighetens eller enhetens namn och adress, föremålet för och värdet av kontraktet eller ramavtalet.

b) Det valda upphandlingsförfarandet.

c) När det gäller en konkurrenspräglad dialog, de omständigheter som motiverar att detta förfarande tillämpas.

d) Vid förhandlade förfaranden utan föregående offentliggörande av meddelande om upphandling, de omständigheter som avses i artikel 28 som motiverar valet av förfarande. I förekommande fall en motivering till överskridandet av de frister som föreskrivs i artikel 28.3 a andra stycket och artikel 28.4 b tredje stycket och en motivering till överskridandet av den 50-procentsgräns som föreskrivs i artikel 28.4 a andra stycket.

e) I förekommande fall de skäl som motiverar ett ramavtal med en löptid på mer än sju år.

f) Namnen på de utvalda anbudssökandena och skälen till att de valts.

g) Namnen på de ej godtagna anbudssökandena och skälen till att de inte godtagits.

h) Skälen till att anbud har förkastats.

i) Namnet på den anbudsgivare som tilldelats kontraktet, skälen till att hans anbud valts och, om det är känt, uppgift om hur stor del av kontraktet eller ramavtalet som den utvalda anbudsgivaren avser eller kommer att tvingas att lägga ut på tredje part.

j) I förekommande fall, skälen till att den upphandlande myndigheten eller enheten har beslutat att inte tilldela något kontrakt eller ramavtal.

2. Den upphandlande myndigheten eller enheten ska vidta lämpliga åtgärder för att dokumentera genomförandet av tilldelningsförfaranden som sker med hjälp av elektroniska medel.

3. Protokollet eller huvuddragen i detta ska tillställas kommissionen, om den begär det.

Artikelns punkt 1 som reglerar vad protokollet ska innehålla överensstämmer delvis med det klassiska direktivet (artikel 43). Det finns inte någon motsvarighet i försörjningsdirektivet eller i LUF. I 9 kap. 12 § LOU finns vissa av uppgifterna i lagtexten. Vissa ansågs vara av sådan karaktär att de lämpligen skulle genomföras i svensk rätt genom förordning (prop. 2006/07:128 del 1 s. 382). På samma sätt bör, enligt regeringens mening, vissa delar av artikel 37.1 i direktivet genomföras i lagen, medan andra delar bör genomföras i en förordning. Regeringen anser att det i lagen ska upplysas om att regeringen meddelar närmare föreskrifter om vad ett protokoll ska innehålla.

Punkt 1 b om att protokollet ska innehålla det valda upphandlingsförfarandet är ny i förhållande till det klassiska direktivet. Regeringen anser att den ska tas in i lagen.

Punkt 1 c om att protokollet ska innehålla en motivering till att konkurrenspräglad dialog tillämpas har en motsvarighet i det klassiska direktivet. Det klassiska direktivets reglering har emellertid inte genomförts i LOU och har inte heller tagits in i förordningen (2007:1099) om offentlig upphandling och upphandling inom områdena

vatten, energi, transporter och posttjänster. Regeringen anser, till skillnad från utredningen, att det av den nu aktuella lagen bör framgå att ett protokoll ska innehålla en motivering till att konkurrenspräglad dialog tillämpats.

Av punkt 1 d framgår att protokollet ska innehålla en motivering till valet av förhandlat förfarande utan föregående annonsering. Detta överensstämmer med det klassiska direktivet och LOU. Regeringen anser att detta också ska framgå av den nu aktuella lagen. I punkt 1 d anges därutöver, till skillnad från det klassiska direktivet, att ett protokoll ska innehålla en motivering till att vissa angivna frister eller en viss procentgräns har överskridits. Regeringen anser, till skillnad från utredningen, att också detta bör framgå av lagen.

Punkt 1 e om att det i protokollet ska motiveras att ett ramavtal har en längre löptid än sju år är ny i förhållande till det klassiska direktivet och finns därför inte heller i LOU. Regeringen anser, till skillnad från utredningen, att dess innehåll ska tas in i lagen.

Punkt 1 h om att ett protokoll ska innehålla skälen till att anbud har förkastats har en delvis annan omfattning än motsvarande bestämmelse i det klassiska direktivet, som har tagits in i LOU. Regeringen anser att innehållet i punkten 1 h ska tas in i lagen.

Punkt 1 j om att ett protokoll ska innehålla skälen till att ett kontrakt eller ett ramavtal inte har tilldelats har en motsvarighet i det klassiska direktivet, som har genomförts i LOU. Regeringen anser att dess innehåll ska tas in i lagen.

I artikel 37.1 anges att protokollet ska bekräfta att urvalsförfarandet genomförts på ett öppet och icke-diskriminerande sätt. Detta följer redan av de grundläggande principerna i 1 kap. 10 § i den föreslagna lagen. Artikel 37.1 i denna del bör därför, enligt regeringens mening, inte genomföras särskilt i den paragraf som reglerar protokoll.

Artikel 37.2 i direktivet om dokumentation vid tilldelningsförfaranden med hjälp av elektroniska medel har en motsvarighet i det klassiska direktivet. Den togs inte in i LOU utan regeringen ansåg att i den mån förfarandet krävde särskilda uppgifter i protokollet skulle bestämmelser därom tas in i förordning (a.prop. s. 383). Regeringen gör samma bedömning beträffande artikel 37.2 i direktivet. Den ska således inte tas in i lagen.

Artikel 37.3 i direktivet om skyldighet för en upphandlande myndighet eller enhet att på begäran sända protokollet eller huvuddragen i det till kommissionen har en motsvarighet i det klassiska direktivet, som har tagits in i LOU. Regeringen anser att artikel 37.3 i direktivet ska genomföras i lagen på motsvarande sätt.

#### *Protokoll avseende upphandling som inte omfattas av direktivet*

Reglerna om protokoll i direktivet bör, enligt regeringens mening, inte göras tillämpliga på upphandlingar som inte omfattas av direktivet. I överensstämmelse med motsvarande bestämmelser i LOU och LUF anser regeringen att det i lagen ska tas in en bestämmelse som anger att den upphandlande myndigheten eller enheten ska anteckna skälen för sina

beslut och annat av betydelse vid upphandlingen. Detta gäller dock inte vid tilldelning av kontrakt som understiger direktupphandlingsgränsen.

### *Bevarande av handlingar*

Direktivet innehåller inga bestämmelser om hur handlingarna i en upphandling ska bevaras efter det att upphandlingen avslutats. Inte heller det klassiska direktivet innehåller någon sådan bestämmelse. I försörjningsdirektivet (artikel 50.1) regleras att den upphandlande enheten ska bevara vissa handlingar på ett sådant sätt att den vid ett senare tillfälle kan motivera sina beslut i upphandlingen. I bestämmelsens andra stycke anges att de ska bevaras under minst fyra år. Bestämmelsen har införts i LUF.

I LOU har emellertid en bestämmelse införts som innehåller en skyldighet för de upphandlande myndigheter som omfattas av arkivlagen (1990:782) som gäller bevarande av handlingar på betryggande sätt och att de ska bevaras i fyra år.

Skälet till att försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet inte innehåller bestämmelser om bevarande av handlingar torde bero på att det har tagits in de relativt omfattande reglerna om protokoll från det klassiska direktivet. Regler om bevarande av handlingar har därför inte bedömts nödvändiga. Regeringen delar emellertid utredningens bedömning att bestämmelser som motsvarar dem i LOU bör införas i lagen.

### *Bevarande av handlingar i upphandlingar som inte omfattas av direktivet*

Reglerna om upphandlingar som inte omfattas av direktivet bör, enligt regeringens mening, i likhet med LOU innehålla en bestämmelse om bevarande av handlingar i överensstämmelse med den direktivstyrda regeln.

## 8.9 Uteslutning av leverantörer

**Regeringens förslag:** De upphandlande myndigheterna och enheterna ska vara skyldiga att utesluta leverantörer som begått vissa typer av brott. I andra fall ska de ha rätt att utesluta leverantörer efter vissa angivna grunder.

Beträffande uteslutningsgrunden deltagande i kriminell organisation ska bestämmelsen hänvisa till rådets rambeslut 2008/841/RIF.

Bestämmelserna om uteslutning ska gälla såväl för det direktivstyrda området som för det icke direktivstyrda området.

**Utredningens förslag** överensstämmer med regeringens förslag bortsett från att utredningens förslag beträffande brottet deltagande i kriminell organisation hänvisar till rådets gemensamma åtgärd 98/733/RIF i stället för rådets rambeslut 2008/841/RIF.

**Remissinstanserna:** *Konkurrensverket* anser att det inte är tydligt vad som avses med att en leverantör, som på grund av någon form av bevis

som även kan bestå av skyddade uppgiftskällor, kunnat konstateras inte vara så tillförlitlig som krävs för att inte riskera medlemsstatens säkerhet. I övrigt yttrar ingen remissinstans sig i frågan.

## **Skälen för regeringens förslag**

### *Inledning*

Direktivet innehåller i likhet med det klassiska direktivet och försörjningsdirektivet dels tvingande regler om uteslutning av leverantörer på grund av vissa brott, dels fakultativa regler om uteslutning. De tvingande bestämmelserna innefattar brottslighet som anges i olika EU-rättsakter som avser deltagande i kriminell organisation, bestickning, bedrägeri, penningtvätt och finansiering av terrorism samt terroristbrott eller brott med anknytning till terroristverksamhet. Uteslutning på grund av deltagande i kriminell organisation, bestickning, bedrägeri och penningtvätt återfinns även i LOU och LUF.

### *Direktivets bestämmelser om obligatorisk uteslutning*

Enligt artikel 39.1 i direktivet är en upphandlande myndighet eller enhet skyldig att utesluta en leverantör från att delta i en upphandling om leverantören har lagförts för sådana brott som anges i artikeln. De brott som avses anges i olika EU-rättsakter.

Av artikel 39.1 a i direktivet följer att en leverantör som dömts för *deltagande i en kriminell organisation* enligt definitionen i artikel 2.1 i rådets gemensamma åtgärd 98/733/RIF ska uteslutas från att delta i en upphandling. Bestämmelsen är gemensam med artikel 45.1 a i det klassiska direktivet. Definitionen av kriminell organisation behandlas beträffande motsvarande bestämmelse i LOU och LUF i prop. 2006/07:128 del 1 s. 228 och 229. Den gemensamma åtgärden upphävdes emellertid genom rådets rambeslut 2008/841/RIF<sup>84</sup>. Underhandskontakter med kommissionen har gett vid handen att hänvisningen till den gemensamma åtgärden istället för till rambeslutet är ett rent förbiseende, varför lagen bör hänvisa till rambeslutet i stället för till den gemensamma åtgärden.

I artikel 1.1 i rambeslutet definieras kriminell organisation som en strukturerad sammanslutning, som har inrättats under en tid, av mer än två personer som handlar i samförstånd för att begå brott som bestraffas med frihetsberövande eller en frihetsberövande säkerhetsåtgärd på maximalt minst fyra år eller en strängare sanktion, för att direkt eller indirekt erhålla ekonomiska eller materiella fördelar. Med strukturerad sammanslutning avses enligt artikel 1.2 en sammanslutning som inte tillkommit slumpartat i det omedelbara syftet att begå ett brott eller som inte nödvändigtvis har formellt fastställda roller för medlemmarna, kontinuitet i sammansättningen eller en utarbetad struktur. Rambeslutet tar alltså sikte på gärningar som enligt svensk rätt har fängelse i fyra år

<sup>84</sup> Rådets rambeslut 2008/841/RIF av den 24 oktober 2008 om kampen mot organiserad brottslighet (EUT L 300, 11.11.2008, s. 42, Celex 32008F0841).

eller mer i straffskalan och som syftar till att direkt eller indirekt ge ekonomiska eller materiella fördelar. Följaktligen träffar rambeslutet för svenskt vidkommande främst grova former av sådana brott som normalt är att förknippa med organiserad brottslighet. Dit hör sådant som stöld, rån, bedrägeri, penningförfalskning, dobbleri, koppleri, människohandel, bestickning, narkotikabrott, vapenhandel, smuglingsbrott och människosmuggling (Lagrådsremiss Genomförande av rådets rambeslut om kampen mot organiserad brottslighet, s. 21). Rambeslutet har ännu inte genomförts i svensk rätt men regeringen beslutade den 27 januari 2001 en remiss till Lagrådet och proposition förväntas beslutas under våren, varvid lagändringarna bör kunna träda i kraft den 1 juli 2011.

Artikel 2 i rambeslutet kräver följande i fråga om kriminalisering när det gäller brott begångna inom ramen för kriminella organisationer:

”Varje medlemsstat ska vidta nödvändiga åtgärder för att se till att den ena eller båda av följande typer av beteende som rör en kriminell organisation betraktas som brottsliga gärningar.

a) Beteendet hos en person, som med avsikt och med kunskap om antingen den kriminella organisationens syfte och allmänna verksamhet eller organisationens avsikt att begå brotten i fråga, aktivt deltar i organisationens brottsliga verksamhet, vari inbegrips tillhandahållande av information eller materiellt stöd, rekrytering av nya medlemmar och alla former av finansiering av verksamheten, med vetskap om att deltagandet kommer att bidra till genomförandet av organisationens brottsliga verksamhet.

b) Det beteende hos en person som utgörs av en överenskommelse med en eller flera personer om en verksamhet, som om den genomförs innebär att brott som avses i artikel 1 begås, även om personen i fråga inte deltar i det egentliga genomförandet av verksamheten.”

I ovan nämnda lagrådsremiss föreslås att rambeslutet ska genomföras i enlighet med artikel 2 a, vilket får till följd att det för vissa brott som rambeslutet får anses omfatta krävs att straffansvar införs för förberedelse och i förkommande fall även för försök. Sålunda föreslås att koppleri, grov förskingring, grovt bokföringsbrott, bestickning (grovt brott), grovt skattebrott, olovlig förflyttning av punktskattepliktiga varor (grovt brott) och grovt insiderbrott kriminaliseras på förberedelsestadiet. Detsamma gäller grovt miljöbrott, grovt artskyddsbrott samt de grova fallen av jaktbrott och jakthäleri, som samtliga dessutom föreslås straffbeläggas som försök.

Regeringen konstaterade i samband med införandet av LOU och LUF att det mot bakgrund av att deltagande i en kriminell organisation enligt den gemensamma åtgärden motsvaras av en stor mängd möjliga brottstyper liksom många gärningstyper på olika stadier av ett brotts utförande inte var praktiskt genomförbart att i den aktuella lagstiftningen ange vilka straffbestämmelser som deltagande i en kriminell organisation motsvarar i svensk rätt. Regeringen fann att en hänvisning till svenska straffbestämmelser därför inte var möjlig (prop. 2006/07:128 s. 229 och 230). Dessa överväganden gör sig alltså gällande och den brottsliga gärningen bör även i den nu föreslagna lagen beskrivas genom en

hänvisning till det underliggande EU-instrumentet, i detta fall rambeslutet.

Liksom när det gäller de tidigare upphandlingslagarna, ska en lagakraftvunnen dom, enligt vilken en leverantör eller en företrädare för en leverantör har dömts för ett mer kvalificerat brott alltså leda till uteslutning. Detta gäller framförallt gärningar som av domstolen har rubricerats som grova brott, t.ex. grov stöld och grovt bedrägeri. Uteslutning ska också ske om leverantören har dömts för medverkan, försök, förberedelse eller stämpling till sådana brott. En generell förutsättning är förstås att brottet har begåtts i organiserad form.

På samma sätt som den gemensamma åtgärden lämnar rambeslutet det i övrigt fritt för medlemsstaterna att välja hur kriminaliseringen ska vara utformad. Flera medlemsstater, bl.a. Tyskland, Österrike, Nederländerna och Finland, har infört särskilda straffbestämmelser för deltagande i en kriminell organisation. Av en utländsk lagakraftvunnen dom kan således följa att en leverantör dömts för brottet deltagande i en kriminell organisation eller liknande, vilket alltså torde innebära att uteslutning ska ske.

Av artikel 39.1 b i direktivet följer att en leverantör som dömts för *bestickning* enligt definitionerna i artikel 3 i rådets akt av den 26 maj 1997 (korruptionskonventionen) och artikel 2.1 i rådets rambeslut om kampen mot korruption i den privata sektorn (2003/568/RIF) ska uteslutas från en upphandling. Bestämmelsen är gemensam med artikel 45.1 b i det klassiska direktivet. Motsvarande bestämmelse i LOU och LUF kommenteras i prop. 2006/07:128 del 1 s. 230 och 231.

Av artikel 39.1 c i direktivet följer att en lagakraftvunnen dom avseende *bedrägeri* enligt artikel 1 i konventionen om skydd av europeiska gemenskapernas finansiella intressen (bedrägerikonventionen) utgör grund för uteslutning. Bestämmelsen är gemensam med artikel 45.1 c i det klassiska direktivet. Definitionen av bedrägeri och motsvarande bestämmelse i LOU och LUF behandlas i prop. 2006/07:128 del 1 s. 231–234.

Av 39.1 d i direktivet följer att en leverantör som dömts för *terroristbrott* eller *brott med anknytning till terroristverksamhet* såsom de definieras i artikel 1 respektive artikel 3 i rambeslut om bekämpande av terrorism 2002/475/RIF<sup>85</sup> eller anstiftan, medhjälp och försök att begå brott i den mening som avses i artikel 4 i nämnda rambeslut, ska uteslutas. Dessa uteslutningsgrundande brott har ingen motsvarighet i LOU eller LUF.

Terroristbrott definieras i artikel 1.1 i 2002 års rambeslut på följande sätt:

”de uppsåtliga handlingar som avses i punkterna a–i och som genom sin art eller sitt sammanhang allvarligt kan skada ett land eller en internationell organisation skall betraktas som terroristbrott i enlighet med brottsbeskrivningarna i nationell lagstiftning, när de begås i syfte att

<sup>85</sup> Rådets rambeslut 2002/475/RIF av den 13 juni 2002 om bekämpande av terrorism (EGT L 164, 22.6.2002, s. 3, Celex 32002F0475).

- injaga allvarlig fruktan hos en befolkning,
- otillbörligen tvinga offentliga organ eller en internationell organisation att utföra eller att avstå från att utföra en viss handling, eller
  - allvarligt destabilisera eller förstöra de grundläggande politiska, konstitutionella, ekonomiska eller sociala strukturerna i ett land eller i en internationell organisation,
    - a) angrepp mot en persons liv som kan leda till döden,
    - b) allvarliga angrepp på en persons fysiska integritet,
    - c) människorov eller tagande av gisslan,
    - d) förorsakande av omfattande förstörelse av en regeringsanläggning eller offentlig anläggning, transportsystem, infrastruktur, inklusive datasystem, en fast plattform belägen på kontinentalsockeln, en offentlig plats eller privat egendom, som kan komma att utsätta människoliv för fara eller förorsaka betydande ekonomiska förluster,
    - e) kapning av luftfartyg och fartyg eller andra kollektiva transportmedel eller godstransportmedel,
    - f) tillverkning, innehav, förvärv, transport, tillhandahållande eller användning av skjutvapen, sprängämnen eller kärnvapen, av biologiska eller kemiska vapen, samt, när det gäller biologiska och kemiska vapen, forskning och utveckling,
    - g) utsläpp av farliga ämnen eller orsakande av brand, översvämningar eller explosioner, vilka utsätter människoliv för fara,
    - h) att störa eller avbryta försörjningen av vatten, elkraft eller andra grundläggande naturresurser, när detta utsätter människoliv för fara,
    - i) hot om att utföra någon av de handlingar som räknas upp i punkterna a–h.”

Rambeslutet har i svensk rätt genomförts genom lagen (2003:148) om straff för terroristbrott. Straffansvaret för terroristbrott regleras i 2 §. I 3 § anges vilka gärningar som, under förutsättning att de kvalificerande rekvisiten i 2 § är uppfyllda, utgör terroristbrott. Bestämmelsen omfattar de handlingar som enligt artikel 1.1 punkterna a–i i rambeslutet ska kunna utgöra terroristbrott. En bestämmelse om bl.a. försök finns i 4 §.

Artikel 3 i rambeslutet kompletterar artikeln om terroristbrott med en bestämmelse om brott med anknytning till terroristverksamhet. I artikeln anges att varje medlemsstat ska vidta de åtgärder som är nödvändiga för att där angivna handlingar ska betraktas som brott med anknytning till terroristverksamhet. Dessa handlingar är grov stöld, utpressning och upprättande av förfalskade administrativa dokument, om de begås i det syfte som närmare anges i artikeln (punkterna a–c). Brotten motsvaras i svensk rätt av stöld och grov stöld, 8 kap. 1 och 4 §§ brottsbalken, rån och grovt rån, 8 kap. 5 och 6 §§ brottsbalken, utpressning, 9 kap. 4 § brottsbalken, samt urkundsförfalskning och grov urkundsförfalskning, 14 kap. 1 och 3 §§ brottsbalken (prop. 2002/03:38 s. 92). Om någon har begått ett sådant brott med uppsåt att främja terroristbrott ska detta enligt 5 § lagen om straff för terroristbrott betraktas som en försvårande omständighet vid bedömningen av straffvärdet.

Rambeslut 2002/475/RIF har sedermera ändrats genom rådets rambeslut 2008/919/RIF om ändring av rambeslut 2002/475/RIF om bekämpande av terrorism<sup>86</sup>. Direktivet på försvars- och säkerhetsområdet hänvisar beträffande uteslutning på grund av terroristbrott och brott med anknytning till terroristverksamhet endast till 2002 års rambeslut. Detta måste dock, enligt regeringens mening, förstås som rambeslutet i dess konsoliderade version, dvs. innefattande ändringarna enligt 2008 års rambeslut.

Genom 2008 års rambeslut läggs tre nya brott till i bestämmelsen om brott med anknytning till terroristverksamhet. Artikel 3.2 i 2002 års rambeslut har numera följande lydelse:

”Varje medlemsstat ska vidta de åtgärder som är nödvändiga för att följande uppsåtliga gärningar ska betraktas som brott med anknytning till terroristverksamhet:

- a) Offentlig uppmaning till terroristbrott.
- b) Rekrytering för terroristisytten.
- c) Utbildning för terroristisytten.
- d) Grov stöld i syfte att begå något av de brott som anges i artikel 1.1.
- e) Utpressning i syfte att begå något av de brott som anges i artikel 1.1.
- f) Upprättande av förfalskade administrativa dokument i syfte att begå något av de brott som anges i artiklarna 1.1 a–h och 2.2 b.”

För att en gärning enligt artikel 3.2 ska vara straffbar behöver ett terroristbrott inte ha begåtts.

2008 års rambeslut har i svensk rätt genomförts genom lagen (2010:299) om straff för offentlig uppmaning, rekrytering och utbildning avseende terroristbrott och annan särskilt allvarlig brottslighet. Straffansvaret i 3–5 §§ omfattar de gärningar som anges i artikel 3.2 punkterna a–c i det reviderade rambeslutet.

Av artikel 39.1 e i direktivet följer att *penningtvätt* och *finansiering av terrorism* enligt definitionen i artikel 1 i direktiv 2005/60/EG om åtgärder för att förhindra att det finansiella systemet används för penningtvätt och finansiering av terrorism<sup>87</sup> ska utgöra grund för uteslutning. Definitionen av penningtvätt och motsvarande bestämmelse i LOU och LUF behandlas i prop. 2006/07:128 del 1 s. 234–236. Dock hänvisar bestämmelsen i artikel 39.1 e till direktiv 2005/60/EG som ersatt direktiv 91/308/EEG om åtgärder för att förhindra att det finansiella systemet används för penningtvätt<sup>88</sup> till vilket

<sup>86</sup> Rådets rambeslut 2008/919/RIF av den 28 november 2008 om ändring av rambeslut 2002/475/RIF om bekämpande av terrorism (EUT L 330, 9.12.2008, s. 21, Celex 32008F0919).

<sup>87</sup> Europaparlamentets och rådets direktiv 2005/60/EG av den 26 oktober 2005 om åtgärder för att förhindra att det finansiella systemet används för penningtvätt och finansiering av terrorism (EUT L 309, 25.11.2005, s. 15, Celex 32005L0060).

<sup>88</sup> Rådets direktiv 91/308/EEG av den 10 juni 1991 om åtgärder för att förhindra att det finansiella systemet används för penningtvätt, EGT L 166, 28.6.1991, s. 77. Direktivet

uteslutningsbestämmelsen i det klassiska direktivet hänvisar. Definitionen av penningtvätt är emellertid densamma.

Vidare innehåller artikel 39.1 e i direktivet uteslutningsgrunden finansiering av terrorism, vilken inte återfinns i det klassiska direktivet eller försörjningsdirektivet. Finansiering av terrorism definieras i direktivet som tillhandahållande eller insamling av medel, oavsett tillvägagångssätt, direkt eller indirekt, i uppsåt att dessa ska användas eller med vetskap om att dessa helt eller delvis kommer att användas för att genomföra något av de brott som anges i artiklarna 1–4 i 2002 års ovan angivna rambeslut.

Regeringen föreslår att bestämmelserna i direktivet om uteslutning av leverantörer genomförs i lagen. De obligatoriska grunderna för uteslutning bör i likhet med vad som regleras i LOU och LUF beskrivas med hjälp av hänvisningar till de EU-rättsakter som anges i direktivet (se prop. 2006/07:128 del 1 s. 227 och 228).

I artikel 39.1 andra och tredje stycket i direktivet anges att medlemsstaterna i enlighet med nationell rätt och med hänsyn till gemenskapsrätten ska fastställa villkor för tillämpning av denna punkt och att de får fastställa undantag från skyldigheten att utesluta en leverantör om det är motiverat av tvingande allmänna intressen. Dessa bestämmelser bör, enligt regeringens mening, i likhet med vad som gäller i LOU och LUF genomföras genom en bestämmelse som gör det möjligt för den upphandlande myndigheten eller enheten att avstå från uteslutning av en leverantör om det föreligger särskilda skäl (se a.prop. s. 236 och 237).

Att uteslutning är obligatorisk innebär att om en upphandlande myndighet eller enhet får kännedom om att en leverantör eller företrädare för en leverantör, genom en lagakraftvunnen dom, har lagförts för sådan brottslighet som anges i artikel 39.1 i direktivet, är denne alltså skyldig att utesluta leverantören från deltagande i förfarandet för tilldelning av ett kontrakt. Den upphandlande myndigheten eller enheten ska ha stöd i sitt beslut av en dom som avser något av de brott som ska medföra uteslutning och domen ska ha vunnit laga kraft. Den upphandlande myndigheten eller enheten kan således inte utesluta leverantören enbart på grund av misstanke om brott.

Bestämmelserna medför inte någon skyldighet för en upphandlande myndighet eller enhet att i varje enskilt fall undersöka om leverantören har gjort sig skyldig till sådan brottslighet som ska medföra uteslutning. Inte heller innebär artikeln att myndigheten eller enheten är skyldig att rutinmässigt be leverantörerna ge in handlingar som visar att det inte finns grund för uteslutning på grund av brott (se a.prop. s. 237 och 238). I lagen anges därför att den upphandlande myndigheten eller enheten får begära att leverantören ska visa att det inte finns någon grund för uteslutning om det finns grundad anledning att anta att leverantören ska uteslutas.

Direktivet anvisar i första hand utdrag ur kriminalregistret som tillräckligt bevis för att det inte föreligger någon grund för uteslutning på

grund av brott. För svenska leverantörer bör således det av Rikspolisstyrelsen förda belastningsregistret enligt lagen (1998:620) om belastningsregister, som bl.a. innehåller uppgifter om den som har ålagts påföljd för brott, komma i fråga. Enligt 9 § i den angivna lagen har den registrerade alltid rätt att få ut uppgifter som finns registrerade om honom eller henne (se vidare a.prop. s. 238–240).

### *Direktivets bestämmelser om fakultativ uteslutning*

Direktivet ger också de upphandlande myndigheterna och enheterna rätt att utesluta leverantörer på vissa i artikel 39.2 angivna grunder. Dessa överensstämmer delvis med motsvarande bestämmelser i det klassiska direktivet och försörjningsdirektivet.

En leverantör får uteslutas om han enligt

a) är i konkurs eller likvidation, har avbrutit sin näringsverksamhet, är föremål för tvångsförvaltning, har ingått ackordsuppgörelse med borgenärer eller befinner sig i en motsvarande situation, till följd av ett liknande förfarande enligt nationella lagar eller andra författningar;

b) är föremål för en ansökan om konkurs, tvångsförvaltning, likvidation, ackord med borgenärer eller för något annat liknande förfarande enligt nationella lagar eller andra författningar;

c) enligt lagakraftvunnen dom enligt de rättsliga bestämmelser som gäller i landet är dömd för brott mot yrkesetiken, exempelvis till följd av en överträdelse av befintlig lagstiftning om export av försvars- och/eller säkerhetsutrustning;

d) har gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen, som på något sätt kan styrkas av den upphandlande myndigheten eller enheten, genom att exempelvis inte ha iakttagit sina skyldigheter i fråga om informationssäkerhet eller försörjningstrygghet vid ett tidigare kontrakt;

e) har, på grund av någon form av bevis som även kan bestå av skyddade uppgiftskällor, kunnat konstateras inte vara så tillförlitlig som krävs för att inte riskera medlemsstatens säkerhet;

f) inte har fullgjort sina skyldigheter avseende erläggande av sociala avgifter enligt de rättsliga bestämmelser som gäller i det land där denne är etablerad eller i det land där den upphandlande myndigheten eller enheten finns;

g) inte har fullgjort sina skyldigheter avseende erläggande av skatter enligt de rättsliga bestämmelser som gäller i det land där denne är etablerad eller i det land där den upphandlande myndigheten eller enheten finns;

h) i allvarlig omfattning lämnar oriktiga uppgifter beträffande den information som kan begäras enligt detta avsnitt (om uteslutning och kvalificering av leverantörer) eller har underlåtit att lämna sådan information.

Bestämmelserna i a och b samt f–h är likalydande med motsvarande bestämmelser i det klassiska direktivet och försörjningsdirektivet.

Punkten c är gemensam med motsvarande bestämmelse i det klassiska direktivet och försörjningsdirektivet bortsett från att den anger överträdelse av lagstiftning om export av försvars- och säkerhetsutrustning som ett exempel på brott mot yrkesetiken.

Punkten d är också gemensam med det klassiska direktivet och försörjningsdirektivet med den skillnaden att den anger bristande iakttagelse av leverantörens skyldigheter i fråga om informationssäkerhet eller försörjningstrygghet vid ett tidigare kontrakt som ett sådant exempel på allvarligt fel i yrkesutövningen som kan grunda uteslutning. Regeringen anser att bestämmelsen ska genomföras i nära överensstämmelse med direktivet.

Punkten e har ingen motsvarighet i det klassiska direktivet eller försörjningsdirektivet. *Konkurrensverket* framför i sitt remissvar att bestämmelsen bör klargöras. Beaktandesats 67 berör denna uteslutningsgrund:

”Med tanke på sektorns känslighet är tillförlitligheten hos de ekonomiska aktörer som tilldelas upphandlingskontrakt av avgörande betydelse. Denna tillförlitlighet avhänger särskilt deras förmåga att svara upp till den upphandlande myndighetens eller enhetens krav i fråga om försörjningstrygghet och informations-säkerhet. Vidare bör inget i detta direktiv hindra den upphandlande myndigheten eller enheten att när som helst under processen utesluta en ekonomisk aktör från upphandlingen, om den upphandlande myndigheten eller enheten har information som visar att om den ekonomiska aktören tilldelades hela, eller delar av, kontraktet, skulle detta innebära en risk för ifrågavarande medlemsstats väsentliga säkerhetsintressen.”

Beaktandesats 65 anger vidare bl.a. att det också bör

”vara möjligt att utesluta ekonomiska aktörer om den upphandlande myndigheten eller enheten har information, som i tillämpliga fall har erhållits av skyddade källor, och som visar att dessa aktörer inte är tillräckligt tillförlitliga för att man ska kunna utesluta risker för medlemsstatens säkerhet. Sådana risker kan hänföra sig till vissa särdrag hos de produkter som kandidaten levererat eller till kandidatens andelsägarstruktur.”

Punkt e ger, vilket framgår av beaktandesats 67, den upphandlande myndigheten och enheten rätt att när som helst under processen utesluta en leverantör som inte bedöms vara pålitlig, dvs. även om dennes säkerhetsskydd har granskats av hemlandets behöriga myndigheter. I dessa fall kan den upphandlande myndigheten eller enheten stödja sig på skyddade uppgiftskällor. Regeringen anser att uttrycket skyddade uppgiftskällor innebär att den upphandlande myndigheten eller enheten kan grunda sitt beslut om uteslutning på underrättelseinformation enligt denna bestämmelse.

Artikel 39.3 i direktivet innehåller bestämmelser om vilka bevis de upphandlande myndigheterna och enheterna ska godta beträffande vissa av uteslutningsgrunderna.

Den upphandlande myndigheten eller enheten ska godta som tillräckligt bevis för att den ekonomiska aktören inte befinner sig i någon av de situationer som anges i punkt 1 eller i punkt 2 a, 2 b, 2 c, 2 f eller 2 g:

a) för punkt 1 och punkt 2 a, 2 b och 2 c ett utdrag ur kriminalregistret eller, om detta inte är möjligt, en likvärdig handling från den behöriga rättsliga eller administrativa myndigheten i personens hemland eller ursprungsland som visar att dessa krav är uppfyllda,

b) för punkt 2 f och 2 g ett intyg från den behöriga myndigheten i den berörda medlemsstaten.

Om landet i fråga inte utfärdar några sådana handlingar eller intyg, eller om dessa inte täcker samtliga fall som anges i punkt 1 och i punkt 2 a, 2 b och 2 c, kan de ersättas av en försäkran under ed eller, i medlemsstater som saknar bestämmelser om försäkran under ed, av en högtidlig försäkran som den behöriga personen avlägger inför en behörig rättslig eller administrativ myndighet, notarius publicus eller en godkänd yrkesorganisation i personens hemland eller ursprungsland.

Direktivets bestämmelser om vilken bevisning de upphandlande myndigheterna och enheterna ska godta, vilka överensstämmer med dem i klassiska direktivet och försörjningsdirektivet, bör tas in i lagen i överensstämmelse med motsvarande bestämmelser i LOU och LUF.

Enligt artikel 39.4 i direktivet ska medlemsstaterna ange vilka myndigheter och organ som har behörighet att utfärda de handlingar, intyg eller försäkringar som anges i punkt 3 och underrätta kommissionen om detta. Detta meddelande ska inte påverka tillämpningen av lagstiftningen om dataskydd. Bestämmelsen är inte av den karaktären att den ska genomföras i lagen.

Både LOU och LUF innehåller en bestämmelse (10 kap. 4 § respektive 10 kap. 5 §) som anger att vid kontroll av om en leverantör har fullgjort sina åligganden avseende socialförsäkringsavgifter eller skatt i Sverige ska den upphandlande myndigheten respektive enheten inhämta uppgifter om detta från behörig myndighet. Motsvarande bestämmelser finns även för upphandlingar inom det icke direktivstyrda området.

Bestämmelser om begränsad kontroll i överensstämmelse med LOU och LUF för direktivstyrda upphandlingar och icke direktivstyrda upphandlingar bör enligt regeringens mening tas in i lagen.

### *Upphandlingar som inte omfattas av direktivet*

Regeringen anser att reglerna om uteslutning ska gälla också för upphandlingar som inte omfattas av direktivet eller som endast delvis omfattas av direktivet. Både obligatorisk och fakultativ uteslutning ska gälla på samma grunder som för de direktivstyrda upphandlingarna.

## 8.10 Kontroll av leverantörers lämplighet och val av deltagare m.m.

### 8.10.1 Inledande bestämmelser

**Regeringens förslag:** Den nya lagen ska för upphandling inom direktivets tillämpningsområde innehålla bestämmelser om kontroll av leverantörers lämplighet med ett par inledande bestämmelser som anger förfarandets gång i fråga om kontroll av lämplighet och anbudsutvärdering och som anger att den upphandlande myndigheten eller enheten får ställa upp miniminivåer för leverantörers kapacitet.

Den upphandlande myndigheten eller enheten ska få begränsa antalet anbudssökande som bjuds in i upphandlingsförfaranden. Den ska ange de kriterier efter vilka en sådan begränsning kommer att göras. Antalet inbjudna får inte understiga tre. Om antalet anbudssökande som uppfyller kriterierna är lägre än minimiantalet får den upphandlande myndigheten eller enheten fortsätta förfarandet genom att bjuda in de anbudssökande som har den kapacitet som krävs.

Om antalet lämpliga anbudsgivare är för lågt för att effektiv konkurrens ska kunna säkerställas, får den upphandlande myndigheten eller enheten avbryta förfarandet och inleda ett nytt förfarande genom att annonsera den ursprungliga annonsen på nytt. I så fall ska de anbudssökande som valdes ut efter första och efter andra annonseringen bjudas in att delta.

**Regeringens bedömning:** En bestämmelse som anger att den upphandlande myndighetens eller enhetens val att annonsera och bjuda in på nytt vid för lågt antal anbudssökande inte påverkar den upphandlande myndighetens eller enhetens möjlighet att avbryta förfarande och inleda ett nytt bör inte tas in i lagen.

**Utredningens förslag** överensstämmer med regeringens förslag, men inte med bedömningen. Utredningen föreslår att det i lagen ska tas in en bestämmelse som anger att den upphandlande myndighetens eller enhetens val, att annonsera och bjuda in på nytt vid för lågt antal anbudssökande, inte ska påverka den upphandlande myndighetens eller enhetens möjlighet att avbryta förfarande och inleda ett nytt.

**Remissinstanserna:** Remissinstanserna yttrar sig inte särskilt i frågan.

**Skälen för regeringens förslag och bedömning:** Av artikel 38.1 i direktivet framgår att kontrakt ska tilldelas på grundval av kriterierna i artiklarna 47 och 49 och med beaktande av artikel 19, efter det att lämpligheten hos de ekonomiska aktörer som inte har uteslutits enligt artiklarna 39 eller 40 har kontrollerats av den upphandlande myndigheten eller enheten enligt de kriterier för ekonomisk och finansiell ställning samt yrkesmässig och teknisk kunskap eller kapacitet som avses i artiklarna 41–46 samt, i förekommande fall, de icke-diskriminerande regler och kriterier som avses i punkt 3.

I artikel 38.2 i direktivet anges att den upphandlande myndigheten eller enheten får kräva miniminivåer för anbudssökandes kapacitet, i enlighet med artiklarna 41 och 42.

Omfattningen av den information som åsyftas i artiklarna 41 och 42 samt miniminivåerna för den kapacitet som krävs för ett bestämt kontrakt måste ha samband med kontraktets föremål och stå i proportion till detta.

Dessa miniminivåer ska framgå av meddelandet om upphandling.

Bestämmelsen anger inledningsvis att upphandlingsförfarandet ska genomföras i två huvudsakliga faser, dvs. att efter prövning om någon av anbudssökandena eller anbudsgivarna ska uteslutas ska en lista med lämpliga leverantörer ställas upp i enlighet med de urvalskriterier som den upphandlande myndigheten ställt upp och anbuderna från denna krets ska utvärderas.

När den upphandlande myndigheten eller enheten anger efter vilka grunder den kommer att bestämma vilka anbudssökanden och anbudsgivare som kommer att anses lämpliga får den ställa upp miniminivåer för ekonomisk och finansiell ställning samt teknisk och/eller yrkesmässig kapacitet.

Av artikel 38.3 i direktivet följer att den upphandlande myndigheten eller enheten vid selektiva förfaranden, förhandlade förfaranden med offentliggörande av meddelande om upphandling och vid konkurrenspräglad dialog får begränsa antalet lämpliga anbudssökande som den kommer att inbjuda att lämna anbud eller kalla till dialog. I det fallet gäller följande:

– Den upphandlande myndigheten eller enheten ska i meddelandet om upphandling ange de objektiva och icke-diskriminerande kriterier eller regler som den kommer att tillämpa, det lägsta antalet anbudssökande som den kommer att inbjuda samt, i förekommande fall, det högsta antalet. Det lägsta antalet anbudssökande som den kommer att inbjuda får inte understiga tre.

– Den upphandlande myndigheten eller enheten ska sedan inbjuda åtminstone så många anbudssökande som det lägsta antal som fastställts på förhand, under förutsättning att det finns ett tillräckligt stort och lämpligt antal anbudssökande.

Om antalet anbudssökande som uppfyller urvalskriterierna och minimikapaciteten är lägre än minimiantalet får den upphandlande myndigheten eller enheten fortsätta förfarandet genom att inbjuda den eller de anbudssökande som har den erforderliga kapaciteten.

Om den upphandlande myndigheten eller enheten anser att antalet lämpliga anbudssökande är för lågt för att verklig konkurrens ska kunna säkerställas får den avbryta förfarandet och på nytt offentliggöra det ursprungliga meddelandet om upphandling i enlighet med artiklarna 30.2 och 32, och fastställa en ny tidsfrist för inlämnandet av anbudsansökningar. I det fallet ska de anbudssökande som valdes ut i samband med det första offentliggörandet och de som valdes ut i samband med det andra offentliggörandet inbjudas att delta i enlighet med artikel 34. Detta alternativ påverkar inte den upphandlande myndighetens eller enhetens möjlighet att avbryta det pågående upphandlingsförfarandet och inleda ett nytt förfarande. Att detta inte påverkar möjligheten att avbryta upphandlingen och inleda ett nytt upphandlingsförfarande är enligt regeringens mening inte nödvändigt i ange i lagen. Någon bestämmelse av den innebörden tas därför inte in i lagen. Bestämmelserna överensstämmer med motsvarande delar av det klassiska direktivet. De har genomförts på ett direktivnära sätt i LOU.

Regeringen anser därför att förevarande regler bör genomföras på ett likalydande sätt i denna lag.

### 8.10.2 Krav på registrering, leverantörens ekonomiska ställning samt bevis på teknisk och yrkesmässig kapacitet

**Regeringens förslag:** Den upphandlande myndigheten eller enhet ska få kräva av leverantören att han eller hon är registrerad i aktiebolagsregister eller handelsregister eller motsvarande där den anbudssökande har sitt ursprung eller är etablerad.

Regler om bevis på leverantörens ekonomiska ställning ska tas in i lagen. Vilka bevis som infortras ska anges i annonsen om upphandling eller i inbjudan att lämna anbud. Kan de infortrade bevisen inte presteras får leverantören visa sin ekonomiska kapacitet med någon annan handling som den upphandlande myndigheten eller enheten finner lämplig.

Regler om bevis på leverantörens tekniska och yrkesmässiga kapacitet ska tas in i lagen. De bevis som ska visas upp ska anges i annonsen om upphandling. I lagen ska det anges vilka bevis som den upphandlande myndigheten eller enheten kan efterfråga avseende leverantörens tekniska kapacitet. Har leverantören ett godtagbart skäl för att inte tillhandahålla något av de bevis som avses i lagen och som begärts in av den upphandlande myndigheten eller enheten får leverantören styrka sin kapacitet med någon annan handling som den upphandlande myndigheten eller enheten finner lämplig.

En leverantör ska i en upphandling få åberopa andra företags ekonomiska, tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Leverantören ska visa att han kommer att förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet ska fullgöras.

Vid bedömningen av en leverantörs förmåga att fullgöra ett varukontrakt som innefattar monterings- eller installationsarbeten, tjänster eller byggtreprenad, ska särskild vikt få fästas vid yrkeskunnande, effektivitet, erfarenhet och tillförlitlighet.

**Utredningens förslag** överensstämmer med regeringens.

**Remissinstanserna:** *Försvarets materielverk (FMV)* påpekar att i författningstexten ska 12 kap. 12 § 9 c) benämnas b). I övrigt yttrar sig ingen av remissinstanserna i frågan.

**Skälen för regeringens förslag:** Av artikel 40 första stycket i direktivet framgår att om en anbudssökande för att få bedriva sin yrkesverksamhet måste vara inskriven i ett yrkes- eller handelsregister i den medlemsstat där han har sitt ursprung eller är etablerad, kan denne anmodas att visa att han är inskriven i ett sådant register eller anmodas att avlägga en försäkran under ed eller att uppvisa ett intyg från registermyndigheten. I en bilaga till direktivet förtecknas relevant registermyndighet för varje medlemsstat. Förteckningen i bilagan är endast vägledande. Det framgår också att medlemsstaterna ska meddela kommissionen och övriga medlemsstater om alla ändringar i sina register och de bevis som nämns i dessa förteckningar. Denna sista mening i

första stycket riktar sig till medlemsstaten och någon sådan bestämmelse bör därför, enligt regeringens mening, inte tas in i lagen.

I samband med förfaranden för tilldelning av tjänstekontrakt får, enligt artikel 40 andra stycket i direktivet, den upphandlande myndigheten eller enheten anmoda anbudssökande att visa att de har ett särskilt tillstånd eller är medlemmar i en särskild organisation i sitt hemland, om detta krävs för att få tillhandahålla den aktuella tjänsten.

Vidare anges i artikel 40 tredje stycket i direktivet att artikeln inte påverkar gemenskapslagstiftningen om etableringsrätt och frihet att tillhandahålla tjänster. Det finns, enligt regeringens mening, inget behov av att ange det i lagen.

I artikel 41 i direktivet regleras leverantörens ekonomiska och finansiella ställning. Enligt artikel 41.1 kan bevis på en ekonomisk aktörs ekonomiska och finansiella ställning som regel utgöras av lämpliga intyg från banker, bevis på relevant ansvarsförsäkring för verksamheten, balansräkningar eller utdrag ur dem, uppgift om företagets samlade omsättning och omsättningen för det verksamhetsområde som upphandlingen gäller. Av artikel 41.2 framgår att en ekonomisk aktör får åberopa andra enheters kapacitet om han bevisar att han kommer att förfoga över de nödvändiga resurserna, t.ex. genom att lägga fram ett åtagande från enheterna. Om en ekonomisk aktör har ett godtagbart skäl för att inte förete de referenser som den upphandlande myndigheten eller enheten begär, får denne enligt artikel 41.5 bevisa sin ekonomiska och finansiella ställning med varje annan handling som den upphandlande myndigheten eller enheten finner lämplig.

I artikel 42 i direktivet regleras bevis på leverantörens tekniska eller yrkesmässiga kapacitet. Artikel 42.1 innehåller en omfattande katalog av bevis som kan lämnas beroende på de aktuella byggtreprenadernas, varornas eller tjänsternas art, kvantitet eller betydelse och ändamål. Det rör sig huvudsakligen om

- a) olika förteckningar över slutförda byggtreprenader eller över de viktigaste leveranser eller tjänster som utförts de fem senaste åren,
- b) uppgifter om tekniker och tekniska organ,
- c) en beskrivning av leverantörens tekniska utrustning och av de metoder etc.,
- d) en kontroll som den upphandlande myndigheten eller enheten själv utför eller som utförs av ett behörigt organ i leverantörens etableringsland, som ska utvisa leverantörens tillverkningskapacitet eller tjänsteleverantörens tekniska kapacitet och om nödvändigt dennes undersöknings- och forskningsresurser samt resurser för kvalitetskontroll,
- e) uppgifter om leverantörens utbildnings- och yrkeskvalifikationer eller motsvarande uppgifter om ledande personer i,
- f) uppgifter om de miljöskyddsåtgärder leverantören kan komma att tillämpa vid verkställandet av kontraktet,
- g) uppgift om antal anställda i medeltal per år hos tjänsteleverantören eller entreprenören och antal anställda med ledningsfunktion under de tre senaste åren,
- h) uppgift om verktyg, materiel och teknisk utrustning, antalet anställda och deras yrkeskunnande eller de försörjningskällor, samt uppgift om var dessa finns i de fall de finns utanför Europeiska unionen,

som den ekonomiska aktören förfogar över för att fullgöra kontraktet, tillmötesgå den upphandlande myndighetens eller enhetens eventuellt ökade behov till följd av en kris eller garantera underhåll, modernisering och anpassningar av den utrustning som är föremål för upphandlingen, och i fråga om de varor som ska levereras

i) prover, beskrivningar, fotografier eller intyg som upprättas av officiella institutioner för kvalitetskontroll.

I artikel 42.1 j återfinns särskilda bestämmelser som tar sikte på informationssäkerhet. Artikeln behandlas särskilt i avsnitt 9.5–9.7.

Av artikel 42.2 framgår att en ekonomisk aktör får utnyttja andra enheters kapacitet om han bevisa att han kommer att förfoga över de resurser som är nödvändiga för fullgörandet av kontraktet. Den upphandlande myndigheten eller enheten ska, enligt artikel 42.5 i direktivet, ange i annonsen om upphandling vilka uppgifter som anbudssökandena eller anbudsgivarna ska ge in.

Om en ekonomisk aktör har ett godtagbart skäl för att inte förete de referenser som den upphandlande myndigheten eller enheten begär, får denne enligt artikel 42.6 bevisa sin tekniska eller yrkesmässiga kapacitet med varje annan handling som den upphandlande myndigheten eller enheten finner lämplig.

Dessa och övriga bestämmelser i artiklarna 40–42 överensstämmer i stort med motsvarande bestämmelser i det klassiska direktivet, vilka har genomförts i LOU på ett direktivnära sätt. Motsvarande bestämmelser i försörjningsdirektivet är mindre utförliga. Direktivet är i dessa delar utformat med det klassiska direktivet som förebild. Mot denna bakgrund anser regeringen att bestämmelserna bör genomföras i lagen på ett sätt som överensstämmer med hur det klassiska direktivet har genomförts i LOU och med beaktande av den av *FMV* påtalade korrigeringen av utredningens förslag.

### 8.10.3 Kvalitetsstyrningsstandarder, standarder för miljöledning och officiella förteckningar

**Regeringens förslag:** Lagen ska innehålla bestämmelser som anger under vilka förutsättningar den upphandlande myndigheten eller enheten får kräva att leverantören visar upp ett intyg utfärdat av ett oberoende ackrediterat organ om att leverantören iakttar kvalitetsstyrningsstandarder samt certifikat som intygar att leverantören uppfyller vissa miljöledningsstandarder.

Lagen ska också innehålla bestämmelser som anger under vilka omständigheter leverantörer som är registrerade i officiella förteckningar får antas uppfylla förutsättningarna och kraven avseende vissa bestämmelser om uteslutning och lämplighetskontroll.

**Utredningens förslag** överensstämmer med regeringens.

**Remissinstanserna:** Ingen av remissinstanserna yttrar sig i frågan.

**Skälen för regeringens förslag:** Av artikel 43 i direktivet framgår att om en upphandlande myndighet eller enhet kräver uppvisande av intyg utfärdat av ett oberoende ackrediterat organ om att den ekonomiska aktören iakttar vissa kvalitetsstyrningsstandarder, ska myndigheten eller

enheten hänvisa till kvalitetsstyrningssystem som bygger på relevanta europeiska standarder på området som är certifierade av oberoende ackrediterade organ vilka uppfyller europeiska standarder för ackreditering och certifiering. Den ska godkänna likvärdiga certifikat från oberoende ackrediterade organ i andra medlemsstater. Den ska även godta andra bevis på likvärdiga kvalitetsstyrningssystem som lämnas av ekonomiska aktörer.

Av artikel 44 i direktivet framgår att om en upphandlande myndighet eller enhet i de fall som avses i artikel 42.1 f kräver att få se certifikat som upprättats av ett oberoende organ och som intygar att den ekonomiska aktören uppfyller vissa miljöledningsstandarder, ska myndigheten hänvisa till gemenskapens miljölednings- och miljörevisionsordning (Emas) eller till miljöledningsstandarder som bygger på relevanta europeiska eller internationella standarder och som certifierats av organ som uppfyller gemenskapslagstiftningen eller internationella standarder för certifiering. Den ska godkänna likvärdiga certifikat från organ i andra medlemsstater. Den ska även godta andra bevis på likvärdiga miljöledningsåtgärder som läggs fram av de ekonomiska aktörerna.

Artikel 46 i direktivet reglerar möjligheten att upprätta och använda officiella förteckningar över godkända leverantörer.

I artikel 46.1 anges att medlemsstaterna får införa antingen officiella förteckningar över godkända entreprenörer, varuleverantörer eller tjänsteleverantörer eller en certifiering genom offentligrättsliga eller privaträttsliga certifieringsorgan.

Medlemsstaterna ska anpassa villkoren för registrering i dessa förteckningar samt villkoren för utfärdande av certifikat genom certifieringsorgan till artikel 39.1 och 39.2 a–d och h, artiklarna 40, 41.1, 41.4 och 41.5, 42.1 a–i, 42.2, 42.4 och 43 och i förekommande fall artikel 44.

Medlemsstaterna ska också anpassa villkoren till artiklarna 41.2 och 42.2 när det gäller ansökningar om registrering från ekonomiska aktörer som ingår i en grupp och som gör gällande att de kan utnyttja resurser som ställs till deras förfogande av andra företag i gruppen. Dessa ekonomiska aktörer måste i så fall bevisa för den myndighet som upprättar den officiella förteckningen att de förfogar över dessa resurser under hela den tid som registreringsintyget på den officiella förteckningen är giltigt och dessa bolag under denna tid fortsätter att uppfylla villkoren för kvalitativt urval enligt de artiklar som anges i föregående stycke och som dessa aktörer åberopar för att registreras.

Enligt artikel 46.2 får de ekonomiska aktörer som är registrerade i de officiella förteckningarna eller har ett certifikat vid varje upphandlingstillfälle för den upphandlande myndigheten eller enheten visa ett registreringsintyg utfärdat av den behöriga myndigheten eller ett certifikat utfärdat av ett behörigt certifieringsorgan. Dessa intyg eller certifikat ska innehålla de referenser som möjliggjort registreringen/certifieringen samt klassificeringen enligt förteckningen.

Av artikel 46.3 framgår att för upphandlande myndigheter eller enheter i andra medlemsstater ska en registrering i officiella förteckningar upprättade av de behöriga myndigheterna eller ett certifikat utfärdat av certifieringsorganet endast innebära en presumtion för lämplighet med

avseende på artikel 39.1, 39.2 a–d och h, artiklarna 40, 41.1 b och c och 42.1 a i och b–g för byggtreprenörer, artikel 42.1 a ii, b–e och i för varuleverantörer och artikel 42.1 a ii, b–e och g för tjänsteleverantörer.

I artikel 46.4 anges att information som kan utläsas från registreringen i officiella förteckningar eller certifieringen inte får ifrågasättas utan motivering. När det gäller betalning av obligatoriska socialförsäkringsavgifter, skatter och avgifter får ytterligare ett intyg från registrerade ekonomiska aktörer krävas vid varje upphandlingstillfälle. Den upphandlande myndigheten eller enheten i andra medlemsstater ska endast tillämpa punkt 3 och första stycket i denna punkt för ekonomiska aktörer som är etablerade i den medlemsstat som för den officiella förteckningen.

Av artikel 46.5 framgår att för registrering av ekonomiska aktörer från andra medlemsstater i en officiell förteckning eller för certifiering genom de organ som avses i punkt 1 får det inte krävas ytterligare bevis eller uppgifter utöver vad som krävs av inhemska ekonomiska aktörer och under inga förhållanden andra än dem som anges i artiklarna 39–43 och vid behov 44. En sådan registrering eller certifiering får dock inte åläggas ekonomiska aktörer i andra medlemsstater för att de ska kunna delta i en upphandling. Den upphandlande myndigheten eller enheten ska godkänna likvärdiga certifikat från organ som är etablerade i andra medlemsstater. De ska även godta andra likvärdiga bevismedel.

Enligt artikel 46.6 kan de ekonomiska aktörerna när som helst ansöka om registrering i en officiell förteckning eller utfärdande av ett certifikat. De måste inom rimlig tid underrättas om det beslut som fattats av den myndighet som upprättar förteckningen eller av det behöriga certifieringsorganet.

Av artikel 46.7 framgår att de certifieringsorgan som avses i punkt 1 ska uppfylla europeiska standarder för certifiering.

Enligt artikel 46.8 är de medlemsstater som har officiella förteckningar eller certifieringsorgan enligt punkt 1 skyldiga att till kommissionen och övriga medlemsstater meddela adressen till det organ till vilket en begäran om registrering kan sändas.

Bestämmelserna om kvalitetssäkringsstandarder och standarder för miljöledning i artiklarna 43 och 44 överensstämmer med motsvarande bestämmelser i det klassiska direktivet och försörjningsdirektivet vilka genomförts på ett direktivnära sätt i LOU och LUF. Regeringen anser att bestämmelserna bör genomföras på samma sätt i denna lag.

Reglerna om officiella förteckningar i artikel 46 överensstämmer med motsvarande bestämmelser i det klassiska direktivet. Försörjningsdirektivet saknar bestämmelser om officiella förteckningar. Reglerna i det klassiska direktivet har delvis genomförts i LOU. Den del av reglerna som genomförts är en presumtionsregel som innebär att den leverantör som är registrerad i en officiell förteckning i över godkända leverantörer i en EES-stat eller innehar ett certifikat utfärdat av ett certifieringsorgan som uppfyller europeiska standarder för certifiering får antas uppfylla de förutsättningar och krav som anges i vissa bestämmelser om utslutning och kontroll av lämplighet. Övriga bestämmelser om officiella förteckningar gäller krav och villkor på registrering i förteckningarna om förteckningar används. Regeringen bedömde att sådana regler om förteckningar inte krävdes i LOU, eftersom systemet med förteckningar

inte används i Sverige och inte heller efterfrågats av remissinstanser eller i övrigt (prop. 2006/07:128 del 1 s. 404). Något skäl att göra en annan bedömning i nu aktuellt lagstiftningsärende har, enligt regeringens mening, inte framkommit. I likhet med utredningen anser regeringen därför att bestämmelserna ska genomföras i lagen på samma sätt som det klassiska direktivets motsvarande bestämmelser har genomförts i LOU.

## 8.11 Begränsad kontroll

**Regeringens förslag:** Lagen ska innehålla bestämmelser som anger att en upphandlande myndighet eller enhet får i selektivt och förhandlat förfarande begränsa kontrollen av handlingar som rör uteslutning av leverantörer, registrering, ekonomisk ställning, teknisk och yrkesmässig kapacitet, tillgång till andra företags kapacitet, yrkeskunnande, kvalitetsstyrningsstandarder och standarder för miljöledning till de anbudssökande som den upphandlande myndigheten eller enheten avser att bjuda in att lämna anbud eller att förhandla.

För upphandlingar för det icke direktivstyrda området ska en bestämmelse tas in, enligt vilken den upphandlande myndigheten eller enheten på motsvarande sätt får begränsa kontrollen av sådana handlingar som rör leverantörens lämplighet i förenklat förfarande, urvalsförfarande och vid konkurrenspräglad dialog.

**Utredningens förslag** överensstämmer med regeringens.

**Remissinstanserna:** Ingen av remissinstanserna yttrar sig i frågan.

**Skälen för regeringens förslag:** Bestämmelserna har inte någon motsvarighet i direktiven. Bestämmelserna har dock sin motsvarighet i LOU och LUF (11 kap. 17 § respektive 11 kap. 13 §) vilka dessutom innehåller bestämmelser om vad som gäller vid öppet förfarande. Bestämmelsen som gäller upphandling inom det icke direktivstyrda området motsvaras av 15 kap. 13 b § LOU och LUF). Bestämmelser bör tas in i lagen som överensstämmer med bestämmelserna i LOU och LUF med undantag för bestämmelsen om öppet förfarande som inte äger tillämpning i denna lag.

## 8.12 Tilldelning av kontrakt

**Regeringens förslag:** Lagen ska innehålla bestämmelser om tilldelning av kontrakt. Bestämmelserna ska gälla för upphandlingar inom det direktivstyrda området. För det inte direktivstyrda området ska i huvudsak motsvarande men något enklare bestämmelser gälla.

Enligt bestämmelserna ska antingen det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga eller det anbud som har lägst pris antas. Vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga, ska den upphandlande myndigheten eller enheten även ta hänsyn till kriterier såsom ekonomisk livslängd, lönsamhet, försörjningstrygghet, samverkansförmåga och operativa egenskaper. Vidare ska myndigheten eller enheten i annonsen om upphandling eller i förfrågningsunderlaget ange hur de olika kriterierna kommer att viktas inbördes vid bedömningen av vilket anbud som är mest fördelaktigt. Om det enligt den upphandlande myndigheten eller enheten inte är möjligt att ange hur kriterierna kommer att viktas, ska dessa anges i fallande prioritetsordning.

En upphandlande myndighet eller enhet ska få förkasta ett anbud om priset är onormalt lågt. Det ska få ske först sedan myndigheten eller enheten skriftligen begärt en förklaring och inte fått ett tillfredsställande svar. Om det låga anbudet beror på att anbudsgivaren fått statligt stöd, ska myndigheten eller enheten, för upphandlingar inom det direktivstyrda området, få begära att anbudsgivaren visar att stödet är förenligt med EUF-fördraget.

**Utredningens förslag** överensstämmer med regeringens.

**Remissinstanserna** framför inga invändningar mot förslaget.

### Skälen för regeringens förslag

#### *Direktivets bestämmelser om tilldelningsgrunder*

I artikel 47.1 i direktivet finns i likhet med LOU och LUF bestämmelser om de två alternativa grunder som den upphandlande myndigheten eller enheten ska tilldela kontrakt på, dvs. det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet eller det med det lägsta priset. Om tilldelningen sker på grundval av det anbud som ur den upphandlande myndighetens eller enhetens synvinkel är det ekonomiskt mest fördelaktiga, ska hänsyn tas till olika kriterier som är kopplade till föremålet för det kontraktet i fråga som t.ex. kvalitet, pris, tekniska fördelar, funktionella egenskaper, miljöegenskaper, driftskostnader, kostnadseffektivitet, ekonomisk livslängd, lönsamhet, eftermarknadsservice och tekniskt stöd, leveransdag och leveranstid eller tid för fullgörandet, försörjningstrygghet, samverkansförmåga och operativa egenskaper. Den exemplifierande uppräkningsen av kriterier är i huvudsak samma som i LOU och LUF. Några kriterier är emellertid speciella för det nya direktivet, såsom försörjningstrygghet, samverkansförmåga och operativa egenskaper. Regeringen anser att artikeln ska genomföras i lagen som bestämmelser om alternativa grunder för tilldelning av kontrakt i nära överensstämmelse med direktivet.

Artikel 47.2 i direktivet innehåller bestämmelser om viktning av kriterier. Om tilldelningen sker till det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, ska den upphandlande myndigheten eller enheten i kontraktshandlingarna (meddelanden om upphandling, förfrågningsunderlag, beskrivande dokument eller kompletterande handlingar) ange hur de olika kriterierna kommer att viktas inbördes vid bedömningen. Kriterieviktningen får anges som intervall med en lämplig största tillåtna spridning. Om viktning inte är möjlig ska den upphandlande myndigheten eller enheten i annonsen om upphandling, förfrågningsunderlaget, det beskrivande dokument eller de kompletterande handlingar ange kriterierna i fallande prioritetsordning. Regeringen anser att artikeln ska genomföras i lagen som bestämmelser om viktning av kriterier.

#### *Direktivets bestämmelser om onormalt låga anbud*

I artikel 49 i direktivet finns bestämmelser om onormalt låga anbud. Av artikeln framgår följande.

Om det för ett visst kontrakt finns anbud som förefaller vara onormalt låga i förhållande till varorna, byggentreprenaden eller tjänsterna, ska den upphandlande myndigheten eller enheten, innan anbudet förkastas, skriftligen begära sådana förtydliganden om anbudets innehåll som den anser sig behöva. Dessa förtydliganden kan särskilt gälla

- a) ekonomiska kalkyler avseende byggmetoderna, sättet att tillverka varorna eller sättet att tillhandahålla tjänsterna,
- b) valda tekniska lösningar och/eller ovanligt gynnsamma förhållanden som anbudsgivaren kan räkna med för att utföra byggentreprenaden, leverera varorna eller tillhandahålla tjänsterna,
- c) originaliteten i anbudsgivarens förslag med avseende på byggentreprenader, varor och tjänster,
- d) överensstämmelse med de bestämmelser om anställningsskydd och arbetsförhållanden som är i kraft på den ort där tillhandahållandet ska ske,
- e) möjligheten för anbudsgivaren att få statligt stöd.

Den upphandlande myndigheten eller enheten ska i samråd med anbudsgivaren granska detta innehåll med beaktande av de ingivna förklaringarna.

Om en upphandlande myndighet eller enhet fastställer att ett anbud är onormalt lågt på grund av att anbudsgivaren har fått statligt stöd, får anbudet förkastas enbart av denna anledning först efter samråd med anbudsgivaren och om denne inom den rimliga tidsfrist som fastställs av den upphandlande myndigheten eller enheten inte kan bevisa att det berörda stödet har beviljats på lagliga grunder. Om den upphandlande myndigheten eller enheten förkastar ett anbud under dessa omständigheter, ska den underrätta kommissionen om detta.

Regeringen anser att artikeln ska genomföras i lagen som bestämmelser om onormalt låga anbud.

### *Tilldelning av kontrakt vid upphandlingar som inte omfattas av direktivet*

Även vid upphandling under tröskelvärdena bör det finnas regler om tilldelning av kontrakt. Reglerna bör överensstämma med regleringen i LOU och LUF. Dessa kommer därför att i huvudsak motsvara reglerna inom det direktivstyrda området. Reglerna om onormalt låga anbud bör tas in i lagen i överensstämmelse med dem i LOU och LUF.

## 8.13 Sekretess hos upphandlande myndigheter och enheter

**Regeringens bedömning:** Direktivets generella bestämmelser om sekretess hos upphandlande myndigheter och enheter bör inte föranleda någon bestämmelse i svensk rätt.

**Utredningens bedömning** överensstämmer med regeringens.

**Remissinstanserna:** Ingen av remissinstanserna yttrar sig i frågan.

**Skälen för regeringens förslag:** Artikel 6 i direktivet innehåller generella bestämmelser om sekretess hos upphandlande myndigheter och enheter och lyder:

”Utan att det påverkar tillämpningen av bestämmelserna i detta direktiv, särskilt upplysningsskyldigheten i fråga om ingångna kontrakt och information till anbudssökande och anbudsgivare enligt artiklarna 30.3 och 35, och i enlighet med den nationella lagstiftning som gäller för den upphandlande myndigheten eller enheten, särskilt lagstiftningen om tillgång till information, får den upphandlande myndigheten eller enheten, med förbehåll för de rättigheter som fastställs i kontraktet, inte offentliggöra uppgifter som lämnats in och förklarats sekretessbelagda av de ekonomiska aktörerna. Sådan information omfattar i synnerhet tekniska hemligheter, affärshemligheter och konfidentiella aspekter i anbudet.”

En i allt väsentligt motsvarande reglering finns i artikel 6 i det klassiska direktivet och i artikel 13.2 i försörjningsdirektivet. Regeringen uttalade följande avseende de generella sekretessbestämmelserna i det klassiska direktivet och i försörjningsdirektivet (prop. 2006/07:128 del 1 s. 276 och 277). När fråga är om upphandling som företas i det allmänna verksamhet för vilken sekretesslagen (1980:100) gäller finns det inte behov av att införa särskilda regler om begränsningar i vilka uppgifter om leverantörerna som upphandlande myndigheter och enheter får lämna ut. Vad gäller organ vars verksamhet inte faller under sekretesslagen får det anses klarlagt att lagen (1990:409) om skydd för företagshemligheter medger ett sådant skydd för hemliga uppgifter som lämnats av leverantörer i ett upphandlingsärende som motsvarar det skydd som får anses följa av de generella sekretessbestämmelserna i direktiven.

Sekretesslagens bestämmelser har motsvarigheter i den nu gällande offentlighets- och sekretesslagen (2009:400).

Regeringen ser inte skäl att avseende de generella sekretessbestämmelserna i artikel 6 i direktivet göra någon annan bedömning än den som gjordes avseende motsvarande bestämmelser i det klassiska

direktivet och försörjningsdirektivet. Det finns därför, enligt regeringens mening, inte något behov av en särskild reglering i svensk rätt.

#### 8.14 Avslutande artiklar i direktivet

**Regeringens bedömning:** Artiklarna 63, 65–69 och 73–75 i direktivet är inte av den karaktären att deras innehåll bör genomföras i lagen.

**Utredningens bedömning** överensstämmer med regeringens.

**Remissinstanserna:** Ingen av remissinstanserna berör frågan.

**Skälen för regeringens bedömning:** Artikel 63 i direktivet rör kommissionens möjlighet att kräva att en medlemsstat korrigerar en allvarlig överträdelse av gemenskapsrätten om upphandling i samband med en upphandling som omfattas av direktivet och medlemsstaternas skyldighet att svara på en sådan underrättelse.

Medlemsstaternas skyldigheter att lämna statistik till kommissionen regleras i artikel 65 i direktivet och i artikel 66 i direktivet anges vad statistikrapporten ska innehålla.

En bestämmelse om att kommissionen ska biträdas av Rådgivande kommittén för offentliga upphandlingskontrakt finns i direktivets artikel 67. Artikel 68 i direktivet behandlar kommissionens revidering av tröskelvärdena. Kommissionen ges även en rätt att göra vissa övriga ändringar enligt artikel 69 i direktivet. Kommissionens skyldighet att rapportera om de åtgärder som medlemsstaterna vidtagit för att införliva direktivet m.m. finns i direktivets artikel 73.

I artiklarna 74 och 75 i direktivet finns bestämmelser om ikraftträdande av direktivet respektive adressater.

Artiklarna ovan är inte av den karaktären att deras innehåll ska genomföras i medlemsstaternas nationella upphandlingslagstiftning och några sådana bestämmelser bör därför, enligt regeringens mening, inte tas in i lagen om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

## 9 Informationssäkerhet

### 9.1 Säkerhetsskyddsklassificerade uppgifter

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

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

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

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

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

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

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

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

## **Skälen för regeringens förslag**

### *Behov av skydd för information vid upphandling*

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

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

## Inledning

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

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

## Offentlighets- och sekretesslagen

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

### Lagen om försvarsuppfinningar

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

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

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

### Lagen om skydd för företagshemligheter

Med företagshemligheter avses sådan information om affärs- eller driftförhållanden i en näringsidkares rörelse som näringsidkaren håller hemlig och vars röjande är ägnat att medföra skada för honom i konkurrenshänseende (1 § lagen om skydd för företagshemligheter). Lagen innebär bl.a. att den som obehörigen utnyttjar eller röjer en företagshemlighet hos en näringsidkare som han i förtroende har fått del av i samband med en affärsförbindelse med näringsidkaren är skadeståndsskyldig gentemot honom (6 §). Lagen innehåller alltså en på visst sätt föreskriven tystnadsplikt och regler om skadeståndsskyldighet.

Begreppet näringsidkare ska förstås i vidsträckt bemärkelse och inbegriper varje fysisk eller juridisk person som yrkesmässigt driver verksamhet av ekonomisk art. Detta innebär att inte bara statliga,

kommunala och privata företag utan också de affärsdrivande verken är näringsidkare i lagens bemärkelse. Detsamma gäller andra myndigheter i den utsträckning de bedriver näringsverksamhet. Bestämmelserna om skydd för företagshemligheter gäller således såväl i det privata näringslivet som i det allmännas verksamhet.

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

### *Hur informationen skyddas – säkerhetsskyddslagstiftningen*

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

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

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

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

tillsyn, fördelning av kostnader, tystnadsplikt, äganderättsförhållanden och avtalsperiod.<sup>89</sup>

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

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

### *Begreppet säkerhetsskyddsklassificerade uppgifter*

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

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

<sup>89</sup> Säkerhetspolisen, Säkerhetsskyddad upphandling – en vägledning, 2010, s. 12.

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

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

### *En översyn av säkerhetsskyddslagen*

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

## 9.2 Krav på leverantörer och underleverantörer

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

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

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

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

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

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

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

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

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

### 9.3 Åtgärder och krav i annonsen om upphandling

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

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

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

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

I artikeln anges inte hur detaljerat alla de åtgärder och krav som den upphandlande myndigheten eller enheten kan ställa ska anges i kontraktshandlingarna. Artikeln bör tolkas så att den upphandlande myndigheten eller enheten i kontraktshandlingarna ska precisera alla de åtgärder och krav som ställs på en sådan nivå att leverantörerna får tillräckliga upplysningar. Enligt regeringens mening bör sådana upplysningar ges på ett så tidigt stadium som möjligt för att leverantörerna ska känna till vad som kan komma att krävas av dem i fråga om informationssäkerhet. Annars riskerar de att gå in i en upphandling som de saknar kapacitet för. Som svar på *Trafikverkets* fråga bedömer därför regeringen att oavsett om förfrågningsunderlaget innehåller säkerhetsskyddsklassificerade uppgifter eller inte, bör den upphandlande myndigheten eller enheten överväga om det redan i annonsen kan nämnas, beskrivas eller återges att krav på informationssäkerhet ställs eller kommer att ställas eller vad som ska ingå i anbudet för att den upphandlande myndighetens eller enhetens krav i fråga om informationssäkerhet ska uppfyllas.<sup>90</sup> Detta måste naturligtvis ske med beaktande av å ena sidan den information som ska skyddas och å andra sidan den risk för angripande av upphandlingen som kan ske om lämnandet av upplysningar har brutit.

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

<sup>90</sup> Jfr Generaldirektoratet för inre marknaden och tjänster, Guidance Note – Security of Information, p. 15.

## 9.4 Krav på innehåll i anbud

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

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

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

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

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

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

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

**Utredningens förslag:** Överensstämmer i sak med regeringens förslag och bedömning. I stället för ”skydda säkerhetsskyddsklassificerade uppgifter” föreslår utredningen emellertid uttrycket ”skydda sekretessen för sekretessbelagd information”.

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

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

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

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

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

– tillräcklig information om underleverantörerna för att den upphandlande myndigheten eller enheten ska kunna fastställa att de har den kapacitet som krävs för att kunna skydda sekretessen för sekretessbelagd information, eller

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

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

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

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

## 9.5 Bevis på en leverantörs kapacitet

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

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

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

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

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

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

För svenskt vidkommande finns det i säkerhetsskyddslagen särskilda bestämmelser som tillämpas för granskning av personer som bevis på en leverantörs förmåga att hantera säkerhetsskyddsklassificerade uppgifter. Personer hos en leverantör som deltar i verksamhet som har placerats i en säkerhetsklass ska nämligen genomgå en säkerhetsprövning enligt 11 och 13 §§ säkerhetsskyddslagen. En sådan säkerhetsprövning ska göras innan en person genom anställning eller på något annat sätt deltar i verksamhet som har betydelse för rikets säkerhet eller anlitas för uppgifter som är viktiga för skyddet mot terrorism. Syftet med prövningen är att klarlägga om personen kan antas vara lojal mot de intressen som skyddas i lagen och i övrigt är pålitlig från säkerhetssynpunkt. En säkerhetsprövning omfattar registerkontroll och särskild personutredning. Med registerkontroll avses att uppgifter hämtas ur register som bl.a. omfattas av lagen (1998:620) om belastningsregister. Enligt 15 § säkerhetsskyddslagen kan under vissa förutsättningar, sådan kontroll också ske efter framställan från en annan stat eller en mellanfolklig organisation. En av dessa förutsättningar är att det för deltagande i verksamheten gäller regler i den andra staten om registerkontroll som motsvarar reglerna i denna lag.

Enligt 22 § säkerhetsskyddsförordningen beslutar Rikspolisstyrelsen i sådana fall om registerkontroll.

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

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

## 9.6 System för granskning av säkerhetsskyddet

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

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

**Utredningens förslag:** Överensstämmer delvis med regeringens förslag och bedömning. I stället för uttrycket ”ett system för granskning av säkerhetsskyddet” föreslår utredningen ett begrepp som benämns ”säkerhetskontrollsystem”. Utredningen föreslår ingen motsvarighet till första meningen i förslaget. Utredningen föreslår att förslaget tas in i ett annat kapitel i lagen.

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

**Skälen för regeringens förslag och bedömning:** Av artikel 42.1 j andra stycket andra meningen i direktivet framgår att medlemsstaterna ska godkänna säkerhetskontrollsystem som de anser vara likvärdiga med de system som föreskrivs i den nationella lagstiftningen, utan att det

påverkar deras möjlighet att själva genomföra och beakta ytterligare undersökningar om detta anses nödvändigt.

Direktivets begrepp säkerhetskontrollsystem är inte ett etablerat begrepp i svensk rätt och ifrågasätts av *Säkerhetspolisen*. I svensk rätt är säkerhetskontroll den typ av kontroll av personer och egendom som kan ske bl.a. i riksdagen, landstingen och kommunerna samt hos domstolarna, på flygplatserna och i hamnarna för att främst hindra farliga föremål från att föras in. Det är inte vad som avses i direktivet. Här är i stället fråga om ett system eller en ordning för att undersöka och intyga att leverantörerna är godkända från säkerhetssynpunkt.<sup>91</sup>

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

Begreppet säkerhetskontrollsystem i direktivet bör mot denna bakgrund inte användas i den föreslagna lagen. Säkerhetspolisen menar att en bättre översättning är säkerhetsklarering eller liknande. Säkerhetsklarering förekommer inte i svensk lagstiftning även om det vid flera tillfällen, som vid införandet av säkerhetsskyddslagen, har övervägts om regler om det ska införas.<sup>92</sup> Sådana regler bör inte utan närmare utredning etableras genom upphandlingslagstiftningen. Behovet av detta får i stället övervägas inom ramen för den planerade översynen av säkerhetsskyddslagstiftningen. Regeringen föreslår därför i stället att det som avses med direktivets begrepp säkerhetskontrollsystem lämpligast i detta sammanhang beskrivs som ett system för granskning av säkerhetsskyddet.

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

<sup>91</sup> I den danska språkversionen av direktivet talas om "sikkerhedsgodkendelser", i den tyska "sicherheitsüberprüfung", i den franska "systèmes nationaux d'habilitation de sécurité", i den spanska "los sistemas nacionales de acreditación de seguridad" och i den nederländska "de nationale systematiek voor veiligheidsonderzoeken".

<sup>92</sup> Prop. 1995/96:129 s. 38–40 och Ds 2004:12 s. 27–31.

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

I artikel 22 tredje stycket andra meningen finns också en bestämmelse om att godta likvärdiga system för granskning av säkerhetsskyddet (säkerhetskontrollsystem). Enligt regeringens mening följer innebörden av bestämmelsen i artikeln liksom den uttryckliga innebörden av artikel 42.1 j andra stycket andra meningen i direktivet redan av den grundläggande principen om ömsesidigt erkännande, vilken tas in i 1 kap. 10 § i den föreslagna lagen. Det finns därför inget behov av att i den föreslagna lagen ta in en särskild bestämmelse om detta.

## 9.7 Kontroll av anbudssökandes säkerhetsskydd

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

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

**Remissinstanserna:** Två remissinstanser framför särskilda synpunkter på förslaget. *Trafikverket* anser att det är en paradox att den som utgör hotet avseende spioneri ska vara den som kontrollerar att säkerhetsskyddet uppfylls, dvs. annan stats polisiära eller militära

säkerhetsfunktion. I stället menar verket att det är lämpligt att den svenska myndigheten själv får göra sådana kontroller när det gäller information eller uppgifter om rikets säkerhet. *Säkerhetspolisen* anför att i stället för behörigt organ står det i den engelska versionen av direktivet att det är "the national security authority" eller "the security authority" som är avsedd att kunna få en sådan begäran som avses. Detta har i den svenska direktivtexten felaktigt översatts till nationella säkerhetstjänsten. Det är inte självklart vilket svenskt organ som skulle kunna utgöra behörigt organ i enlighet med förslaget.

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

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

Förutom den tillsyn av säkerhetsskyddet som Rikspolisstyrelsen och Försvarsmakten kan utföra enligt 42 § säkerhetsskyddsförordningen, kan noteras att Utrikesdepartementet (SSSB) är behörigt organ vad avser Sveriges åtaganden gentemot EU, Nato och Europeiska rymdorganisationen. I vissa avtal pekas t.ex. Försvarets materielverk (FMV) ut som behörigt organ, eller s.k. National Security Authority (NSA). NSA kan därför i Sverige utgöras av olika myndigheter beroende på vad upphandlingen avser och vilken som utsetts till NSA genom det avtal som är tillämpligt. Det är därför som *Säkerhetspolisen* påpekar inte självklart vilket svenskt organ som utgör behörigt organ.

För bedömningen av om det organ som den upphandlande myndigheten eller enheten vänder sig till kan tillmötesgå begäran, kan noteras att som framgår redan av beaktandesats 1 i direktivet är det fortfarande medlemsstaterna som är ensamt ansvariga för den nationella säkerheten, både vad gäller försvar och säkerhet. Det är således varje medlemsstats ansvar att bestämma om organisation och befogenheter för sina nationella myndigheter på försvars- och säkerhetsområdet. En begäran från en upphandlande myndighet eller enhet måste därför prövas

av den nationella myndigheten mot dess befogenheter. Om myndigheten saknar befogenhet att agera på det sätt som efterfrågas kan det få till följd att en begäran kanske inte kan tillmötesgå i alla delar. I sådana fall får det bedömas om värdet av den eventuella information som lämnas från respektive nationell myndighet är sådant att leverantörerna kan vägas mot varandra. Ytterst får leverantören på annat sätt visa att den uppfyller de krav som den upphandlande enheten eller myndigheten ställer.

Det bör, som kommissionen också påpekar, understrykas att även om det behöriga organet tillmötesgår den upphandlande myndigheten eller enheten och gör den efterfrågade kontrollen, ger en godkänd kontroll av säkerhetsskyddet inte automatiskt en leverantör rätt att ta del av säkerhetsskyddsklassificerade uppgifter. Det måste också göras en bedömning av vilka uppgifter leverantören behöver känna till.<sup>93</sup>

Sammanfattningsvis bör bestämmelsen i artikel 42.1 j fjärde stycket i direktivet enligt regeringens mening genomföras i svensk rätt och tas in tillsammans med de tekniska och yrkesmässiga kvalifikationskraven.

## 10 Försörjningstrygghet

### 10.1 Krav om försörjningstrygghet

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

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

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

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

<sup>93</sup> Generaldirektoratet för inre marknaden och tjänster, Guidance Note – Security of Information, p. 13.

beteenden och ett argument både för och emot tredje lands närvaro på marknaden och medverkan till europeisk materielförsörjning.

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

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

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

Förmågan att uppfylla en upphandlande myndighets eller enhets krav i fråga om försörjningstrygghet är beroende inte bara av den egna kapaciteten utan ofta även av t.ex. tillstånd från nationella myndigheter. För multinationella företag och koncerner med gränsöverskridande överföringar av materielen kan omständigheterna bli särskilt komplicerade med försörjningskedjor som sträcker sig över flera nationsgränser. Överförings- och exporttillstånd behövs då inte bara för den slutliga leveransen av produkten utan, som kommissionen påpekar, även för leveranser av komponenter och delsystem från underleverantörerna.<sup>94</sup> Försörjningstrygghet kan enligt direktivets beaktandesats 44 därför innebära att många olika krav kan behöva ställas, inkluderat exempelvis krav på företagsinterna bestämmelser mellan

<sup>94</sup> Generaldirektoratet för inre marknaden och tjänster, Guidance Note – Security of Supply p. 2.

dotterbolag och moderbolag när det gäller immateriella rättigheter eller tillhandahållande av viktiga tjänster, eller underhåll och översyn.

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

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

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

I det arbete som pågått inom EU på försvars- och säkerhetsområdet används ibland begreppet leveranssäkerhet i stället för begreppet försörjningstrygghet, se t.ex. kommissionens meddelande av den 5 december 2007 *En strategi för en starkare och konkurrenskraftigare europeisk försvarsindustri* (KOM[2007]764 slutlig) och Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/43/EG av den 6 maj 2009 om förenkling av villkoren för överföring av försvarsrelaterade produkter inom gemenskapen<sup>95</sup>. Begreppet leveranssäkerhet förekommer redan i svensk lagstiftning bl.a. i ellagen (1997:857) och i naturgaslagen (2005:403). Med begreppet avses då en minskning av avbrott i försörjningen. Enligt regeringens mening är leveranssäkerhet ett alltför snävt begrepp i förhållande till vad som avses i direktivet. Försörjningstrygghet innefattar däremot, anser regeringen, alla de krav som kan ställas enligt artikel 23 andra stycket i direktivet och som behandlas i nästa avsnitt. Begreppet försörjningstrygghet ska därför användas i de bestämmelser som ska tas in i lagen. De krav som den upphandlande myndigheten eller enheten därvid kan ställa behandlas i följande avsnitt.

<sup>95</sup> EUT L 146, 10.6.2009, s. 1 (Celex 32009L0043).

## 10.2 Krav på innehåll i anbud

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

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

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

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

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

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

**Skälen för regeringens förslag:** Inom försvars- och säkerhetsområdet är det av särskild vikt att en upphandlande myndighet eller enhet kan bedöma leverantörens möjlighet att uppfylla de krav som ställs i fråga om försörjningstrygghet. Krav på försörjningstrygghet kan aktualiseras under olika stadier av en upphandling. Till att börja med har de betydelse för urvalet av lämpliga leverantörer och deras förmåga att uppfylla de obligatoriska kraven i fråga om trygghet i försörjningen. De kan således tjäna som en grund till uteslutning av leverantörer och utgöra en omständighet vid kvalificeringen av anbudsgivarna. Sedan kan de aktualiseras vid utvärderingen av anbuden och beaktas då tilldelningsbeslutet fattas. Därför är det av avgörande betydelse att en upphandlande myndighet eller enhet så precist som möjligt redan vid annonseringen av upphandlingen kan ange de specifika krav som bedöms nödvändiga för att trygga den försörjning som behövs. På det sättet ökar förutsättningarna för att innehållet i anbuden är tillfyllest för att myndigheten eller enheten ska kunna göra en så korrekt utvärdering som möjligt av leverantörens förmåga att uppfylla dessa krav.

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

- certifiering eller dokumentation som visar anbudsgivarens förmåga att uppfylla sina skyldigheter i fråga om export, överföring och transitering av varor i samband med kontraktet,

- certifiering eller dokumentation som visar att organisationen och lokaliseringen av anbudsgivarens försörjningskedja gör det möjligt för denne att uppfylla kraven i kontraktshandlingarna om försörjningstrygghet, eller

- dokumentation som styrker förmågan att uppfylla den upphandlande myndighetens eller enhetens ökade behov till följd av en kris.

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

- i enlighet med överenskomna villkor upprätta eller upprätthålla den kapacitet som krävs för att tillmötesgå eventuellt ökade behov till följd av en kris,

- utföra underhåll, modernisering och anpassningar av den utrustning som är föremål för upphandlingen,

- i tid informera om varje förändring som uppstår i anbudsgivarens organisation, försörjningskedja eller industriella strategi som kan tänkas påverka anbudsgivarens skyldigheter gentemot den upphandlande myndigheten eller enheten,

- visa att eventuella ändringar i försörjningskedjan under genomförandet av kontraktet inte kommer att inverka negativt på uppfyllandet av kraven, eller

- i enlighet med överenskomna villkor förse den upphandlande myndigheten eller enheten med allt som behövs för produktion av reservdelar, komponenter, särskilda tillbehör och särskild testutrustning, inklusive ritningar, licenser och instruktioner, för sådana fall där entreprenören inte längre kan tillhandahålla denna utrustning.

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

Bestämmelsen är som framgår inte obligatorisk och de krav som kan ställas är inte uttömmande. De exempel på krav som enligt artikeln kan ställas tillhör de mest centrala. Förslaget bör därför genomföras i lagen om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet genom att de krav som anges i direktivet tas in i den nya lagen med det förtydligandet att listan på krav inte är uttömmande. Kravlistan kan förefalla lång men bör ses mot bakgrund av att försörjningstryggheten är en av de allra viktigaste delarna i det nya direktivet. Det bör också påpekas att det är

upp till den upphandlande myndigheten eller enheten att bedöma om den behöver ställa något eller några av de krav som framgår av listan eller något annat krav i fråga om försörjningstrygghet. Den upphandlande myndigheten eller enheten måste dock även vid dessa överväganden beakta de grundläggande principerna i EUF-fördraget som bl.a. proportionalitetsprincipen. Det sagda bör, enligt regeringens mening, innebära att de ställda kraven inte bör kunna bli så långtgående och betungande som *FMV* befarar.

### 10.3 Krav som inte får ställas

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

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

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

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

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

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

Artikel 23 i direktivet hänvisar till nationella kriterier för beviljande av licens för överföring av varor. En harmonisering av dessa regler har påbörjats. I syfte att förenkla överföringen av försvarsrelaterade produkter inom gemenskapen har Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/43/EG av den 6 maj 2009 om förenkling av villkoren för överföring av försvarsrelaterade produkter inom gemenskapen<sup>96</sup> antagits. I direktivet finns bl.a. bestämmelser om tre olika överföringstillstånd; generella, globala och individuella. Direktivet ska vara genomfört i svensk rätt senast den 30 juni 2011 och ska tillämpas från och med den 30 juni 2012. Departementspromemorian Genomförande av direktiv om överföring av krigsmateriel inom EU, m.m. (Ds 2010:29), vilken för närvarande remissbehandlas, innehåller förslag till genomförande i svensk rätt av det direktivet.

## 11 Underentreprenad

### 11.1 Bakgrund

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

I stor utsträckning prioriterar varje stat den egna försvarsindustrin. Det innebär att tillverkare från andra medlemsstater ofta har endast ett

<sup>96</sup> EUT L 146, 10.6.2009, s. 1 (Celex 32009L0043).

begränsat eller inget tillträde till de inhemska försvarsmarknaderna. Faktorer som fragmenterar den europeiska marknaden för försvarsmateriel är enligt den Europeiska kommissionens strategi för en starkare och mer konkurrenskraftig försvarsindustri i EU bl.a. att medlemsstaterna ofta använder sig av artikel 346 i EUF-fördraget för att undanta försvarskontrakt från EU:s upphandlingsregler, att de nationella systemen för att kontrollera överföringar av försvarsmateriel inom EU inte gör någon åtskillnad mellan export till tredje land och överföringar mellan medlemsstater och att konkurrensen kan snedvridas av de krav på offsetaffärer (kompensationsköp) som många medlemsstater ställer i samband med försvarsupphandlingar.<sup>97</sup> En fragmenterad europeisk marknad och delvis stängda nationella marknader innebär svårigheter för försvarsindustriföretag, särskilt för små och medelstora företag.

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

#### *Direktivets bestämmelser*

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

<sup>97</sup> Kommissionens meddelande av den 5 december 2007 *En strategi för en starkare och konkurrenskraftigare europeisk försvarsindustri* (KOM[2007]764 slutlig).

## 11.2 Anbudsgivarens val av underleverantör

### 11.2.1 Huvudregel

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

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

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

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

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

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

Vidare anges i artikel 21.1 bl.a. att den utvalda anbudsgivaren i synnerhet inte får åläggas att diskriminera någon potentiell underleverantör på grund av nationalitet. Detta förbud följer dock redan av artikel 4 som slår fast EUF-fördragets grundläggande principer, bl.a. principen om icke-diskriminering, vilken införlivas genom 1 kap. 10 § i författningsförslaget. Regeringen anser att det av det skälet inte behövs någon särskild bestämmelse i författningstexten.

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

## 11.2.2 Begäran om uppgifter om underentreprenad

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

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

**Utredningens förslag** överensstämmer i allt väsentligt med regeringens.

**Remissinstanserna** framför inte några invändningar mot förslaget.

**Skälen för regeringens förslag:** Enligt artikel 21.2 i direktivet gäller att den upphandlande myndigheten eller enheten får begära eller kan av

en medlemsstat åläggas att begära att anbudsgivaren i sitt anbud ska ange den eventuella del av kontraktet som han kan komma att läggas ut på underentreprenad till tredje man och eventuellt förslag på underleverantör och föremålet för det underleverantörskontrakt som förslaget gäller.

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

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

### 11.3 Upphandlande myndigheters och enheters krav på underentreprenad

#### 11.3.1 Krav på viss andel av kontraktet

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

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

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

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

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

**Remissinstanserna:** Ingen av remissinstanserna berör frågan.

**Skälen för regeringens förslag och bedömning:** Enligt artikel 21.4 i direktivet får den upphandlande myndigheten eller enheten begära att den utvalda anbudsgivaren lägger ut en del av kontraktet på underentreprenad. Den upphandlande myndighet eller enhet som kräver

sådan underentreprenad ska enligt artikel 21.4 första stycket ange den procentuella minimiandel som måste läggas ut på underentreprenad, i form av intervallvärden med en minimiandel och en maximiandel. Maximiandelen får inte överstiga 30 procent av kontraktets värde. Intervallet ska vara proportionerligt till kontraktets föremål och värde samt den aktuella industrisektorns karaktär, inbegripet i fråga om konkurrens på den aktuella sektorns marknad och den industriella basens tekniska kapacitet.

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

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

Sista meningen i första stycket av artikeln anger att intervallet ska vara proportionerligt till kontraktets föremål och värde samt den aktuella industrisektorns karaktär, inbegripet graden av konkurrens på den aktuella marknaden och den industriella basens tekniska kapacitet. En sådan proportionalitetsbedömning följer redan av proportionalitetsprincipen, som innefattas av 1 kap. 10 § i den föreslagna lagen. Därför finns det enligt regeringens mening inte något behov av att ytterligare ange det i författningstexten.

### 11.3.2 Uppfyllelse av kravet på underentreprenad

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

**Utredningens förslag** överensstämmer med regeringens bedömning.

**Remissinstanserna:** Ingen av remissinstanserna berör frågan.

**Skälen för regeringens bedömning:** Artikel 21.4 andra stycket i direktivet innebär att anbudsgivaren uppfyller det krav på underentreprenad som den upphandlande myndigheten eller enheten

ställer om en procentuell andel av kontraktets värde faller inom det intervall som myndigheten eller enheten uppställt. Enligt regeringens mening kräver innehållet i artikeln ingen författningsreglering.

### 11.3.3 **Krav att ange föremålet för underentreprenad utöver minimiandelen**

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

**Utredningens förslag** överensstämmer med regeringens.

**Remissinstanserna:** Ingen av remissinstanserna berör frågan.

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

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

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

### 11.3.4 Villkor om tilldelning av underentreprenad

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

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

**Utredningens förslag** överensstämmer med regeringens.

**Remissinstanserna:** Ingen av remissinstanserna berör frågan.

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

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

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

Enligt artikel 50.1 i direktivet gäller att medlemsstaterna ska vidta nödvändiga åtgärder för att säkerställa att de utvalda anbudsgivarna, som

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

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

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

### 11.3.5 Företag som går samman och anknutna företag

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

Anbudsgivarens anbud ska innehålla en uttömmande förteckning över företag som avses i första stycket. Förteckningen ska uppdateras när ändringar inträffar i förhållandena mellan företagen.

**Utredningens förslag** överensstämmer med regeringens.

**Remissinstanserna** framför inte några invändningar mot förslaget.

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

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

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

inflytande från ett företag ska anses föreligga om företaget, direkt eller indirekt, i förhållande till ett annat företag

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

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

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

### 11.3.6 Avvisning av underleverantör

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

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

**Utredningens förslag** överensstämmer med regeringens.

**Remissinstanserna:** Ingen av remissinstanserna berör frågan.

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

### 11.3.7 Innehåll i annonsen

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

**Utredningens förslag** överensstämmer med regeringens.

**Remissinstanserna** framför inte några invändningar mot förslaget.

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

## 11.4 Skyldigheter för anbudsgivare som inte är upphandlande myndighet eller enhet

### 11.4.1 Inledning

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

### 11.4.2 Allmänna principer

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

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

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

**Remissinstanserna:** Ingen av remissinstanserna berör förslaget.

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

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

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

Regeringen konstaterar att de grundläggande principerna i artikel 4 i direktivet som genomförs i 1 kap. 10 § i förslaget riktar sig till upphandlande myndigheter och enheter. En vinnande anbudsgivare som inte är en upphandlande myndighet eller enhet omfattas alltså inte av den paragrafen. Mot bakgrund av detta finns det, enligt regeringens mening, behov av en särskild reglering när det gäller underentreprenad.

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

### 11.4.3 Annonsering av underentreprenadskontrakt

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

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

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

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

**Remissinstanserna:** Ingen av remissinstanserna berör frågan.

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

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

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

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

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

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

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

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

I likhet med vad som gäller för tröskelvärdena i LOU och LUF (3 kap. 1 § LOU och LUF), bör regeringen i Svensk författningssamling tillkännage tröskelvärdena i euro och svenska kronor.

#### 11.4.4 Kriterier för urval

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

De kvalifikationer som krävs måste ha ett direkt samband med föremålet för underleverantörskontraktet och den minimikapacitet som krävs måste överensstämma med föremålet.

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

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

**Remissinstanserna:** Ingen av remissinstanserna berör frågan.

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

#### 11.4.5 Ramavtal

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

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

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

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

**Utredningens förslag** överensstämmer i allt väsentligt med regeringens.

**Remissinstanserna** framför inte några invändningar mot förslaget.

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

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

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

Regeringen gör i detta hänseende en annan bedömning. Regeringen anser att det är en fördel att avtalstypen har samma benämning i lagen som i det bakomliggande direktivet för dem som har att tillämpa bestämmelserna och söker vägledning i direktivet för tolkning av lagbestämmelserna, eftersom bestämmelserna i lagen och i direktivet är desamma. Detta oavsett att reglerna för ramavtal för upphandlande myndigheter och enheter har ett annat tillämpningsområde än de ramavtal som gäller för de vinnande anbudsgivarna. Någon risk för sammanblandning av de två typerna av ramavtal föreligger knappast. Regeringen anser därför att begreppet ramavtal även bör omfatta sådana ramavtal som sluts mellan anbudsgivare och underleverantör.

Artikel 52.6 sista stycket i direktivet anger att reglerna om ramavtal inte får användas på ett otillbörligt sätt eller på ett sådant sätt att konkurrensen förhindras, begränsas eller snedvrids. Detta följer redan av artikel 51 i direktivet varför det inte behöver anges särskilt. En bestämmelse i det klassiska direktivet med samma innehåll ansågs onödig att ta med i LOU med hänsyn till motsvarande artikel 4 (se prop. 2006/07:128 del 1 s. 333). Enligt regeringens mening finns det inte något skäl att beträffande denna lag göra någon annan bedömning.

## 11.5 Undantag från kravet att anlita underleverantör

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

**Utredningens förslag** överensstämmer med regeringens.

**Remissinstanserna** framför inte några invändningar mot förslaget.

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

## 11.6 Leverantörens ansvar

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

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

**Remissinstanserna** framför inga synpunkter om förslaget.

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

I det klassiska direktivet och i försörjningsdirektivet finns i artikel 25 andra stycket respektive artikel 37 en liknande bestämmelse som inte genomfördes i svensk rätt. Orsaken var enligt förarbetena (se prop. 2006/07:128 del 1 s. 350) att innebörden av bestämmelsen följer av svensk rätt och då ansågs det inte finnas något behov av att ta in vad som sägs i artikeln i LOU eller LUF. Utredningens förslag är trots det att

bestämmelsen bör ingå i föreliggande lagförslag. Eftersom det troligen i större utsträckning kommer att genomföras upphandlingar med utländska leverantörer än vad som är fallet med LOU och LUF, underlättar det för en utländsk leverantör enligt utredningens mening om bestämmelsen framgår av tillämplig lag. Bestämmelsen pekar ut vem som är ansvarig gentemot den upphandlande myndigheten eller enheten och kan undanröja risken för en del konflikter. Bestämmelsen understryker även vad som gäller enligt direktivet.

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

## 11.7 Tillämpningsbestämmelser för leverantörer som är upphandlande myndigheter eller enheter

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

**Utredningens bedömning** överensstämmer med regeringens.

**Remissinstanserna:** Ingen av remissinstanserna berör frågan.

**Skälen för regeringens bedömning:** Reglerna för underentreprenad i artiklarna 50–53 i direktivet avser de fall när den utvalda anbudsgivaren inte är en upphandlande myndighet eller enhet. När den utvalda anbudsgivaren däremot är en upphandlande myndighet eller enhet följer av artikel 54 i direktivet att bestämmelserna om huvudkontrakt i artiklarna 1–49 ska tillämpas i stället. Något behov av att införa en bestämmelse som anger detta finns inte enligt regeringens mening, eftersom det får anses följa redan av att anbudsgivaren är en upphandlande myndighet eller enhet och i den egenskapen ska tillämpa bestämmelserna i lagen. Ett liknande resonemang fördes i förarbetena till LOU (se prop. 2006/07:128 del 1 s. 411) angående artikel 62 rörande byggkoncession i det klassiska direktivet som till sitt innehåll liknar artikel 54.

## 11.8 Sammanfattning

### *Den upphandlande myndighetens eller enhetens valmöjligheter*

De relativt omfattande bestämmelserna i direktivet om underentreprenad ger den upphandlande myndigheten eller enheten olika möjligheter att ställa krav på huvudleverantören när det gäller konkurrensutsättning av underleverantörskontrakt. Reglerna kan kombineras på ett sätt som ger varierande inflytande för den upphandlande myndigheten eller enheten över leverantörens val av underentreprenörer. Följande fyra huvudsakliga kravnivåer kan enligt ansvarigt generaldirektorat inom kommissionen urskiljas för de upphandlande myndigheterna och enheterna i de fall reglerna genomförs på så sätt att myndigheterna och enheterna ges möjlighet att utnyttja reglerna fullt ut.<sup>98</sup>

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

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

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

4) Den upphandlande myndigheten eller enheten ställer upp ett intervall med en minimiprocentsats av huvudkontraktets värde för underkontrahering som i punkt 3 och kräver dessutom att anbudsgivaren ska konkurrensutsätta övriga delar av huvudkontraktet som denne avser att lägga ut på tredje man utöver dem som ligger inom intervallet. Den upphandlande myndigheten eller enheten anger således hur stor andel som måste läggas ut på tredje man och kräver att anbudsgivaren i sitt anbud anger dels vilka anbud som motsvarar minimikravet, dels vilka delar av hans anbud som han avser att lägga ut på tredje man utöver minimikravet. På grundval av uppgifterna i anbudet avgör den upphandlande myndigheten eller enheten om samtliga eller vissa delar i

<sup>98</sup> Jfr Generaldirektoratet för inre marknaden och tjänster, Guidance note – Subcontracting, p. 3.

anbudet utöver minimiandelen ska tilldelas enligt reglerna om annonsering m.m. som anges i punkt 2.

## 12 Rättsmedel och tillsyn

### 12.1 Bestämmelser om rättsmedel tas in i lagen

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

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

**Utredningens förslag** överensstämmer med regeringens.

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

**Skälen för regeringens förslag:** Precis som för den klassiska sektorn och för försörjningssektorerna finns för upphandlingar på försvars- och säkerhetsområdet bestämmelser om rättsmedel, som syftar till att säkerställa efterlevnaden av upphandlingsreglerna. För den klassiska sektorn och för försörjningssektorerna finns rättsmedelsbestämmelserna i två separata direktiv: rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten<sup>99</sup> (första rättsmedelsdirektivet) och rådets direktiv 92/13/EEG av den 25 februari 1992 om samordning av lagar och andra författningar om gemenskapsregler om upphandlingsförfaranden tillämpade av företag och verk inom vatten-, energi-, transport-, och telekommunikationssektorerna<sup>100</sup> (andra rättsmedelsdirektivet). Första och andra rättsmedelsdirektiven har ändrats genom Europaparlamentets och rådets direktiv 2007/66/EG av den 11 december 2007 om ändring av rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG vad gäller effektivare förfaranden för prövning av offentlig upphandling<sup>101</sup> (ändringsdirektivet). Rättsmedelsdirektivens bestämmelser har genomförts i LOU och LUF. För försvars- och säkerhetsupphandlingar finns bestämmelser om rättsmedel i direktivet om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet. Av direktivets beaktandesats 72 framgår att iakttagandet av skyldigheterna avseende öppenhet och konkurrens bör säkerställas genom ett effektivt system för prövning som bygger på första och andra rättsmedelsdirektivet i dess lydelse enligt ändringsdirektivet. Vidare anges följande.

<sup>99</sup> EGT L 395, 30.12.1989, s. 33, Svensk specialutgåva: Område 6 Volym 3. s. 48 (Celex 31989L0665).

<sup>100</sup> EGT L 76, 23.3.1992, s. 14, Svensk specialutgåva: område 6 Volym 3 s. 127 (Celex 31992L0013).

<sup>101</sup> EUT L 335, 20.12.2007, s. 31 (Celex 32007L0066).

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

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

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

I sammanhanget kan det poängteras att underleverantörer inte omfattas av bestämmelserna om rättsmedel. Som ovan nämns ska direktivet tillämpas på kontrakt som tilldelas på försvars- och säkerhetsområdet. Kontrakt definieras i artikel 1.2 i direktivet, genom hänvisning till det klassiska direktivet och försörjningsdirektivet. I artikel 1.2 a i det klassiska direktivet definieras offentliga kontrakt som skriftliga kontrakt med ekonomiska villkor som sluts mellan en eller flera ekonomiska aktörer och en eller flera upphandlande myndigheter och som avser utförande av byggentreprenad, leverans av varor eller tillhandahållande av tjänster i den mening som avses i det klassiska direktivet. I artikel 1.2 a i försörjningsdirektivet definieras varu-, byggentreprenad- och tjänstekontrakt som skriftliga avtal med ekonomiska villkor som sluts mellan en eller flera av de upphandlande enheter som avses i artikel 2.2. och en eller flera entreprenörer, varuleverantörer, eller tjänstleverantörer. Det är således endast de åtgärder som vidtas av en upphandlande myndighet eller enhet och det kontrakt som sluts mellan den upphandlande myndigheten eller enheten och leverantören som omfattas av artikel 2 i direktivet. Därmed är det endast ett sådant kontrakt som kan bli föremål för prövning enligt bestämmelserna om rättsmedel och alltså

inte upphandling eller avtal som sluts mellan leverantören och en underleverantör.

## 12.2 Avtalsspärr och tiodagarsfrist

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

**Utredningens förslag** överensstämmer med regeringens.

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

### Skälen för regeringens förslag

#### *Avtalsspärr efter underrättelse om tilldelningsbeslut*

Artikel 57 i direktivet innehåller bestämmelser om en period under vilken avtal inte får ingås efter det att beslutet om tilldelning av ett kontrakt översändes till berörda anbudssökande och anbudsgivare. Syftet med bestämmelsen är att garantera att anbudssökande och anbudsgivare har möjlighet att få ett beslut om tilldelning av ett kontrakt överprövat innan avtal ingås. Enligt artikeln ska, om beslutet skickas med telefax eller elektroniska medel, den period under vilken avtal inte får ingås vara minst tio kalenderdagar från och med dagen efter det att beslutet översändes. Om andra kommunikationsmedel används ska tidsfristen vara minst 15 kalenderdagar från och med dagen efter det att beslutet översändes. Direktivet innehåller också en möjlighet att förkorta tidsfristen till tio dagar efter mottagande av en underrättelse som har skickats på annat sätt än med elektroniska medel.

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

Skyldigheten att skicka en underrättelse om tilldelningsbeslut regleras i 9 kap. 9 § LOU och LUF. Där framgår att det är skyldigheten att skicka en underrättelse om tilldelningsbeslutet som utlöser avtalsspärren. Om det inte finns någon skyldighet att skicka en underrättelse om tilldelningsbeslutet kommer alltså någon avtalsspärr inte att gälla. Det framgår vidare att underrättelsen ska innehålla information om avtalsspärrens längd. Regeringen gjorde i förarbetena bedömningen att begreppet berörda anbudssökande och anbudsgivare i ändringsdirektivet

omfattas av regleringen av underrättelseskyldigheten avseende tilldelningsbeslut i 9 kap. 9 § LOU och LUF (a.prop. s.111–112). Regeringen gjorde vidare bedömningen att LOU och LUF inte behövde kompletteras med anledning av ändringsdirektivets krav på att skäl för beslutet ska anges eftersom den information som åsyftas redan lämnas enligt gällande rätt (a.prop. s. 113–115).

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

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

#### *Undantag från avtalsspärr*

I artikel 58 i direktivet anges situationer när medlemsstaterna får föreskriva att någon avtalsspärr inte ska gälla. Undantag från avtalsspärr får göras om direktivet inte kräver att ett förhandsmeddelande om upphandling ska offentliggöras i EUT (a), om den enda berörda anbudsgivaren är den som tilldelas kontraktet och ingen anbudssökande berörs (b) och när det är fråga om ett kontrakt som grundar sig på ett ramavtal (c). Artikeln har en motsvarighet i artikel 2b i ändringsdirektivet, som har genomförts i nuvarande 16 kap. 7 § LOU och LUF. Undantag från avtalsspärren innebär att förutsättningarna för överprövning av en upphandling minskar eftersom den upphandlande myndigheten eller enheten då omedelbart får ingå avtal och om avtal har slutits ska upphandlingen inte överprövas (nuvarande 16 kap. 13 § LOU och LUF samt avsnitt 12.4).

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

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

Med hänsyn till vikten av ett effektivt förfarande vid förnyad konkurrensutsättning görs i LOU undantag från avtalsspärren. LUF

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

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

Regeringen ser ingen anledning att nu göra en annan bedömning avseende undantagen från avtalsspärr än som gjordes avseende LOU och samma situationer bör därför omfattas av undantag från avtalsspärr enligt lagen om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

### *Förlängd avtalsspärr*

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

Regeringen finner inte anledning att avseende nu aktuell lagstiftning göra någon annan bedömning avseende genomförandet av artikel 26.3 i direktivet än vad som gjordes avseende genomförande av motsvarande artikel i ändringsdirektivet. Regeringen anser därför att den förlängda avtalsspärren ska gälla under förvaltningsrättens handläggning. Vidare bör det, liksom enligt LOU och LUF, finnas en möjlighet för rätten att upphäva den förlängda avtalsspärren. Ett upphävande innebär att den upphandlande myndigheten eller enheten omedelbart får ingå avtal och om avtal har slutits ska rätten inte pröva upphandlingen (se avsnitt 12.4). Denna möjlighet bör därför användas endast i undantagsfall och med stor försiktighet.

## Tiodagarsfrist

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

För att undvika att tiodagarsfristen leder till orimliga konsekvenser bör det, som enligt LOU och LUF enligt regeringens mening tas in en möjlighet för rätten att upphäva tiodagarsfristen. Denna bör emellertid, precis som möjligheten att upphäva den förlängda avtalsspärren och av samma skäl, användas endast i undantagsfall och med stor försiktighet. Situationen kan jämföras med de överväganden som görs när rätten avslår ett yrkande om ett interimistiskt beslut.

### 12.3 Överprövning av en upphandling

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

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

Prövningstillstånd ska krävas vid överklagande till kammarrätten.

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

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

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

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

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

**Remissinstanserna:** Remissinstanserna framför inga invändningar mot förslaget och bedömningen. *Sveriges Kommuner och Landsting (SKL)* tillstyrker förslaget att en ansökan om överprövning av beslut att avbryta

en upphandling ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom tio eller 15 dagar.

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

### *Bestämmelser om överprövning av en upphandling*

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

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

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

också artikel 56.1 a i direktivet om försvars- och säkerhetsupphandling. Bestämmelser om att rätten ska kunna besluta att en upphandling ska göras om eller att den inte får avslutas innan rättelse har gjorts samt att avtal inte ska få ingås till dess något annat har bestämts ska därför tas in i lagen.

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

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

#### *Förbud vid vite*

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

#### *Underrättelse om ansökan om överprövning*

Enligt artikel 55.5 i direktivet får medlemsstaterna föreskriva att den som vill utnyttja ett prövningsförfarande ska underrätta den upphandlande myndigheten eller enheten om den påstådda överträdelsen och sin avsikt att ansöka om överprövning. Vid genomförandet av ändringsdirektivet i

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

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

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

### *Tidsfrister för att ansöka om överprövning av en upphandling*

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

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

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

I likhet med *SKL* anser regeringen att det i lagen också bör tas in tidsfrister för att ansöka om överprövning av ett beslut att avbryta en

upphandling. De tidsfrister som finns i LOU och LUF är enligt regeringens mening väl avvägda och bör därför tas in även i den nu aktuella lagen.

#### *Laglighetsprövning enligt kommunallagen*

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

## 12.4 Överprövning av ett avtals giltighet

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

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

Situationer när ogiltigförklaring inte får ske ska regleras i lagen.

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

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

Prövningstillstånd ska krävas vid överklagande till kammarrätten.

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

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

### **Skälen för regeringens förslag**

#### *Bestämmelser om ogiltigförklaring av avtal tas in i lagen*

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

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

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

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

Direktivets bestämmelser om ogiltigförklaring av avtal är obligatoriska för medlemsstaterna att genomföra och sådana ska därför, även med beaktande av vad *Trafikverket* anför, tas in i lagen. Regeringen anser att det sätt på vilket ändringsdirektivets bestämmelser om ogiltigförklaring av ett avtal har införts i LOU genom bestämmelserna om överprövning av ett avtals giltighet också är lämpligt för att genomföra bestämmelserna i direktivet om försvars- och säkerhetsupphandling i svensk rätt.

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

Mot bakgrund av att bestämmelser om ogiltigförklaring av avtal föreslås tas in i lagen om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet bör enligt regeringens mening, precis som enligt LOU och LUF, tas in en möjlighet för rätten att besluta att ett avtal inte får fullgöras till dess något annat har bestämts. Ett sådant beslut hindrar avtalet från att fullgöras under den tid målet är föremål för rättsens handläggning och säkerställer att en eventuell ogiltigförklaring får verkan. Den skadeavvägning som finns enligt LOU och LUF är enligt regeringens mening lämplig att ta in även i den nu aktuella lagen. Rätten ska alltså få avstå från att fatta ett sådant beslut om den skada eller olägenhet som åtgärden skulle medföra kan bedömas vara större än skadan för leverantören (jfr avsnitt 12.4 och artikel 56.5 i direktivet).

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

### *Tvingande hänsyn till ett allmänintresse*

I artikel 60.3 i direktivet finns undantag från bestämmelserna om att ett avtal ska ogiltigförklaras. Enligt artikeln får medlemsstaterna föreskriva att prövningsorganet inte behöver anse att ett avtal är ogiltigt, även om det har tilldelats på olagligt sätt, om tvingande hänsyn till ett allmänintresse, i synnerhet rörande försvars- eller säkerhetsintressen, kräver att avtalets giltighet bör upprätthållas. Ekonomiska intressen av att kontraktets giltighet upprätthålls får endast betraktas som tvingande hänsyn till ett allmänintresse om ogiltighet skulle leda till oproportionerliga följder. Ekonomiska intressen med direkt koppling till avtalet i fråga ska emellertid inte utgöra tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Ett kontrakt får emellertid inte ogiltigförklaras om detta i hög grad skulle äventyra existensen för ett bredare försvars- eller säkerhetsprogram som är av avgörande betydelse för en medlemsstats säkerhetsintressen. I direktivets beaktandesats 73 belyses detta som ett exempel på en situation när tvingande hänsyn till ett allmänintresse gör att ett avtal inte ska anses ogiltigt:

”Mot bakgrund av arten av och särdragen hos de bygg-entreprenader, varor och tjänster som omfattas av detta direktiv, bör sådana tvingande skäl i första hand hänföra sig till allmänintresset rörande medlemsstaternas försvar och säkerhet. Detta kan exempelvis vara fallet då ett kontrakt som är utan

verkan på ett allvarligt sätt skulle äventyra inte bara genomförandet av det särskilda projekt som kontraktet åsyftar, utan också själva existensen för ett bredare försvars- eller säkerhetsprogram där projektet ingår som en del.”

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

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

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

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

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

### *Överträdelse av en avtalsspärr*

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

Bestämmelsen avser situationen när enbart en bestämmelse om avtalsspärr har överträtts, eller när en avtalsspärr och någon annan

bestämmelse har överträtts utan att det har medfört att en leverantör har lidit eller kan komma att lida skada. Rätt leverantör har alltså tilldelats kontraktet.

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

### *Underrättelse vid förnyad konkurrensutsättning inom ett ramavtal*

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

Vid förnyad konkurrensutsättning föreslår regeringen undantag från bestämmelserna om avtalsspärr, se avsnitt 12.2, och direktivet kräver då att det avtal som ingås kan förklaras ogiltigt, se avsnitt 12.4. Direktivet innehåller för denna situation alltså en möjlighet för en upphandlande myndighet eller enhet att försäkra sig om att ett avtal som ingås efter förnyad konkurrensutsättning inom ett ramavtal inte ska kunna förklaras ogiltigt. Detta gör den upphandlande myndigheten eller enheten genom att skicka en underrättelse om tilldelningsbeslutet och därefter frivilligt iaktta avtalsspärren. Regeringen anser att möjligheten, såsom har gjorts i LOU, bör tas in även i den nu aktuella lagen.

### *Förhandsinsyn*

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

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

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

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

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

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

Regeringen anser att det även vid direktupphandling enligt den nu aktuella lagen ska tas in regler om att ett avtal inte ska få förklaras ogiltigt om den upphandlande myndigheten eller enheten har publicerat en annons om förhandsinsyn. Vidare bedömer regeringen att en avtalsspärr om tio dagar är lämplig också vid sådan förhandsinsyn. Som vid förhandsinsyn enligt LOU och LUF gör regeringen ovan bedömningen att innehållet i en annons ska regleras genom förordning (se avsnitt 8.5).

### *Tidsfrister för att ansöka om överprövning av ett avtals giltighet*

Direktivets artikel 62 innehåller tidsfrister som medlemsstaterna får genomföra för en talan om ogiltighet. Enligt artikel 62.1 a får medlemsstaterna föreskriva att en ansökan om ogiltighet ska göras före utgången av minst 30 kalenderdagar i vissa situationer. Den första situationen avser om den upphandlande myndigheten eller enheten genom kommissionens försorg har publicerat en efterannons. Den andra

är när den upphandlande myndigheten eller enheten har underrättat de berörda anbudssökandena och anbudsgivarna om att avtalet har ingåtts, under förutsättning att underrättelsen innehåller en kortfattad redogörelse för skälen till beslutet. Av artikel 62.1 b framgår att medlemsstaterna får föreskriva en yttersta tidsfrist om sex månader räknat från och med dagen efter det att avtalet ingicks.

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

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

### *Domstolens prövning när avtal har slutits*

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

Om den upphandlande myndigheten eller enheten under pågående överprövning ingår ett avtal i strid mot någon bestämmelse om avtalsspärr, ett interimistiskt beslut om att avtal inte får ingås eller en tiodagarsfrist har, enligt LOU och LUF, leverantören möjlighet att justera sitt yrkande till att i stället avse överprövning av avtalets giltighet (16 kap. 14 §). Denna möjlighet infördes eftersom det enligt regeringens mening torde framstå som svårförståeligt och onödigt komplicerat, samt i flera fall leda till ökade processkostnader, att en upphandlande myndighets handlande i strid med bestämmelserna skulle medföra att målet ska skrivas av och att leverantören måste väcka en ny talan om avtalets giltighet (a.prop. s. 174).

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

## 12.5 Beräkningen av vissa tider

**Regeringens förslag:** Vid beräkningen av längden av en avtalsspärr, av tiodagarsfrister och tidsfrister för att ansöka om överprövning ska den s.k. söndagsregeln i 2 § lagen (1930:173) om lagstadgad tid tillämpas.

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

**Remissinstanserna:** Ingen av remissinstanserna yttrar sig särskilt i frågan.

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

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

I förarbetena till motsvarande bestämmelse i LOU och LUF finns ett utförligt resonemang om förhållandet mellan söndagsregeln och rådets förordning (EEG, Euratom) nr 1182/71 av den 3 juni 1971 om regler för bestämning av perioder datum och frister<sup>102</sup> (a.prop. s. 171 och 172).

## 12.6 Skadestånd

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

**Utredningens förslag** överensstämmer med regeringens.

**Remissinstanserna:** Ingen remissinstans yttrar sig särskilt i frågan.

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

Bestämmelser om skadestånd finns också i artikel 2.1 c i första rättsmedelsdirektivet i dess lydelse enligt ändringsdirektivet och i artikel 2.1 d och 2.7 i andra rättsmedelsdirektivet. Rättsmedelsdirektivens

<sup>102</sup> EUT L 124,8.6.1971 s. 1, svensk specialutgåva: Område I Volym 1, s. 71 (Celex 31971R1182).

bestämmelser om skadestånd har genomförts genom 16 kap. 20 § LOU och LUF. Enligt LOU och LUF ska en upphandlande myndighet eller enhet som inte har följt bestämmelserna i LOU respektive LUF ersätta därigenom uppkommen skada för en leverantör. Rätten till skadestånd inbegriper ersättning till en anbudssökande eller anbudsgivare som har deltagit i en offentlig upphandling och som har haft kostnader för att förbereda anbud och i övrigt delta i upphandlingen, om åsidosättandet av bestämmelserna i denna lag menligt har påverkat hans eller hennes möjligheter att tilldelas kontraktet.

Regleringen av rätten till skadestånd för det negativa kontraktsintresset infördes i LOU genom den senaste ändringen av lagen (SFS 2010:571). Bestämmelsen motsvarar den sedan tidigare gällande regleringen i LUF – vilken genomför artikel 2.7 i andra rättsmedelsdirektivet – och kodifierar praxis avseende LOU (se prop. 2009/10:180 del 1 s. 222–224).

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

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

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

## 12.7 Upphandlingsskadeavgift

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

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

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

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

Prövningstillstånd ska krävas vid överklagande till kammarrätten.

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

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

### Skälen för regeringens förslag

*Bestämmelser om upphandlingsskadeavgift för vissa överträdelse tas in i lagen*

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

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

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

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

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

Enligt regeringens mening bör beslut om att en upphandlande myndighet eller enhet ska betala upphandlingsskadeavgift fattas av allmän förvaltningsdomstol på talan av tillsynsmyndigheten. Som behandlas i följande avsnitt anser regeringen att det i en förordning bör anges vilken myndighet som är tillsynsmyndighet. Ansvaret bör vara strikt och avgiften bör tillfalla staten. Vidare är det enligt regeringens mening lämpligt att mål om upphandlingsskadeavgift omfattas av systemet med prövningstillstånd vid överklagande till kammarrätten, vilket överensstämmer med LOU och LUF.

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

### *Avgiftens storlek och sanktionsvärde*

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

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

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

Inom de givna beloppsramarna bör beslutande instans ha ett betydande utrymme att fastställa avgiftens storlek. Direktivets bestämmelser om att en alternativ sanktion ska vara effektiv, proportionell och avskräckande bör dock hållas i åtanke. Ju allvarligare överträdelse, desto högre bör, enligt regeringens mening, avgiften vara. Vid bedömningen av sanktionsvärdet bör även vägas in hur klar överträdelsen kan anses vara. I sällsynta fall, när överträdelsen får anses ringa, bör någon avgift inte påföras och om det i ett enskilt fall föreligger synnerliga skäl anser regeringen att avgiften bör kunna efterges. Synnerliga skäl avser främst situationer när det skulle framstå som orimligt eller stötande att ta ut avgiften. Beloppens storlek och förutsättningarna för att inte påföra eller efterge upphandlingsskadeavgift får utvecklas i praxis (se a.prop. s. 196–199).

### *Tidsfrister för ansökan om avgift*

17 kap. 6 och 7 §§ LOU och LUF innehåller tidsfrister inom vilka tillsynsmyndigheten ska ansöka om upphandlingsskadeavgift. Regeringen gjorde bedömningen att administrativa sanktionsavgifter, som upphandlingsskadeavgift, uppvisar stora likheter med bötesstraff och att det därför bör finnas bestämmelser om under hur lång tid ansvar kan utkrävas (a.prop. s. 206). I de fall avgiften är en alternativ sanktion till

ogiltighet, dvs. när allmän förvaltningsdomstol har beslutat att ett avtal ska få bestå trots överträdelse av bestämmelserna om avtalsspärr (efter underrättelse om tilldelningsbeslut, vid förhandsinsyn eller förlängd avtalsspärr) eller på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse ska ansökan göras inom sex månader från den tidpunkt då det avgörande som ansökan grundas på har vunnit laga kraft. Vid otillåten direktupphandling beror tidsfristen på om någon leverantör har ansökt om överprövning av avtalet eller inte. När en eller flera leverantörer har ansökt om överprövning av avtalets giltighet får ansökan inte göras förrän tidsfristen för att ansöka om överprövning har löpt ut och samtliga beslut i anledning av överprövningen har vunnit laga kraft. Ansökan ska då ha kommit in inom sex månader från den tidpunkt då samtliga beslut med anledning av överprövningen har vunnit laga kraft. När ingen leverantör har ansökt om överprövning av avtalets giltighet inom föreskrivna tidsfrister ska ansökan om avgift ha kommit in till förvaltningsrätten inom ett år från det att avtalet slöts.

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

#### *Tidsfrister för betalning av avgift och preskriptionsfrist*

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

En preskriptionsfrist bör också tas in i lagen så att ett krav på upphandlingsskadeavgift faller bort om verkställighet inte har skett inom en viss tid från det att avgörandet har vunnit laga kraft. I LOU och LUF är preskriptionsfristen bestämd till fem år (17 kap. 10 §), vilket

grundades på bl.a. 35 kap. 7 § brottsbalken och flera andra författningar (a.prop. s. 212). Regeringen ser inte skäl att i denna del göra någon annan bedömning avseende preskriptionsfristens längd. En femårsfrist bör därför gälla.

## 12.8 Tillsyn

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

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

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

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

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

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

**Skälen för regeringens förslag och bedömning:** I 18 kap. LOU och LUF finns bestämmelser om tillsyn. *Konkurrensverket* är tillsynsmyndighet enligt LOU och LUF, se 18 kap. 1 § LOU och LUF och 3 § förordningen (2007:1117) med instruktion för *Konkurrensverket*. Tillsynsmyndigheten får inhämta alla nödvändiga upplysningar från en upphandlande myndighet eller enhet eller från den som kan antas vara en upphandlande myndighet eller enhet och denne är skyldig att tillhandahålla upplysningarna (18 kap. 2 och 3 §§ LOU och LUF). För att åtgärda problemet med att tillsynsmyndigheten ibland har svårighet att få upplysningar skärptes genom de senaste ändringarna i LOU och LUF tillsynsmyndighetens befogenheter (SFS 2010:571 och SFS 2010:572, se prop. 2009/10:180 del 1 s. 214 och 215). Numera omfattas även den som kan antas vara en upphandlande myndighet eller enhet av tillsynen. Vidare infördes en möjlighet för tillsynsmyndigheten att förelägga en upphandlande myndighet respektive enhet eller den som kan antas vara en upphandlande myndighet respektive enhet att lämna uppgift, att visa upp en handling eller att lämna över en kopia av handlingen. Den som

föreläggandet riktar sig emot kan överklaga det till allmän förvaltningsdomstol och tillsynsmyndigheten är då motpart (18 kap. 4 § LOU och LUF). Bestämmelser om tillsyn bör enligt regeringens mening tas in i lagen om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet. I likhet med utredningen anser regeringen att dessa bör överensstämja med bestämmelserna om tillsyn i LOU och LUF samt därmed inkludera bl.a. att ett föreläggande ska kunna överklagas och att prövningstillstånd krävs vid överklagande till kammarrätten.

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

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

Det är viktigt att ha i åtanke att tillsynsmyndigheten inte har samma insyn beträffande en upphandling som en leverantör normalt har. För att underlätta arbetet för tillsynsmyndigheten föreskrivs därför i 15 § förordningen (2007:1099) om offentlig upphandling och upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster att allmänna förvaltningsdomstolar ska sända samtliga avgöranden mål enligt LOU och LUF till tillsynsmyndigheten. Regeringen anser att detsamma bör gälla för mål enligt lagen om försvars- och säkerhetsupphandling och avser att reglera detta i en förordning.

## 12.9 Sekretess och säkerhetsprövning i domstol

<p><b>Regeringens bedömning:</b> Det finns inte något behov av särskilda bestämmelser om sekretess eller säkerhetsprövning i domstol.</p>
---

**Utredningens bedömning** överensstämmer med regeringens.

**Remissinstanserna:** Ingen av remissinstanserna yttrar sig särskilt i frågorna.

## Skälen för regeringens bedömning

### *Allmänt om sekretess i domstol*

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

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

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

Av 1 kap. 1 § tredje stycket tryckfrihetsförordningen och 1 kap. 2 § yttrandefrihetsgrundlagen följer att varje svensk medborgare har rätt att lämna uppgifter i vad ämne som helst för offentliggörande. Rätten att meddela och offentliggöra uppgifter på försvarsområdet är starkt begränsad. I 15 kap. OSL finns inte någon bestämmelse om att den tystnadsplikt som följer av den s.k. försvarssekretessen (15 kap. 2 § OSL) inskränker rätten att meddela och offentliggöra uppgifter. Däremot har det tagits in en erinran i 15 kap. 6 § andra stycket OSL om att det följer av 7 kap. 3 § första stycket 1, 4 § 1–8 och 5 § 3 tryckfrihetsförordningen respektive 5 kap. 1 § första stycket och 3 § första stycket 1 yttrandefrihetsgrundlagen att den tystnadsplikt som följer av 15 kap. 2 § OSL inskränker rätten att meddela och offentliggöra uppgifter i vissa fall. Även vad gäller utrikessekretessen i 15 kap. 1 § finns inskränkningar i rätten att meddela och offentliggöra uppgifter. Av 15 kap. 6 § första stycket OSL framgår att den tystnadsplikt som följer av 1 § inskränker rätten enligt 1 kap. 1 § tryckfrihetsförordningen och 1 kap. 1 och 2 §§ yttrandefrihetsgrundlagen att meddela och offentliggöra uppgifter, när det är fråga om uppgift vars röjande kan antas sätta rikets säkerhet i fara eller annars skada landet allvarligt.

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

#### *Sekretess i domstol i förhållande till part*

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

EU-domstolen har i dom den 14 februari 2008<sup>103</sup> prövat denna fråga. EU-domstolen fann att det organ som är ansvarigt för prövningsförfarandet är skyldigt att säkerställa konfidentiell behandling och rätten till skydd för affärshemligheter beträffande information i handlingar som parterna ger in till organet, samtidigt som organet självt kan ta del av och beakta denna information. Det ankommer vidare enligt EU-domstolen på detta organ att besluta i vilken omfattning och på vilket sätt den konfidentiella behandlingen av och sekretessen omkring denna information ska säkerställas, med tanke på kraven på ett effektivt rättsligt skydd och rätten till försvar för parterna i förfarandet samt när det är fråga om ett domstolsförfarande eller ett förfarande vid en instans som är en domstol i den mening som avses i artikel 267 i EUF-fördraget, på ett sådant sätt att rätten till en rättvis rättegång iakttas under hela förfarandet.

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

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

Det är vidare möjligt för domstolen att när den lämnar ut sekretessbelagda uppgifter till en part, med stöd av 10 kap. 4 § OSL, ställa upp ett

<sup>103</sup> C-450/06, Varec SA mot Belgien, REG 2008 s. I-00581

förbehåll om hur uppgiften får användas. Sekretessen hindrar aldrig att en part i ett mål eller ärende får ta del av en dom eller ett beslut. Finns det uppgifter i målet som parten inte ska få kännedom om måste dessa alltså utelämnas ur domen eller beslutet.

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

### *Säkerhetsåtgärder i domstol vid hantering av handlingar*

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

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

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

### *Säkerhetsprövning av domstolspersonal*

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

I svensk rätt finns en möjlighet att genom säkerhetsskyddslagen (1996:627) säkerställa att ett mål som rör rikets säkerhet endast hanteras av personer som godkänts ur ett säkerhetsperspektiv. Säkerhetsskyddslagen gäller för verksamhet hos bl.a. staten, och därmed alltså för domstolarna. Enligt 11 § säkerhetsskyddslagen ska en säkerhetsprövning göras innan en person genom anställning eller på något annat sätt deltar i verksamhet som har betydelse för rikets säkerhet. Syftet med

säkerhetsprövningen är att klarlägga om personen kan antas vara lojal mot de intressen som skyddas i säkerhetsskyddslagen och i övrigt är pålitlig från säkerhetssynpunkt. Säkerhetsprövningen omfattar en registerkontroll och i vissa fall även en särskild personutredning.

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

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

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

## 12.10 Behörig domstol

**Regeringens förslag:** En ansökan om överprövning och en ansökan om att en upphandlande myndighet eller enhet ska betala upphandlingsskadeavgift ska göras hos den förvaltningsrätt i vars domkrets den upphandlande myndigheten eller enheten har sin hemvist.

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

Talan om skadestånd ska väckas vid allmän domstol.

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

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

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

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

Utredningen föreslår att särskilda forumregler ska gälla enligt den nya lagen. Förvaltningsrätten i Stockholm föreslås ges exklusiv behörighet att pröva ansökningar om överprövning och upphandlingsskadeavgift samt överklaganden av föreläggen. Stockholms tingsrätt föreslås ges exklusiv behörighet att pröva mål om skadestånd enligt lagen. Om handläggningen av mål enligt den nya lagen styrs till endast en domstol i respektive domstolsslag skapas, enligt utredningens mening, förutsättningar att koncentrera kompetensen samt rutiner för hantering och handläggning av målen. Vidare konstaterar utredningen att målen ställer krav på att de domare, sekreterare m.fl. som kommer i kontakt med dem säkerhetsprövas enligt säkerhetsskyddslagen (1996:627) i den mån målen innehåller information som är hemlig med hänsyn till rikets säkerhet.

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

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

Mot denna bakgrund anser regeringen, till skillnad från utredningen och de remissinstanser som yttrar sig, att det inte finns tillräckliga skäl

för att koncentrera handläggningen av mål enligt den föreslagna lagen till vissa domstolar. Skulle det visa sig att det blir mer komplicerat att handlägga målen enligt den nya lagen än vad som nu kan förutses kan dock frågan komma att övervägas på nytt. Samma forumregler bör gälla för den nya lagen som för LOU och LUF.

## 13 Ändringar i andra lagar

### 13.1 LOU och LUF

#### 13.1.1 Tillämplig lag

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

**Utredningens förslag** överensstämmer med regeringens.

**Remissinstanserna:** Den remissinstans som yttrar sig, *Försvarets materielverk (FMV)*, anför att det inte anges något om undantagen enligt artiklarna 70 och 71 i direktivet avseende upphandlingar under tröskelvärdena. Enligt FMV:s uppfattning bör det i förarbetena särskilt kommenteras att lagförslaget reglerar dessa upphandlingar enligt 15 kap.

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

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

Artikel 12 i direktivet undantar från direktivets tillämpningsområde kontrakt som tilldelas i enlighet med internationella regler och artikel 13 i direktivet innehåller särskilda undantag. Dessa undantag i den föreslagna lagen behandlas ovan i avsnitt 6.3.2 och 6.3.3. Regeringen anser att sådana kontrakt, i enlighet med direktivet, inte heller ska omfattas av tillämpningsområdet för LOU och LUF.

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

### 13.1.2 Lagarnas tillämpningsområde

**Regeringens förslag:** Tillämpningsområdet för LOU ändras på så sätt att kontrakt som gäller försvarsområdet utgår och att kontrakt som omfattas av sekretess eller andra särskilda begränsningar med hänsyn till rikets säkerhet ersätts med en bestämmelse som medger undantag i den utsträckning det är nödvändigt av synnerliga skäl avseende sekretess eller rikets väsentliga intressen.

Tillämpningsområdet för LUF ändras så att kontrakt som omfattas av sekretess eller andra särskilda begränsningar med hänsyn till rikets säkerhet ersätts med en bestämmelse som medger undantag i den utsträckning det är nödvändigt av synnerliga skäl avseende sekretess.

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

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

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

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

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

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

säkerhetsområdet, bör enligt regeringens mening genomföras som ett rent undantag utan särskilt beslut av regeringen i 1 kap. LOU och LUF.

Artikel 14 i det klassiska direktivet reglerar följande undantag:

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

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

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

Enligt båda bestämmelserna medges undantag för kontrakt som omfattas av sekretess. En bestämmelse bör därför införas i LOU och LUF vilka genomför artikelbestämmelsen i denna del. I de två artiklarna regleras också undantag för kontrakt som enligt lag eller annan författning inte får fullgöras utan särskilda säkerhetsåtgärder. Den föreslagna lagstiftningen om försvars- och säkerhetsupphandling innehåller bl.a. bestämmelser om upphandling av militär utrustning samt utrustning, tjänster och byggtreprenader av känslig karaktär som har ett säkerhetssyfte och som inbegriper, kräver eller innehåller säkerhetsskyddsklassificerade uppgifter. Sådana upphandlingar ska inte genomföras enligt bestämmelserna i LOU eller LUF. En bestämmelse som medger undantag på grund av skydd av säkerhetsskyddsklassificerade uppgifter eller andra särskilda säkerhetsåtgärder i LOU eller LUF föreligger därför inte enligt regeringens bedömning.

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

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

Regeln har betydelse i sådana fall en upphandling omfattas av sekretess utan att det gäller rikets väsentliga säkerhetsintressen. Det kan t.ex. gälla upphandling av en ombyggnation av ett museum vars övervakningssystem måste hållas hemligt.

### 13.1.3 Omdisponering av 16 kap. LOU och LUF.

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

**Utredningens förslag:** Utredningen lämnar inget sådant förslag.

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

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

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

### 13.1.4 Övriga ändringar i LOU och LUF

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

**Utredningens förslag:** Utredningen lämnar inga sådana förslag.

#### Skälen för regeringens förslag

##### *Förhandlat förfarande utan föregående annonsering*

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

##### *Konkurrenspräglad dialog*

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

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

### *Kontroll av leverantörs lämplighet*

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

### *Kompletterande upplysningar*

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

#### **13.1.5 Bilagor till LOU och LUF**

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

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

**Utredningens förslag:** Utredningen lämnar inget sådant förslag.

**Remissinstanserna:** Förslaget har inte remissbehandlats.

**Skälen för regeringens förslag och bedömning:** Enligt det klassiska direktivet och försörjningsdirektivet har Europeiska kommissionen behörighet att i viss utsträckning göra ändringar beträffande referensnumren i nomenklaturen i bilagorna till direktiven som avser byggtrepenadkontrakt samt A- och B-tjänster (se artikel 79 f och g i klassiska direktivet och artikel 70 d och e i försörjningsdirektivet). Kommissionens ändringar görs i form av en förordning. Den senaste förordningen är kommissionens förordning (EG) nr 213/2008 av den 28 november 2007 om ändring av Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 2195/2002 om en gemensam terminologi vid offentlig upphandling (CPV) samt av Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG respektive 2004/18/EG om förfaranden vid offentlig upphandling, när det gäller revidering av CPV<sup>104</sup>. Förordningen, som innehåller reviderade bilagor till direktiven, är i alla delar bindande och direkt tillämplig och bör därför inte tas in i lagen. Kommissionens behörighet omfattar inte grupperingen av de olika undergrupperna i bilagan avseende byggtrepenad eller de olika tjänstekategorierna. Regeringen anser därför att till LOU och LUF ska fogas en bilaga som anger undergrupperna till byggtrepenadkontrakt med dessas benämning och tillhörande anmärkningar utan fullständiga uppgifter om CPV-referensnummer samt bilagor som anger tjänstekategorier med beskrivningar avseende A-tjänster och B-tjänster utan CPC- eller CPV-referensnummer. De nuvarande bilagorna bör därför upphävas och ersättas av bilagor med sådant innehåll. CPV-referensnumren för samtliga grupper och undergrupper inom huvudgrupp 45 avseende byggtrepenad samt CPV- och CPC-referensnumren för samtliga tjänstekategorier för A-tjänster och B-tjänster bör såsom de för varje tid har beslutats av Europeiska kommissionen tillkännages i Svensk författningssamling. En upplysning om det förs in i lagen.

## 13.2 Följdändringar i andra lagar

**Regeringens förslag:** Följdändringar ska göras i lagen om allmänna förvaltningsdomstolar, lagen om medbestämmande i arbetslivet och offentlighets- och sekretesslagen.

**Utredningens förslag** överensstämmer med regeringens.

**Remissinstanserna:** Ingen av remissinstanserna yttrar sig särskilt över förslaget.

<sup>104</sup> EUT L 74, 15.3.2008, s. 1, Celex (32008R0213).

## Skälen för regeringens förslag

### *Lagen om allmänna förvaltningsdomstolar*

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

### *Lagen om medbestämmande i arbetslivet*

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

### *Offentlighets- och sekretesslagen*

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

I 31 kap. 3 § offentlighets- och sekretesslagen regleras sekretess för uppgifter i affärsverksamhet hos en bank, ett kreditmarknadsföretag eller ett värdepappersbolag som samverkande kommuner eller landsting utövar ett rättsligt bestämmande inflytande över för uppgift om en enskilds ekonomiska eller personliga förhållanden. I ett ärende enligt LOU och LUF gäller sekretess för sådana uppgifter endast om det kan antas att den enskilde lider skada eller men om uppgiften röjs. Regeringen ser inte skäl att göra någon annan bedömning avseende sekretessen för motsvarande uppgifter enligt lagen om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet. En hänvisning till den nya lagen bör därför tas in i 31 kap. 3 § offentlighets- och sekretesslagen.

## 14 Ikraftträdande- och övergångsbestämmelser

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

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

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

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

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

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

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

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

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

I övrigt har förslagen inte några betydande konsekvenser.

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

**Remissinstanserna:** Flera remissinstanser, däribland *Säkerhets- och försvarsföretagen (SOFF)*, *Stockholms kommun* och *Kalmar läns landsting*, hyser förhoppningar om att den nya lagen kommer att medföra att antalet upphandlingar ökar, vilket är till gagn för både företagen och de upphandlande myndigheterna och enheterna. Samtidigt menar SOFF att utredningens konsekvensanalys kan ge en missvisande föreställning om marknadens förutsättningar. Analysen saknar grund i näringslivets kunskap och erfarenhet om branschens politiska, ekonomiska och teknologiska sammanhang. De krafter som företrädesvis styr och avgör försvars- och samhällssäkerhetsmarknadens funktion är inte desamma som på en allmän marknad, anser SOFF, utan de bygger fastmer på politisk agenda, internationella säkerhetspolitiska mål och ofta inhemska hänsyn. SOFF menar att effekterna på marknaden är oskrivna och att det är berättigat med en betydande skepsis och vaksamhet inför direktivets följder. *Svenskt Näringsliv* anför att eftersom det måste betraktas som ett axiom att stater med egen förmåga att producera försvarsmateriel normalt betraktar den som ett väsentligt nationellt säkerhetsintresse, är det i hög grad osannolikt att deras hittillsvarande beteende vid framför allt upphandlingar av försvarsmateriel skulle förändras i beaktansvärt avseende. Utredningens konsekvensanalys framstår mot denna bakgrund som direkt felaktig, anser *Svenskt Näringsliv*. I Sverige konkurrensutsätts redan försvarsupphandlingar i ganska betydande grad. Att detta förhållande skulle komma att utsträckas också till betydelsefulla EU-medlemsstater framstår, enligt *Svenskt Näringsliv*, för närvarande som osannolikt. Liknande synpunkter framför *Föreningen SME-D (SME-D)* som anser att de föreslagna reglerna är omotiverat optimistiska och att det finns stor risk att de stora länderna och de stora försvarsföretagen kommer att ta över större delar av de marknader som svenska företag verkar inom, både inom landet och på export. *SME-D* menar att små- och medelstora företag som verkar på lokala och regionala plan kommer att

ha svårt att stå emot när större företag vill ta sig in på de marknaderna. *Teknikföretagen (Swedish Offset Association, SOA)* anser att utredningen inte besvarar frågan om vilka företag som genom förslagen ges ökade möjligheter för avsättning av sina produkter och hur detta påverkar de svenska företagen. SOA menar att det saknas underlag som på något sätt styrker påståendet om att en större upphandlingsmarknad kommer att leda till ökat intresse för nya företag att etablera sig på marknaden vilket ska medföra en positiv effekt på arbetsmarknaden. *Regelrådet* saknar i utredningens konsekvensanalys bl.a. närmare beskrivning av vilka företag som berörs av regleringen, förslagets påverkan på företagens administrativa kostnader och konkurrensförhållanden.

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

## **Skälen för regeringens bedömning**

### *Konsekvenser för företagen*

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

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

*Regelrådet* ifrågasätter utredningens bristande konsekvensanalys när det gäller bl.a. företagens administrativa kostnader för att delta i upphandlingar. För att illustrera svårigheterna med att analysera sådana frågor vill regeringen nämna att den huvudsakliga offentliga statistik som finns på upphandlingsområdet tas fram av Konkurrensverket för att uppfylla Sveriges internationella åtaganden och bygger på uppgifter från upphandlande myndigheter och enheter om antalet gjorda upphandlingar och deras värde.<sup>105</sup> Statistiken omfattar dessutom inte upphandlingar som inte omfattas av direktivens tillämpningsområden och som görs av kommuner och landsting. Hur stora de administrativa kostnaderna är för upphandlingarna redovisas inte i statistiken vare sig för de upphandlande myndigheterna, enheterna eller företagen. För den sistnämnda kategorin torde uppgifterna dessutom uppgifterna inte vara offentliga, vilket särskilt lär gälla på försvars- och säkerhetsområdet. Tillgänglig statistik är således inte tillräcklig för att kunna dra sådana slutsatser som *Regelrådet* efterfrågar. Regeringen instämmer därför i utredningens analys att det är så gott som omöjligt att uppskatta företagens administrativa kostnader. Detsamma gäller de närmare konsekvenserna för företagen. Allmänt kan dock sägas att en öppnare upphandlingsmarknad leder till fler upphandlingar. Det är därför naturligt att dessa nya affärsmöjligheter måste administreras. Företagen får här göra en avvägning mellan möjligheten att vinna en upphandling och de administrativa kostnader det innebär att delta i upphandlingen. I det sammanhanget kan nämnas att den föreslagna lagen ger en möjlighet för den upphandlande myndigheten eller enheten att bestämma att ersättning i form av priser eller betalning ska ges till de företag som deltagit i en upphandling som skett genom konkurrenspräglad dialog (4 kap. 20 § i förslaget till lag om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet).

### *Statsfinansiella konsekvenser*

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

<sup>105</sup> Se t.ex. Konkurrensverkets promemoria med statistik för upphandling år 2008 (2010-01-20, dnr 293/2009).

### *Konsekvenser för domstolarna*

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

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

### *Konsekvenser för den kommunala självstyrelsen*

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

### *Konsekvenser för miljön*

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

### *Övriga konsekvenser*

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

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

## 16 Författningskommentar

### 16.1 Förslaget till lag om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet

#### **1 kap. Lagens innehåll och tillämpningsområde samt allmänna bestämmelser**

##### **Lagens innehåll**

1 § I denna lag finns föreskrifter om

- lagens innehåll och tillämpningsområde samt allmänna bestämmelser (1 kap.),
  - definitioner (2 kap.),
  - tröskelvärden (3 kap.),
  - upphandlingsförfaranden (4 kap.),
  - ramavtal (5 kap.),
  - elektronisk auktion (6 kap.),
  - tekniska specifikationer, informationssäkerhet och försörjningstrygghet m.m. (7 kap.),
  - annonsering av upphandling (8 kap.),
  - tidsfrister för att komma in med anbudsansökningar och anbud m.m. (9 kap.),
  - kommunikation, information och dokumentation (10 kap.),
  - uteslutning av leverantörer (11 kap.),
  - kontroll av leverantörers lämplighet och val av deltagare m.m. (12 kap.),
  - tilldelning av kontrakt (13 kap.),
  - underentreprenad (14 kap.),
  - upphandling som inte omfattas av direktivet (15 kap.),
  - avtalsspärr, överprövning och skadestånd (16 kap.),
  - upphandlingsskadeavgift (17 kap.), och
  - tillsyn (18 kap.).
- Till lagen hör följande bilagor:
- Förteckning över byggentreprenadkontrakt (bilaga 1)
  - Förteckning över tjänstekontrakt (A-tjänster) (bilaga 2)
  - Förteckning över tjänstekontrakt (B-tjänster) (bilaga 3)
  - Definition av vissa tekniska specifikationer (bilaga 4)

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

##### **Lagens tillämpningsområde**

2 § Denna lag gäller för upphandling på försvars- och säkerhetsområdet av

1. militär utrustning, inklusive alla tillhörande delar, komponenter och underenheter,
  2. utrustning av känslig karaktär, inklusive alla tillhörande delar, komponenter och underenheter,
  3. byggentreprenader, varor och tjänster som direkt hänför sig till den utrustning som avses i 1 och 2, under hela dess livslängd, eller
  4. byggentreprenader och tjänster specifikt för militära ändamål eller byggentreprenader och tjänster av känslig karaktär.
- Endast 15 kap. tillämpas i fråga om upphandling som
1. avser tjänster enligt bilaga 3 (B-tjänster), eller

2. avser andra kontrakt, vilkas värde understiger de tröskelvärden som anges i lagen.

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

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

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

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

Paragrafens *första stycke* anger vilka slags upphandlingar som omfattas av lagen, dvs. upphandling av militär utrustning, utrustning av känslig karaktär, byggtreprenader, varor och tjänster som direkt hänför sig till den nämnda utrustningen, eller byggtreprenader och tjänster specifikt för militära ändamål eller byggtreprenader och tjänster av känslig karaktär. Vad som avses med upphandling, militär utrustning och utrustning av känslig karaktär anges i 2 kap. 28, 18 och 29 §§.

*Andra stycket* anger vilka upphandlingar som ska regleras av endast 15 kap., dvs. de regler som inte eller endast delvis omfattas av direktivet. Bestämmelsen motsvarar 1 kap. 2 § LOU och LUF. *Tredje stycket* genomför artikel 17 i direktivet och motsvaras av 1 kap. 2 § LOU och LUF.

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

*Femte stycket*, som genomför inledningen av artikel 2 i direktivet, har ingen motsvarighet i det klassiska direktivet eller försörjningsdirektivet och inte heller i LOU eller LUF. Här anges de bestämmelser i EUF-fördraget utöver artikel 346, vilka medger undantag från tillämpningen av fördragets principer. Bestämmelsen innebär att den upphandlande myndigheten eller enheten kan underlåta att tillämpa direktivet om det är motiverat av de intressen som skyddas av de i bestämmelsen angivna artiklarna i EUF-fördraget.

#### *Andra lagar om upphandling*

**3 §** Det finns bestämmelser om offentlig upphandling i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling och om upphandling i lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster.

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

### *Upphandling som faller inom flera tillämpningsområden*

**4 §** Denna lag ska tillämpas om en upphandling omfattas av såväl denna lag som lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster.

Paragrafen genomför artikel 3.1 i direktivet. Den har en viss motsvarighet i 1 kap. 26 § LUF som reglerar förhållandet mellan LOU och LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 6.2.

**5 §** Denna lag ska inte tillämpas när en upphandling delvis omfattas av denna lag, men i övrigt varken omfattas av lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster.

Paragrafen genomför artikel 3.2 i direktivet. Den har viss motsvarighet i 1 kap. 27 § LUF som reglerar de fall då en verksamhet omfattar LUF och annan verksamhet som omfattas varken av LOU eller LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 6.2.

**6 §** Det som sägs i 4 och 5 §§ gäller bara om tilldelning av ett enda kontrakt är berättigat av objektiva skäl.

Ett beslut att tilldela ett enda kontrakt får inte fattas för att undvika att upphandlingen omfattas av denna lag, lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster.

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

### **Undantag från lagens tillämpningsområde**

#### *Upphandling enligt andra internationella regler*

**7 §** Denna lag gäller inte upphandling som omfattas av särskilda förfaranderegler

1. i enlighet med ett internationellt avtal eller en överenskommelse mellan en eller flera av staterna inom Europeiska ekonomiska samarbetsområdet (EES) och någon eller några andra stater,

2. i enlighet med ett internationellt avtal eller en överenskommelse om stationering av militär personal och som rör en stats åtaganden, eller

3. som tillämpas av en internationell organisation som gör inköp för sitt eget bruk och inte heller kontrakt som tilldelas av en stat inom EES i enlighet med sådana särskilda förfaranderegler.

Paragrafen genomför artikel 12 i direktivet och motsvaras delvis av 1 kap. 5 § LOU och 1 kap. 14 § LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 6.3.2.

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

## *Särskilda undantag*

### **8 §** Denna lag gäller inte för kontrakt

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

2. som avser underrättelseverksamhet,

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

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

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

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

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

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

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

7. som avser skiljemanna- eller förlikningsuppdrag,

8. som avser finansiella tjänster, utom försäkringstjänster,

9. som avser anställningar, eller

10. som avser forsknings- och utvecklingstjänster, med undantag för sådana vilkas resultat endast tillkommer en upphandlande myndighet eller enhet i den egna verksamheten och betalas av myndigheten eller enheten.

Första stycket 4 avser även civila inköp.

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

Paragrafen genomför artikel 13 i direktivet. Den motsvarar delvis 1 kap. 6 § LOU och 1 kap. 19 § LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 6.3.3.

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

### *Undantag för upphandling som avser krigsmateriel m.m.*

**9 §** I fråga om upphandling som omfattas av artikel 346.1 b EUF-fördraget får regeringen i enskilda fall besluta om de undantag från bestämmelserna i denna lag som är nödvändiga med hänsyn till rikets väsentliga säkerhetsintressen.

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

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

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

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

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

Paragrafen genomför delvis artikel 2 i direktivet enligt vilken direktivet inte gäller för upphandling som omfattas av artikel 296 i fördraget (artikel 346 i EUF-fördraget). Artikel 346.1 b i EUF-fördraget rör rätten till undantag som är nödvändiga för att skydda landets väsentliga säkerhetsintressen i fråga om tillverkning av eller handel med vapen, ammunition och krigsmateriel. Förslaget behandlas i avsnitt 6.3.4.

Av *första stycket* framgår att undantag för upphandling som avses i artikel 346.1 b kräver beslut av regeringen.

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

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

## Allmänna bestämmelser

### *Principer för upphandling*

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

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

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

### *Rätten att få delta i en upphandling*

**11 §** En anbudssökande eller anbudsgivare, som enligt bestämmelser i det land i vilket verksamheten är etablerad har rätt att leverera den tjänst som kontraktet är avsett för, får inte uteslutas från att delta i en upphandling endast på grund av krav på att leverantören ska vara en fysisk eller en juridisk person.

När det gäller tjänste- och byggentreprenadkontrakt eller varukontrakt som också omfattar tjänster eller monterings- och installationsarbeten får juridiska personer uppmanas att i anbudet eller anbudsansökan uppges namn och yrkeskvalifikationer på de personer som ska utföra tjänsterna.

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

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

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

## 2 kap. Definitioner

### Allmänna definitioner

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

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

**2 §** Med *anknutet företag* avses

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

Ett *bestämmande inflytande* ska anses finnas om ett företag direkt eller indirekt, i förhållande till ett annat företag, innehar mer än hälften av andelarna i företaget eller kontrollerar majoriteten av röstetalet på grund av aktieäggande eller motsvarande eller kan utse mer än halva antalet ledamöter i företagets styrelse eller motsvarande ledningsorgan.

Paragrafen genomför artikel 1.23 i direktivet och motsvarar 2 kap. 2 § LOU och 2 kap. 2 § första och tredje stycket LUF.

**3 §** Med *byggentreprenadkontrakt* avses ett kontrakt som

1. avser utförande eller både projektering och utförande av arbete som är hänförligt till en verksamhet som anges i bilaga 1, eller
2. medför att ett byggnadsverk realiserar, oavsett hur kontraktet utformas, enligt krav som ställs upp av den upphandlande myndigheten eller enheten.

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

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

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

Paragrafen genomför artikel 1.28 i direktivet. Någon motsvarande definition finns inte i LOU eller LUF. Bestämmelsen har enbart betydelse för tillämpningen av 1 kap. 8 § första stycket 4 och andra stycket, som undantar vissa civila köp.

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

upphandling (CPV), senast ändrad genom kommissionens förordning (EG) nr 213/2008.

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

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

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

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

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

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

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

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

Paragrafen genomför artikel 1.27 i direktivet. Någon motsvarande definition finns inte i LOU eller LUF.

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

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

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

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

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

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

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

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

Paragrafen genomför artikel 1.18 i direktivet och motsvarar delvis 2 kap. 9 a § LOU och LUF. Av paragrafen framgår att en upphandlande myndighet eller enhet eller ett offentligt europeiskt organ kan utgöra en inköpscentral.

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

Närmare bestämmelser om inköpscentraler finns i 4 kap. 21 §, se kommentaren till den paragrafen.

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

Paragrafen genomför, tillsammans med 4 kap. 12 §, artikel 1.21 första stycket i direktivet och motsvarar 2 kap. 9 b § LOU.

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

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

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

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

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

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

Paragrafen genomför artikel 1.10 i direktivet. Någon motsvarande definition finns inte i LOU eller LUF. Enligt direktivet ska väpnade konflikter och krig betraktas som kriser.

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

Med leverantör avses också en grupp av leverantörer.

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

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

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

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

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

Vid tolkningen av definitionen bör man ta sin utgångspunkt i den förteckning över vapen, ammunition och krigsmateriel som antogs av rådet i dess beslut 255/58 av den 15 april 1958 (se artikel 346 i EUF-fördraget och bilaga 2). Förteckningen är generisk och bör tolkas i vid mening mot bakgrund av att tekniken, upphandlingsförfarandena och de militära kraven utvecklas, vilket innebär att nya typer av utrustning tas fram, t.ex. på grundval av unionens gemensamma militära förteckning. Definitionen av militär utrustning och därmed tillämpningsområdet för lagen bör emellertid inte definieras uteslutande genom listan från 1958. Tillämpningsområdet torde omfatta mer än listan från 1958. Se vidare i avsnitt 5.1.

**19 §** Med *offentligt styrda organ* avses sådana bolag, föreningar, delägarförvaltningar, särskilt bildade samfällighetsföreningar och stiftelser som tillgodoser behov i det allmännas intresse, under förutsättning att behovet inte är av industriell eller kommersiell karaktär, och

1. som till största delen är finansierade av staten, en kommun, ett landsting eller en upphandlande myndighet,
2. vars verksamhet står under kontroll av staten, en kommun, ett landsting eller en upphandlande myndighet, eller
3. i vars styrelse eller motsvarande ledningsorgan mer än halva antalet ledamöter är utsedda av staten, en kommun, ett landsting eller en upphandlande myndighet.

Paragrafen motsvarar 2 kap. 12 § LOU och LUF. Paragrafen motsvaras inte av någon artikel i direktivet, eftersom direktivet inte innehåller någon definition av offentligt styrda organ. Direktivet hänvisar till definitionen av upphandlande myndigheter i artikel 1.9 i det klassiska direktivet och till upphandlande myndighet och upphandlande enhet i artikel 2.1 i försörjningsdirektivet, vilka båda innefattar en definition av *offentligrättsligt organ*, som motsvarar offentligt styrda organ.

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

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

Paragrafens *första stycke* genomför artikel 1.11 och motsvarar 2 kap. 15 § LOU och 2 kap. 16 § LUF. *Andra stycket* reglerar ramavtal som sluts mellan en eller flera utvalda anbudsgivare och en eller flera underleverantörer. Bestämmelser om underentreprenad finns i 14 kap.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

**25 §** Med *upphandlande enhet* avses dels upphandlande myndigheter enligt 26 § som bedriver sådan verksamhet som avses i 1 kap. 4–10 §§ lagen om

upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, dels sådana företag som

1. en upphandlande myndighet kan utöva ett bestämmande inflytande över på det sätt som anges i andra stycket, eller

2. bedriver verksamhet som omfattas av 1 kap. 4–10 §§ lagen om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster med stöd av en särskild rättighet eller ensamrätt enligt tredje stycket.

Ett *bestämmande inflytande* ska anses finnas om en upphandlande myndighet, direkt eller indirekt, i förhållande till ett företag innehar mer än hälften av andelarna i företaget eller kontrollerar majoriteten av röstetalet på grund av aktieäggande eller motsvarande eller kan utse mer än halva antalet ledamöter i företagets styrelse eller motsvarande ledningsorgan.

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

1. beviljats enligt lag eller annan författning,

2. begränsar rätten att utöva en sådan verksamhet som avses i 1 kap. 4–10 §§ lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster till ett eller flera företag, och

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

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

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

Vid tillämpning av denna lag ska med myndighet jämnställas

1. beslutande församlingar i kommuner och landsting, och

2. offentligt styrda organ som avses i 19 §, samt

3. sammanslutningar av en eller flera myndigheter enligt första stycket eller församlingar enligt 1 eller sammanslutningar av ett eller flera organ enligt 2.

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

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

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

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

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

**29 §** Med *utrustning av känslig karaktär*, *byggtreprenad av känslig karaktär* och *tjänster av känslig karaktär* avses utrustning, byggtreprenad och tjänster som har ett säkerhetssyfte och som inbegriper, kräver eller innehåller säkerhetsskyddsklassificerade uppgifter.

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

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

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

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

### **Definitioner som gäller endast 15 kap.**

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

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

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

Paragrafen motsvarar 2 kap. 24 § LOU och 2 kap. 27 § LUF.

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

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

## **3 kap. Tröskelvärden**

### **Tröskelvärdenas storlek**

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

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

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

Värdet av kontraktet ska beräknas exklusive mervärdesskatt.

Paragrafen genomför artikel 8 i direktivet och motsvarar 3 kap. 1 § LOU och LUF. Tröskelvärdena överensstämmer med dem i LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 5.6.

## **Beräkning av värdet av ett kontrakt**

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

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

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

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

## **Förbud i vissa fall mot att dela upp en upphandling**

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

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

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

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

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

## Upphandling av delkontrakt

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

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

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

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

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

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

## Byggtreprenadkontrakt

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

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

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

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

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

Paragrafens *andra stycke* har ingen motsvarighet i direktivet. Inte heller finns någon motsvarighet i det klassiska direktivet. Bestämmelsen finns i försörjningsdirektivet (artikel 17.5). För att åstadkomma överensstämmelse mellan de två lagarna fördes bestämmelsen in i båda

lagarna. För att stämma överens med LOU och LUF har andra stycket i den nu aktuella paragrafen getts en likalydande utformning.

### **Varukontrakt som löper på viss tid eller på obestämd tid**

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

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

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

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

### **Varu- eller tjänstekontrakt som regelbundet återkommer eller som ska förnyas**

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

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

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

Valet av beräkningsmetod får inte göras i avsikt att kringgå bestämmelserna om upphandling över tröskelvärdena i denna lag.

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

### **Vissa tjänstekontrakt**

**10 §** Värdet av ett tjänstekontrakt ska beräknas med utgångspunkt i

1. när det gäller försäkringstjänster: den premie som ska betalas och andra former av ersättning,

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

Paragrafen genomför artikel 9.8 a i direktivet och motsvarar endast 3 kap. 11 § 1 och 3 LOU och 3 kap. 10 § 1 och 3 LUF eftersom direktivens artiklar skiljer sig åt på en punkt.

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

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

## Ramavtal

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

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

## 4 kap. Upphandlingsförfaranden

### Selektivt och förhandlat förfarande samt konkurrenspräglad dialog

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

Förhandlat förfarande utan föregående annonsering får dock användas under de förutsättningar och på det sätt som anges i 4–8 §§.

Konkurrenspräglad dialog får användas under de förutsättningar och på det sätt som anges i 9–20 §§.

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

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

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

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

### Förhandlat förfarande med föregående annonsering

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

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

Paragrafen beskriver det förhandlade förfarandet med föregående annonsering.

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

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

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

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

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

### **Förhandlat förfarande utan föregående annonsering**

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

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

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

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

4. de anbud som har lämnats vid ett selektivt förfarande, ett förhandlat förfarande med föregående annonsering eller en konkurrenspräglad dialog är ogiltiga eller inte kan godtas med hänsyn till

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

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

d) 7 kap. 15 § om informationssäkerhet,

e) 7 kap. 17 § om försörjningstrygghet,

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

g) 11 kap. om uteslutning av leverantörer,

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

i) 13 kap. om tilldelning av kontrakt, eller

j) 14 kap. om underentreprenad, eller

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

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

Första stycket 4 gäller bara om villkoren för kontraktet i förhållande till den tidigare upphandlingen inte ändras väsentligt.

I det förhandlade förfarandet enligt första stycket 4 ska den upphandlande myndigheten eller enheten bjuda in endast anbudsgivare som uppfyller kraven i 11 och 12 kap. 2 och som vid ett föregående selektivt förfarande, ett föregående förhandlat förfarande med föregående annonsering eller en föregående konkurrenspräglad dialog har lämnat anbud som uppfyller de formella kraven vid upphandlingen. I förfarandet får inte andra än sådana anbudsgivare delta.

Paragrafen genomför artikel 28.1 i direktivet och motsvarar i huvudsak 4 kap. 5 och 6 §§ LOU samt 4 kap. 2 § LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 7.1.

Paragrafen reglerar i vilka situationer förhandlat förfarande utan föregående annonsering får användas vid tilldelning av kontrakt som avser byggentreprenader, varor och tjänster.

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

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

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

*Första stycket 4, tredje och fjärde styckena* genomför artikel 28.1 b i direktivet och reglerar situationen när de anbud som har kommit in vid en upphandling är ogiltiga eller inte kan godtas med hänsyn till de

uppräknade bestämmelserna. Förhandlat förfarande utan föregående annonsering får då användas. Det krävs att samtliga anbud som har kommit in är ogiltiga eller inte kan godtas. I det förhandlade förfarandet utan föregående annonsering ska samtliga leverantörer som uppfyller kraven, men inga andra, få delta (jfr prop. 2006/07:128 del 1 s. 328). Bestämmelserna motsvarar 4 kap. 6 § LOU, vilken hänvisar till 4 kap. 2 § 1 LOU.

*Första stycket 5* genomför artikel 28.1 c i direktivet och saknar motsvarighet i LOU. Vad som avses med begreppet kris i detta sammanhang framgår av 2 kap. 16 §, se kommentaren till den paragrafen. De tidsfrister som avses finns i 9 kap. och inkluderar de förkortade tidsfristerna 9 kap.7 § (jfr artikel 28.1 c i direktivet).

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

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

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

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

*Första stycket 1* genomför artikel 28.2 a i direktivet och saknar motsvarighet i det klassiska direktivet och försörjningsdirektivet och därmed även LOU och LUF. 1 kap. 8 § innehåller undantag från lagens tillämpningsområde. Första stycket 3 och 10 i den paragrafen rör forskning och utveckling, se kommentaren till den paragrafen. Vid tillämpning av den nu aktuella paragrafen omfattas upphandlingen av lagens tillämpningsområde.

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

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

Direktivet innehåller inte förutsättningen att undantaget från annonsering inte får tillämpas om möjligheten till konkurrens vid en senare kontraktstilldelning försämrats, som har tagits med i författningstexten. Denna finns inte heller i det klassiska direktivet, men däremot i försörjningsdirektivet (artikel 40.3 b). När det klassiska direktivet genomfördes i LOU ansågs det inte sakligt motiverat att inte ta med bestämmelsen i lagen, se prop. 2006/07:128 del 1 s. 329. Detta skäl gäller även här och paragrafen är därför utformad i enlighet med det.

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

1. det gäller kompletterande leveranser av varor från den ursprungliga leverantören om

a) varorna är avsedda som antingen delvis utbyte av eller tillägg till tidigare leveranser, och

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

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

3. det är möjligt att anskaffa varor på särskilt förmånliga villkor genom att köpa i samband med att en leverantör upphört med sin verksamhet eller trätt i likvidation eller försatts i konkurs eller är föremål för motsvarande förfarande.

Ett varukontrakt enligt första stycket 1 får gälla under längre tid än fem år endast om det är motiverat av den levererade varans, anläggningens eller konstruktionens förväntade livslängd och de tekniska svårigheter som ett byte av leverantör kan orsaka.

Paragrafen genomför artikel 28.3 i direktivet och motsvarar 4 kap 7 § första stycket 2–4 och andra stycket LOU samt delvis 4 kap. 2 § 5, 8 och 11 LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 7.1.

Paragrafen reglerar förhandlat förfarande utan föregående annonsering vid tilldelning av varukontrakt.

*Första stycket 1* genomför artikel 28.3 a första stycket i direktivet och rör kompletterande leveranser av varor. Motsvarande bestämmelser finns i 4 kap. 7 § första stycket 2 LOU och 4 kap. 7 § 5 LUF. Enligt *andra stycket*, som genomför artikel 28.3 a andra stycket i direktivet, är huvudregeln att ett sådant varukontrakt får gälla under fem år. Enligt motsvarande bestämmelse i 4 kap. 7 § andra stycket LOU är den som huvudregel längsta löptiden tre år medan det i LUF inte anges någon längsta löptid. Dessutom är det nytt i förhållande till det klassiska direktivet och LOU att det i författningstexten anges de undantagsfall som motiverar en längre löptid.

*Första stycket 2* genomför artikel 28.3 b i direktivet och rör varor som noteras och omsätts på en råvarumarknad. Punkten har utformats i överensstämmelse med motsvarande bestämmelser i 4 kap. 7 § första stycket 3 LOU och 4 kap. 2 § 8 LUF.

*Första stycket 3* genomför artikel 38.3 c i direktivet reglerar när det är möjligt att anskaffa varor på särskilt förmånliga villkor och överensstämmer med 4 kap. 7 § första stycket 4 LOU och 4 kap. 2 § 11 LUF.

**7 §** En upphandlande myndighet eller enhet får använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering om

1. det gäller kompletterande byggentreprenader eller tjänster som inte ingår i det ursprungliga projektet eller det ursprungliga kontraktet, om kompletteringarna på grund av oförutsedda omständigheter krävs för att kontraktet ska kunna fullgöras, och under förutsättning att de ska utföras av den ursprungliga leverantören, och om

a) de inte utan stora tekniska eller ekonomiska olägenheter för den upphandlande myndigheten eller enheten kan skiljas från det ursprungliga kontraktet, eller

b) de, även om de kan avskiljas, är absolut nödvändiga för att kontraktet ska kunna fullföljas, eller

2. det gäller en ny byggentreprenad eller tjänst som är en upprepning av tidigare byggentreprenader eller tjänster under förutsättning

a) att de nya arbetena ingår i ett projekt som tidigare varit föremål för ett selektivt förfarande, förhandlat förfarande med föregående annonsering eller konkurrenspräglad dialog,

b) att arbetena tilldelas samma leverantör,

c) att det nya kontraktet är i överensstämmelse med det ursprungliga projektet,

d) att värdet av det nya kontraktet ingått i beräkningen av värdet av det ursprungliga projektet enligt bestämmelserna i 3 kap., och

e) att det i samband med den ursprungliga upphandlingen annonserats att det nu avsedda förfarandet kunde komma att användas.

Det sammanlagda värdet av kontrakt som avses i första stycket 1 får inte överstiga hälften av det ursprungliga kontraktets värde.

Det förfarande som avses i första stycket 2 får tillämpas under högst fem år efter det att det ursprungliga kontraktet slöts, utom när det är motiverat av den levererade varans, anläggningens eller konstruktionens förväntade livslängd och de tekniska svårigheter som ett byte av leverantör kan orsaka.

Paragrafen genomför artikel 28.4 i direktivet och motsvarar med redaktionella ändringar 4 kap. 8 § LOU samt delvis 4 kap. 2 § 6 och 7 LUF.

Paragrafen reglerar förhandlat förfarande utan föregående annonsering för byggentreprenad- och tjänstekontrakt.

*Första stycket 1* rör kompletterande byggentreprenader eller tjänster. Av paragrafens *andra stycke* framgår att det sammanlagda värdet av ett sådant kontrakt inte får överstiga hälften av det ursprungliga kontraktets värde.

*Första stycket 2* avser upphandling av en ny byggentreprenad eller tjänst som är en upprepning av tidigare byggentreprenader eller tjänster. I punkten a) nämns, till skillnad från motsvarande bestämmelse i 4 kap. 8 § 2 a) LOU, förhandlat förfarande med föregående annonsering och konkurrenspräglad dialog. Skillnaden följer av direktiven. Av *tredje stycket* framgår att förfarandet som huvudregel får tillämpas vid en ny byggentreprenad eller tjänst under högst fem år efter det att det ursprungliga kontraktet slöts. Vidare anges de undantagsfall som medför att det är möjligt att gå utöver den tidsrymden.

**8 §** En upphandlande myndighet eller enhet får använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering när det gäller kontrakt som tillhandahåller luft- och sjöfartstransporter för EES-staternas väpnade styrkor eller polis som skickats eller kommer att skickas utomlands när det är omöjligt att hålla tidsfrister vid

selektivt förfarande eller förhandlat förfarande med föregående annonsering med anledning av giltighetstiden för anbudet.

Paragrafen genomför artikel 28.5 i direktivet. Någon motsvarighet finns inte i LOU eller LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 7.1.

Paragrafen anger att förhandlat förfarande utan föregående annonsering får användas när det gäller kontrakt som tillhandahåller vissa luft- och sjöfartstransporter.

Begreppet väpnad styrka används i folkrätten samt förekommer bl.a. i 10 kap. 9 § regeringsformen. I paragrafen används begreppet polis för att i svensk rätt genomföra direktivets begrepp säkerhetsstyrkor.

De tidsfrister som avses finns i 9 kap. och inkluderar de förkortade tidsfristerna i 9 kap. 7 § (jfr artikel 28.5 i direktivet).

## **Konkurrenspräglad dialog**

### *Förutsättningar*

**9 §** En upphandlande myndighet eller enhet får använda sig av konkurrenspräglad dialog vid tilldelning av ett särskilt komplicerat kontrakt och då selektivt förfarande eller förhandlat förfarande med föregående annonsering inte medger tilldelning av kontraktet.

Paragrafen genomför artikel 27.1 första stycket i direktivet och motsvarar 4 kap. 10 § LOU. Förslaget behandlas i avsnitt 7.3.

Paragrafen anger när upphandlingsförfarandet konkurrenspräglad dialog får användas. Till skillnad från det klassiska direktivet, och därmed LOU, anges i direktivet och i lagtexten att konkurrenspräglad dialog får tillämpas även när förhandlat förfarande med föregående annonsering inte medger tilldelning av kontraktet. I 4 kap. 10 § anges när ett kontrakt ska anses som särskilt komplicerat. En definition av förfarandet finns i 2 kap. 13 §.

**10 §** Ett kontrakt anses som särskilt komplicerat om det inte rimligen kan krävas av en upphandlande myndighet eller enhet att den ska kunna

1. definiera de prestanda- eller funktionskrav enligt 7 kap. 3 § som kan tillgodose myndighetens eller enhetens behov eller med vilka dess mål kan uppnås, eller

2. ange den rättsliga eller finansiella utformningen av ett projekt.

Paragrafen genomför artikel 1.21 andra stycket i direktivet och motsvarar 4 kap. 11 § LOU. Förslaget behandlas i avsnitt 7.3.

I paragrafen anges när ett kontrakt ska anses som särskilt komplicerat. Det är inte enbart den upphandlande myndigheten eller enhetens egen uppfattning som är avgörande för om ett kontrakt är att anse som särskilt komplicerat, utan det ska för en normalt kunnig och insiktsfull upphandlande myndighet eller enhet framstå som särskilt komplicerat. Detta uttrycks i paragrafen så att det inte rimligen kan krävas av den upphandlande myndigheten eller enheten att den ska kunna definiera aktuella krav eller ange den närmare utformningen av ett projekt. I förarbetena till 4 kap. 11 § LOU ges exempel på kontrakt som kan vara särskilt komplicerade (prop. 2009/10:180 del 1 s. 322 och 323). Bedöm-

ningen av om det är fråga om särskilt komplicerade kontrakt ska emellertid göras utifrån förutsättningarna i varje enskilt fall.

### *Annonsering*

**11 §** Om en upphandlande myndighet eller enhet avser att använda sig av en konkurrenspräglad dialog, ska den i en annons ange detta. I annonsen eller i ett beskrivande dokument ska myndigheten eller enheten ange sina behov och krav.

Paragrafen genomför artikel 27.2 i direktivet och motsvarar 4 kap. 12 § LOU. Förslaget behandlas i avsnitt 7.3.

Paragrafen innehåller ett krav på annonsering vid upphandling genom konkurrenspräglad dialog. Bestämmelser om annonsering finns även i 8 och 15 kap.

Ett beskrivande dokument är en kompletterande handling till annonseringen där uppdraget som upphandlingen avser beskrivs närmare. Det finns inget krav på att upprätta ett beskrivande dokument. Om nödvändig information kan lämnas redan i annonsen, är detta tillräckligt.

### *Inledande av dialog*

**12 §** Den upphandlande myndigheten eller enheten ska inleda en dialog med de anbudssökande som har valts ut med tillämpning av 11 och 12 kap.

Dialogens syfte ska vara att identifiera och bestämma hur den upphandlande myndighetens eller enhetens behov bäst kan tillgodoses. Under dialogen får myndigheten eller enheten diskutera alla aspekter av kontraktet med de utvalda anbudssökandena, för att nå fram till en eller flera lösningar som kan tillgodose myndighetens behov och utgöra grunden för de anbud som de utvalda anbudssökandena bjuds in att lämna.

Paragrafen genomför, tillsammans med 2 kap. 13 §, direktivets artikel 1.21 första stycket och direktivets artikel 27.3 första stycket samt motsvarar 4 kap. 13 § LOU. Förslaget behandlas i avsnitt 7.3.

*Första stycket* hänvisar till 11 och 12 kap. I dessa kapitel finns bestämmelser om uteslutning av leverantörer respektive bestämmelser om kontroll av leverantörers lämlighet och förmåga att genomföra ett kontrakt.

Enligt *andra stycket* får den upphandlande myndigheten eller enheten diskutera alla aspekter av kontraktet. Dialogen kan alltså omfatta tekniska, ekonomiska och juridiska aspekter.

### *Genomförande av dialogen*

**13 §** Den upphandlande myndigheten eller enheten får bestämma att dialogen ska genomföras i successiva steg för att begränsa antalet lösningar som ska diskuteras under dialogen. I så fall ska det anges i annonsen eller i det beskrivande dokumentet. Begränsningen ska ske enligt de tilldelningskriterier som anges i annonsen eller i det beskrivande dokumentet. Det slutliga antalet lösningar ska alltid vara så stort att effektiv konkurrens uppnås, under förutsättning att det finns ett tillräckligt antal lösningar.

Paragrafen genomför artikel 27.4 och delvis artikel 38.5 i direktivet samt motsvarar förslaget till 4 kap. 14 § LOU. Förslaget behandlas i avsnitt 7.3.

Paragrafen behandlar genomförande av en konkurrenspräglad dialog i successiva steg för att begränsa antalet lösningar. Det är alltså inte leverantörer som väljs bort i dialogfasen, utan lösningar. En leverantör som har föreslagit flera lösningar är alltså med i dialogen så länge inte alla lösningarna har uteslutits.

**14 §** Den upphandlande myndigheten eller enheten ska fortsätta dialogen fram till dess att myndigheten eller enheten har funnit den eller de lösningar som tillgodoser myndighetens eller enhetens behov. Dialogen ska därefter förklaras avslutad och de deltagande anbudssökandena ska snarast möjligt skriftligen underrättas om detta.

Paragrafen genomför artikel 27.5 och, tillsammans med 4 kap. 15 §, artikel 27.6 första stycket i direktivet samt motsvarar 4 kap. 15 § LOU. Förslaget behandlas i avsnitt 7.3.

Det finns ingen tidsgräns för när dialogen ska vara avslutad. Den upphandlande myndigheten kan fortsätta dialogen till dess att en eller flera nöjaktiga lösningar har presenterats. Detta framgår av paragrafens *första mening*, som genomför artikel 27.6 i direktivet. Om en sådan lösning inte presenteras kan den upphandlande myndigheten eller enheten, under samma förutsättningar som gäller vid andra upphandlingsförfaranden, avbryta upphandlingen.

*Andra mening* innehåller en skyldighet för den upphandlande myndigheten eller enheten att underrätta anbudssökandena om att dialogen är avslutad. Bestämmelsen genomför en del av artikel 27.6 i direktivet, men har utformats med beaktande av bestämmelsen om underrättelse om beslut i 10 kap. 9 §. Frågan om ett beslut under upphandlingen ska meddelas särskilt eller först senare, t.ex. i anslutning till dialogfasens avslutande eller i samband med tilldelningsbeslut, får avgöras från fall till fall, se prop. 2009/10:180 del 1 s. 236 och 237.

#### *Uppmaning att lämna slutgiltiga anbud*

**15 §** När en underrättelse har lämnats enligt 14 § ska den upphandlande myndigheten eller enheten uppmana de deltagande anbudssökandena att lämna sina slutgiltiga anbud på grundval av den eller de lösningar som har lagts fram och preciserats under dialogen. Anbudet ska innehålla alla de faktorer och villkor som är nödvändiga för projektets genomförande.

Paragrafen genomför, tillsammans med 4 kap. 14 §, artikel 27.6 första stycket i direktivet och motsvarar 4 kap. 16 § LOU. Förslaget behandlas i avsnitt 7.3.

Under pågående dialog får enligt 4 kap. 12 § alla aspekter av kontraktet diskuteras. När dialogen förklarats avslutad enligt 4 kap. 14 § inleds det slutgiltiga anbuds förfarandet. Det finns inget som hindrar att en uppmaning att lämna slutgiltiga anbud lämnas samtidigt med underrättelsen om att dialogen är avslutad.

Vid den slutgiltiga anbudsgivningen är det normalt fråga om att leverantörerna lämnar anbud på sina individuella lösningar. Myndigheten eller enheten får nämligen inte utan den enskilde leverantörens tillstånd lämna ut information om dennes anbud till övriga leverantörer. Det kan emellertid också förekomma att alla leverantörer får lämna anbud på en och samma lösning. Det kan exempelvis vara en enskild leverantörs lösning eller en lösning som består av delar från en eller flera leverantörers respektive lösningar. Detta förutsätter emellertid att den upphandlande myndigheten eller enheten generellt har förbehållit sig den rätten eller träffar avtal med leverantörerna om det.

#### *Klarläggande och precisering av anbud*

**16 §** Den upphandlande myndigheten eller enheten får uppmana en deltagande anbudsgivare att klarlägga och precisera sitt anbud.

Sådana åtgärder eller kompletterande upplysningar får dock inte leda till att grundläggande delar av anbudet eller inbjudan att lämna anbud ändras så att det snedvrider konkurrensen eller leder till diskriminering.

Paragrafen genomför artikel 27.6 andra stycket i direktivet och motsvarar 4 kap. 17 § LOU. Förslaget behandlas i avsnitt 7.3.

Paragrafens *första stycke* möjliggör för den upphandlande myndigheten eller enheten att anmoda en leverantör att klarlägga och precisera sitt anbud. Utrymmet för ändringar är begränsat. Paragrafen ger t.ex. inte utrymme för att förhandla med anbudsgivarna om de anbud som har lämnats för att anpassa anbudet till de krav som myndigheten eller enheten har angett. Det bör dock vara möjligt att göra såväl ekonomiska som materiella ändringar så länge dessa, vilket framgår av andra stycket, inte leder till att grundläggande delar av anbudet eller inbjudan att lämna anbud ändras (se också beaktandesats 48 i direktivet).

#### *Värdering av anbud*

**17 §** Den upphandlande myndigheten eller enheten ska värdera anbudet på grundval av tilldelningskriterierna. Tilldelningskriterierna ska anges i annonsen eller i det beskrivande dokumentet.

Paragrafen genomför, tillsammans med 4 kap. 18 §, artikel 27.7 första stycket i direktivet och motsvarar 4 kap. 18 § LOU. Förslaget behandlas i avsnitt 7.3.

Enligt paragrafen ska tilldelningskriterierna anges i annonsen eller i det beskrivande dokumentet. Den upphandlande myndigheten eller enheten ska anta det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga, se 4 kap. 18 § och kommentaren till den paragrafen.

**18 §** Den upphandlande myndigheten eller enheten ska anta det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga.

Paragrafen genomför artikel 27.1 andra stycket och, tillsammans med 4 kap. 17 §, artikel 27.7 första stycket i direktivet samt motsvarar 4 kap. 19 § LOU. Förslaget behandlas i avsnitt 7.3.

Paragrafen reglerar att vid konkurrenspräglad dialog får tilldelning av ett kontrakt endast ske på grundval av tilldelningskriteriet det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Det är alltså inte tillåtet att tilldela ett kontrakt på grundval av tilldelningskriteriet lägsta pris. Eftersom det vid användning av konkurrenspräglad dialog ska vara fråga om särskilt komplicerade kontrakt, är det naturligt att det inte är möjligt att låta endast priset avgöra valet av leverantör.

I 13 kap. 1 § andra stycket finns exempel på kriterier som får beaktas vid värdering av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

#### *Precisering av anbud eller bekräftande av åtaganden*

**19 §** Den upphandlande myndigheten eller enheten får uppmana den anbudsgivare vars anbud har identifierats som det ekonomiskt mest fördelaktiga att precisera vissa aspekter i anbudet eller att bekräfta åtaganden som anges där.

En sådan precisering eller ett sådant bekräftande får dock inte leda till

1. att väsentliga delar av anbudet eller inbjudan ändras,
2. att konkurrensen snedvrids, eller
3. diskriminering.

Paragrafen genomför artikel 27.7 andra stycket i direktivet och motsvarar 4 kap. 20 § LOU. Förslaget behandlas i avsnitt 7.3.

Paragrafens *första stycke* möjliggör för den upphandlande myndigheten eller enheten att anmoda den vinnande anbudsgivaren att precisera vissa aspekter i anbudet. Utrymmet för ändringar är emellertid begränsat. Syftet med bestämmelsen är främst att klarlägga, precisera och finjustera detaljer i anbudet. Det är också möjligt för den upphandlande myndigheten eller enheten att anmoda den vinnande anbudsgivaren att bekräfta åtaganden som har gjorts i anbudet.

*Andra stycket* klargör att en precisering eller bekräftelse bl.a. inte får innebära en ändring av någon väsentlig del av anbudet eller av inbjudan. En sådan ändring riskerar att snedvrida konkurrensen eller ha en diskriminerande effekt. Paragrafen ger inte något utrymme för den upphandlande myndigheten eller enheten att förhandla med anbudsgivaren om det utvalda anbudet.

#### *Priser eller betalning till deltagare*

**20 §** Den upphandlande myndigheten eller enheten får bestämma att priser eller betalning ska ges till deltagarna i dialogen.

Paragrafen genomför artikel 27.8 i direktivet och motsvarar 4 kap. 21 § LOU. Förslaget behandlas i avsnitt 7.3.

Den upphandlande myndigheten eller enheten får besluta om att ersättning ska utgå till de anbudssökande i dialogen. Det ankommer på myndigheten eller enheten att besluta om, när och under vilka förutsättningar en 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

**21 §** En upphandlande myndighet eller enhet får anskaffa byggtreprenader, varor och tjänster med hjälp av en inköpscentral.

När en inköpscentral som avses i 2 kap. 12 § 1 inte är en upphandlande myndighet eller enhet, ska den upphandlande myndigheten eller enheten anses ha följt denna lag om

1. de bestämmelser som har tillämpats av inköpscentralen vid kontraktstilldelningen överensstämmer med bestämmelserna i Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/81/EG av den 13 juli 2009 om samordning av förfarandena vid tilldelning av vissa kontrakt för 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<sup>106</sup>, och

2. de kontrakt som tilldelats kan omfattas av effektiva åtgärder motsvarande dem som finns i avdelning IV i direktivet.

Paragrafen genomför artikel 10 i direktivet och dess första stycke motsvaras av 4 kap. 22 § LOU och 4 kap. 4 § LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 7.3.

Av *första stycket* framgår att upphandlande myndigheter och enheter får förvärva byggtreprenader, varor och tjänster med hjälp av en inköpscentral. Det kan ske dels genom att inköpscentralen ingår ramavtal som myndigheten får beställa från, dels genom att inköpscentralen i egenskap av ombud genomför en upphandling för upphandlande myndigheter eller enheter. En definition av inköpscentral finns i 2 kap. 12 §.

Att anlita en inköpscentral kräver inte en upphandling. Däremot måste inköpscentralen vid genomförande av upphandlingar naturligtvis iakttå lagen om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet. Inköpscentralen som tecknar ett ramavtal är ansvarig för att bestämmelserna iakttas och blir motpart vid en eventuell överprövnings- eller skadeståndsprocess. Om inköpscentralen däremot agerar som ombud i upphandlingen är det i stället den myndighet eller enhet som anlitar inköpscentralen som är ansvarig för att bestämmelserna iakttas.

*Andra stycket* i paragrafen saknar motsvarighet i LOU och LUF samt reglerar ansvarsfrågan när en inköpscentral som sluter ramavtal inte är en upphandlande myndighet eller enhet. Av definitionen i 2 kap. 12 § framgår att ett offentligt europeiskt organ kan vara inköpscentral, se kommentaren till den paragrafen. Den upphandlande myndigheten eller enheten som har anlitat inköpscentralen ska under vissa förutsättningar anses ha följt lagen. Så är fallet om de bestämmelser som inköpscentralen har tillämpat överensstämmer med bestämmelserna i direktivet och om de kontrakt som tilldelas kan bli föremål för effektiva rättsmedel motsvarande de som finns i avdelning IV i direktivet, dvs. artiklarna 55–64. Om en inköpscentral som inte är en upphandlande myndighet eller enhet agerar som ombud i upphandlingen är det den myndighet eller enhet som anlitar inköpscentralen som är ansvarig för att bestämmelserna iakttas.

<sup>106</sup> EUT L 216, 20.8.2009, s. 76 (Celex 32009L0081).

## 5 kap. Ramavtal

### Tillämpliga bestämmelser

1 § En upphandlande myndighet eller enhet får ingå ramavtal med tillämpning av bestämmelserna om upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster i denna lag.

Paragrafen genomför artikel 29.1 och 29.2 första stycket i direktivet samt motsvarar 5 kap. 1 § LOU och LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 7.5.

Paragrafen reglerar vilka förfaranderegler som ska tillämpas vid slutandet av själva ramavtalet. De bestämmelser som gäller för upphandlingskontrakt gäller för upphandling som syftar till att ett ramavtal ingås. En definition av ramavtal som regleras i detta kapitel finns i 2 kap. 20 § första stycket.

### Tilldelning av kontrakt

2 § Kontrakt som grundar sig på ett ramavtal ska tilldelas enligt 4, 6 eller 7 §. Ett sådant kontrakt får slutas endast mellan en upphandlande myndighet eller enhet och en leverantör som är part i ramavtalet.

Vid tilldelning av kontrakt som grundar sig på ett ramavtal får parterna inte väsentligt avvika från villkoren i ramavtalet.

Paragrafen genomför artikel 29.2 andra och tredje styckena i direktivet samt motsvarar 5 kap. 2 § LOU. Förslaget behandlas i avsnitt 7.5.

Av *första stycket* framgår att särskilda regler gäller vid tilldelning av kontrakt på grund av ett ramavtal. Vidare framgår att parterna i ett sådant kontrakt måste vara parter i det ursprungliga ramavtalet.

Av *andra stycket* framgår att parterna vid tilldelning av ett kontrakt som bygger på ett ramavtal inte väsentligen får avvika från villkoren i ramavtalet. Denna bestämmelse ska särskilt beaktas vid tillämpning av 5 kap. 4 § andra stycket om skriftligt samråd och komplettering av anbud.

### Ramavtalets löptid

3 § Ett ramavtal får löpa under längre tid än sju år endast om det är motiverat av den levererade varans, anläggningens eller konstruktionens förväntade livslängd och de tekniska svårigheter som ett byte av leverantör kan orsaka.

Paragrafen genomför artikel 29.2 fjärde stycket i direktivet. Förslaget behandlas i avsnitt 7.5.

Av paragrafen framgår att ett ramavtal som huvudregel får löpa under längst sju år. En liknande bestämmelse finns i 5 kap. 3 § LOU. Enligt huvudregeln i LOU är den längsta löptiden emellertid fyra år. Vidare anges vilka skäl som motiverar en längre löptid.

### Ramavtal med en enda leverantör

4 § Om ett ramavtal ingåtts med en enda leverantör, ska villkoren i ett kontrakt som grundar sig på ramavtalet överensstämma med villkoren i ramavtalet.

Vid tilldelningen av sådana kontrakt får den upphandlande myndigheten eller enheten skriftligen samråda med den leverantör som är part i ramavtalet och vid behov uppmana leverantören att komplettera sitt anbud.

Paragrafen genomför artikel 29.3 i direktivet och motsvarar 5 kap. 4 § LOU. Förslaget behandlas i avsnitt 7.5.

Av *första stycket* framgår att de villkor som har legat till grund för ramavtalet inte kan ändras, och att villkoren måste ligga till grund för kontrakt som grundas på ramavtalet. I den utsträckning som följer av andra stycket är emellertid samråd och komplettering av anbud möjligt.

*Andra stycket* anger att den upphandlande myndigheten eller enheten får samråda med den leverantör som är part i ramavtalet och vid behov uppmana denne att komplettera sitt anbud. Samrådet ska vara skriftligt. Initiativet till en komplettering ska komma från den upphandlande myndigheten eller enheten. Med termen komplettera avses att komma in med uppgifter som tidigare inte har varit tillgängliga. En sådan komplettering får inte innebära att anbudet avviker från villkoren i ramavtalet, utan det ska vara fråga om en precisering av villkoren. Det kan exempelvis röra uppgift om aktuellt pris, om detta enligt ramavtalet är kopplat till någon form av prisjusteringsklausul. Av 5 kap. 2 § andra stycket framgår att parterna inte väsentligt får avvika från villkoren i ramavtalet.

### **Ramavtal med flera leverantörer**

**5 §** Om ett ramavtal ingås med flera leverantörer, i enlighet med 6 eller 7 §, ska dessa vara minst tre, om det finns ett tillräckligt antal leverantörer som uppfyller urvalskriterierna och ett tillräckligt antal godtagbara anbud som uppfyller de tilldelningskriterier enligt 13 kap. 1 § andra stycket som angetts i förfrågningsunderlaget till ramavtalet.

Paragrafen genomför artikel 29.4 första stycket i direktivet och motsvarar 5 kap. 5 § LOU. Förslaget behandlas i avsnitt 7.5.

När ett ramavtal sluts med flera leverantörer ska dessa vara minst tre. Det lägsta antalet gäller under förutsättning att det finns ett tillräckligt antal godtagbara anbud som uppfyller tilldelningskriterierna. Det innebär att om det inte finns fler än två godtagbara anbud, kan man teckna ramavtal med dessa två leverantörer.

**6 §** Om ramavtal ingåtts med flera leverantörer enligt 5 §, får tilldelning av kontrakt som grundar sig på ramavtalet ske genom tillämpning av villkoren i ramavtalet utan förnyad inbjudan att lämna anbud.

Kontrakt ska tilldelas den leverantör som har lämnat det bästa anbudet på grundval av de villkor som angetts i ramavtalet.

Paragrafen genomför artikel 29.4 andra stycket första strecksatsen i direktivet och motsvarar med en redaktionell ändring 5 kap. 6 § LOU. Förslaget behandlas i avsnitt 7.5.

När samtliga villkor är fastställda i ramavtalet får, enligt *första stycket*, tilldelning av kontrakt som grundar sig på ramavtalet ske genom tillämpning av villkoren i ramavtalet, s.k. avrop. Enligt *andra stycket* ska kontraktet då tilldelas den leverantör som har lämnat det bästa anbudet.

7 § Om ramavtal ingåtts med flera leverantörer enligt 5 § och om inte alla villkor är angivna i ramavtalet, ska parterna bjudas in att på nytt lämna anbud i enlighet med de villkor som anges i ramavtalet. Dessa villkor får om det är nödvändigt preciseras och vid behov kompletteras med andra villkor som angetts i förfrågningsunderlaget till ramavtalet.

Vid tillämpning av första stycket ska

1. den upphandlande myndigheten eller enheten för varje kontrakt som ska tilldelas skriftligen samråda med de leverantörer som kan genomföra kontraktet,

2. den upphandlande myndigheten eller enheten ange en tidsfrist som är tillräcklig för att lämna in anbud för varje särskilt kontrakt, med hänsyn tagen till upphandlingens art och omfattning,

3. anbuden lämnas skriftligen och den upphandlande myndigheten eller enheten inte ta del av innehållet i dem innan den angivna svarstiden har löpt ut, och

4. den upphandlande myndigheten eller enheten tilldela varje enskilt kontrakt till den anbudsgivare som har lämnat det bästa anbudet på grundval av de tilldelningskriterier som angetts i förfrågningsunderlaget till ramavtalet.

Paragrafen genomför artikel 29.4 andra stycket andra strecksatsen i direktivet och motsvarar med en redaktionell ändring 5 kap. 7 § LOU. Förslaget behandlas i avsnitt 7.5.

Om alla villkor inte är fastställda i ramavtalet ska en förnyad konkurrensutsättning göras bland de leverantörer som ingår i ramavtalet och som har möjlighet att leverera det som efterfrågas. Det är alltså inte nödvändigt att bjuda in en leverantör till den förnyade konkurrensutsättningen om det framstår som klart att denne inte klarar att fullgöra beställningen.

Av *första stycket* framgår att villkoren i ramavtalet får preciseras och kompletteras. Materiella ändringar i villkoren i ramavtalet är inte tillåtna. Det är i stället fråga om att komplettera eller förfina villkoren i ramavtalet för att fånga upp särskilda omständigheter för att kunna fullgöra ett enskilt kontrakt. Den förnyade konkurrensutsättningen kan också omfatta priset om detta inte är bestämt redan i ramavtalet.

I *andra stycket 1* anges att samråd ska ske med de leverantörer som kan genomföra kontraktet. Det innebär att skriftligt samråd inte behöver ske med de leverantörer som inte kan leverera det som ska köpas in. Av *andra stycket 2* framgår att en tidsfrist som är tillräcklig för att lämna in anbud ska anges. Enligt *andra stycket 3* ska anbud lämnas skriftligen och den upphandlande myndigheten får inte ta del av innehållet innan svarstiden har löpt ut. Kontraktet ska, enligt *andra stycket 4*, tilldelas den anbudsgivare som har lämnat det bästa anbudet på grundval av tilldelningskriterierna i förfrågningsunderlaget till ramavtalet. 13 kap. 1 § innehåller de tilldelningskriterier som kan anges i förfrågningsunderlaget.

## 6 kap. Elektronisk auktion

### Tillämpningsområde

1 § En upphandlande myndighet eller enhet får, om förfrågningsunderlaget kan fastställas med tillräcklig grad av exakthet, genomföra en elektronisk auktion vid

1. selektivt förfarande,

2. förhandlat förfarande med föregående annonsering,
3. förnyad konkurrensutsättning inom ett ramavtal enligt 5 kap. 7 §,
4. förenklat förfarande, och
5. urvalsförfarande.

Paragrafen genomför artikel 48.1 och 48.2 första och andra styckena i direktivet samt motsvarar 5 a kap. 1 § LOU och LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 7.4.

Av paragrafen framgår vid vilka upphandlingsförfaranden en elektronisk auktion får genomföras. Elektronisk auktion är inte ett fullständigt upphandlingsförfarande, utan kan ingå som en avslutande del i ett upphandlingsförfarande. Att förfrågningsunderlaget ska kunna fastställas med tillräcklig exakthet innebär att elektronisk auktion inte är avsedd att användas vid mer komplicerade upphandlingar. Vid användning av selektivt förfarande, förenklat förfarande och urvalsförfarande ska förfrågningsunderlaget vara tillräckligt preciserat innan de ursprungliga anbuderna lämnas eftersom dessa förfaranden ger mycket begränsat utrymme för ändringar. Vid förhandlat förfarande torde krävas att förfrågningsunderlaget är fastställt med tillräcklig exakthet först då den elektroniska auktionen ska inledas.

Till skillnad från LOU, och i likhet med LUF, får en elektronisk auktion, enligt *punkten 2*, användas utan begränsande villkor vid förhandlat förfarande med föregående annonsering.

**2 §** Den elektroniska auktionen ska möjliggöra en rangordning på grund av automatiska utvärderingsmetoder och ska grundas på

1. priser, när kontraktet ska tilldelas den leverantör som erbjudit det lägsta priset, eller
2. priser eller nya värden på de delar av anbuderna som angetts i förfrågningsunderlaget, när kontraktet ska tilldelas den leverantör som har lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

Paragrafen genomför, tillsammans med 2 kap. 7 §, artikel 1.12 i direktivet och artikel 48.2 tredje stycket i direktivet samt motsvarar 5 a kap. 2 § LOU och LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 7.4.

Att endast sådana kriterier som kan bli föremål för automatisk utvärdering kan ingå i en elektronisk auktion innebär att det inte finns något utrymme för subjektiva bedömningar.

Av paragrafen framgår vidare att den elektroniska auktionen antingen ska grundas på priser eller på priser eller nya värden, beroende på om kontraktet ska tilldelas på grund av lägsta pris eller det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Angående tilldelningskriterier se 13 kap. 1 §.

**3 §** Om elektronisk auktion kommer att användas, ska den upphandlande myndigheten eller enheten ange det i annonsen om upphandling.

Paragrafen genomför artikel 48.3 första stycket i direktivet och motsvarar 5 a kap. 3 § LOU och LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 7.4.

Paragrafen anger att en upphandlande myndighet eller enhet som avser använda en elektronisk auktion ska ange det i annonsen. Av det följer alltså att en elektronisk auktion inte får genomföras om det inte framgår av annonsen.

## **Förfrågningsunderlag**

**4 §** Av förfrågningsunderlaget ska bl.a. framgå

1. de delar av anbudet, vars värden kan kvantifieras och uttryckas i siffror eller procenttal, som kommer att vara föremål för den elektroniska auktionen,
2. de eventuella gränserna för de värden som kan presenteras, baserade på en bedömning av specifikationerna för föremålet för upphandlingen,
3. vilka uppgifter som kommer att göras tillgängliga för anbudsgivarna under den elektroniska auktionen och när detta kommer att ske,
4. relevanta uppgifter om genomförandet av den elektroniska auktionen,
5. på vilka villkor anbudsgivarna kan lämna anbud, däribland de minsta skillnader mellan anbudet som kan ha bestämts, och
6. relevanta uppgifter om den elektroniska utrustning som används och om anslutningen till denna utrustning.

Paragrafen genomför artikel 48.3 andra stycket i direktivet och motsvarar 5 a kap. 4 § LOU och LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 7.4.

Paragrafen reglerar vad som ska framgå av förfrågningsunderlaget när en upphandlande myndighet eller enhet avser genomföra en elektronisk auktion.

## **Första utvärdering av anbud**

**5 §** Innan en upphandlande myndighet eller enhet inleder en elektronisk auktion ska myndigheten eller enheten genomföra en första fullständig utvärdering av anbudet i enlighet med tilldelningskriterierna och den fastställda viktningen för dessa.

Paragrafen genomför artikel 48.4 första stycket i direktivet och motsvarar 5 a kap. 5 § LOU och LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 7.4.

Den upphandlande myndigheten eller enheten ska, innan en elektronisk auktion inleds, genomföra en första fullständig utvärdering av anbudet.

Det första anbud som lämnas måste vara fullständigt i den meningen att det anger alla de egenskaper som ska bli föremål för utvärdering vid kontraktstilldelningen. Även de egenskaper som kan omfattas av den elektroniska auktionen ska vara angivna. Vid användning av förhandlat förfarande måste anbudet vara fullständiga i vart fall innan auktionen inleds.

## **Inbjudan att lämna nya priser eller värden m.m.**

**6 §** Alla anbudsgivare som har lämnat godtagbara anbud ska bjudas in med elektroniska medel att lämna nya priser eller värden.

En inbjudan ska innehålla alla relevanta upplysningar för individuell anslutning till den elektroniska utrustning som används och uppgift om vid vilken tidpunkt den elektroniska auktionen kommer att inledas, genomföras och avslutas.

Paragrafen genomför, tillsammans med 6 kap. 9 och 10 §§, artikel 48.4 andra stycket i direktivet och motsvarar 5 a kap. 6 § LOU och LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 7.4.

Paragrafen reglerar vilka anbudsgivare som ska bjudas in att lämna nya priser eller värden, hur detta ska gå till och vilken information inbjudan

ska innehålla. I 6 kap. 12 §, som reglerar hur en elektronisk auktion avslutas, finns också information om vilka uppgifter en inbjudan ska innehålla.

**7 §** Vid tilldelning av kontrakt på grundval av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ska inbjudan åtföljas av resultatet av en fullständig bedömning av den berörda anbudsgivarens anbud som gjorts i enlighet med viktningen av tilldelningskriterierna.

Paragrafen genomför artikel 48.5 första stycket i direktivet och motsvarar 5 a kap. 7 § LOU och LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 7.4.

Av paragrafen framgår att inbjudan att lämna nya priser eller värden ska åtföljas av resultatet av den bedömning som har gjorts av anbudsgivarens anbud.

För att resultatet av utvärderingen ska kunna tjäna som underlag för den elektroniska auktionen synes det inte vara tillräckligt att anbudsgivaren får kännedom om den sammanlagda bedömning som har gjorts av hans anbud. I stället måste information lämnas om det separata resultatet beträffande varje del av anbuderna som ska ingå i auktionen.

**8 §** I inbjudan ska anges den matematiska formel som används för att vid den elektroniska auktionen automatiskt bestämma rangordningen med hänsyn till de nya priser och nya värden som lämnas under auktionen.

Den matematiska formeln ska innefatta den i annonsen eller i förfrågningsunderlaget angivna viktningen av alla de kriterier som fastställts för att bestämma vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga. Om kriterieviktningen angetts som intervall ska dessa i förväg fastställas till ett bestämt värde.

Om alternativa anbud är tillåtna ska separata formler ges för varje anbud.

Paragrafen genomför artikel 48.5 andra och tredje styckena i direktivet samt motsvarar 5 a kap. 8 § LOU och LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 7.4.

Paragrafen reglerar den matematiska formel som ska användas för att möjliggöra den automatiska utvärderingen av nya priser eller värden under den elektroniska auktionen.

*Andra stycket* andra meningen syftar på möjligheten i 13 kap. 2 § att ange betydelsen av olika kriterier som intervall med en lämplig största tillåtna spridning.

**9 §** Den elektroniska auktionen får inte inledas tidigare än två arbetsdagar efter den dag då inbjudan har skickats ut.

Paragrafen genomför, tillsammans med 6 kap. 6 och 10 §§, artikel 48.4 andra stycket i direktivet och motsvarar 5 a kap. 9 § LOU och LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 7.4.

I paragrafen anges att den elektroniska auktionen inte får påbörjas tidigare än två arbetsdagar efter den dag då inbjudan har skickats ut. Enligt artikel 2.2 i rådets förordning (EEG, Euratom) nr 1182/72 av den 3 juni 1971 om regler för bestämning av perioder, datum och fister avses med arbetsdagar alla dagar utom helgdagar, söndagar och lördagar.

**10 §** Den elektroniska auktionen får genomföras i flera på varandra följande etapper.

Paragrafen genomför, tillsammans med 6 kap. 6 och 9 §§, artikel 48.4 andra stycket i direktivet och motsvarar 5 a kap. 10 § LOU och LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 7.4.

En elektronisk auktion får genomföras i flera etapper. I 6 kap. 11 § regleras vilka upplysningar som ska eller får lämnas ut under en etapp i en elektronisk auktion.

### **Upplysningar till anbudsgivarna**

**11 §** Under varje etapp i en elektronisk auktion ska den upphandlande myndigheten eller enheten omedelbart meddela varje anbudsgivare tillräckliga upplysningar för att de ska ha kännedom om sin plats i rangordningen.

Den upphandlande myndigheten eller enheten får också lämna andra upplysningar om priser eller värden, under förutsättning att detta har angetts i förfrågningsunderlaget.

Den upphandlande myndigheten eller enheten får lämna upplysningar om antalet deltagare i den elektroniska auktionen.

Paragrafen genomför artikel 48.6 i direktivet och motsvarar 5 a kap. 11 § LOU och LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 7.4.

Paragrafen reglerar vilka upplysningar en upphandlande myndighet eller enhet ska eller får lämna till anbudsgivarna under varje etapp i en elektronisk auktion.

För att möjliggöra utlämnande till anbudsgivare av uppgifter under en elektronisk auktion enligt lagen om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet ändras också 19 kap. 3 § andra stycket offentlighets- och sekretesslagen (2009:400), se kommentaren till den paragrafen och avsnitt 13.2.

### **Avslutande av en elektronisk auktion**

**12 §** En elektronisk auktion ska avslutas av den upphandlande myndigheten eller enheten

1. vid den tidpunkt då auktionen enligt inbjudan att delta i auktionen ska avslutas,

2. när det inte längre lämnas några nya priser eller nya värden som motsvarar angivna krav på minsta skillnader, eller

3. då det antal auktionsetapper som fastställts i inbjudan att delta i auktionen har genomförts.

I det fall som avses i första stycket 2 ska den upphandlande myndigheten eller enheten i inbjudan att delta i auktionen ange hur långt efter det att den har tagit emot det sista budet som den kommer att avsluta auktionen.

I det fall som avses i första stycket 3 ska tidsplanen för varje etapp i auktionen anges i inbjudan att delta i auktionen.

Paragrafen genomför artikel 48.7 i direktivet och motsvarar 5 a kap. 12 § LOU och LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 7.4.

I paragrafen anges hur en elektronisk auktion ska avslutas.

**13 §** När den elektroniska auktionen har avslutats, ska den upphandlande myndigheten eller enheten tilldela kontraktet på grundval av resultatet av den elektroniska auktionen.

Paragrafen genomför artikel 48.8 första stycket i direktivet och motsvarar 5 a kap. 13 § LOU och LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 7.4.

Den upphandlande myndigheten eller enheten ska tilldela kontraktet på grundval av resultatet av den elektroniska auktionen. Inga andra omständigheter än resultatet av auktionen får inverka på tilldelningen av kontraktet. Resultatet ska komma fram automatiskt och utan något inslag av subjektiv bedömning från den upphandlande myndighetens eller enhetens sida, jfr 6 kap. 2 §.

## **7 kap. Tekniska specifikationer, informationssäkerhet och försörjningstrygghet m.m.**

### **Tekniska specifikationer**

**1 §** Tekniska specifikationer ska ingå i annonsen om upphandling, förfrågningsunderlaget, det beskrivande dokumentet eller de kompletterade handlingarna. Specifikationerna ska vara utformade på något av de sätt som anges i 2 och 3 §§.

Paragrafen genomför artikel 18.1 i direktivet och motsvarar 6 kap. 1 § första stycket LOU och LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 8.1.

Av paragrafen framgår att de tekniska specifikationerna ska utformas enligt något av de alternativ som föreskrivs i 2 och 3 §§. Det är således obligatoriskt att tillämpa något av alternativen i nämnda paragrafer. I förhållande till LOU uttrycks att tekniska specifikationer ska ingå även i det beskrivande dokumentet.

### **Tekniska specifikationer som hänvisar till en standard**

**2 §** De tekniska specifikationerna ska, om inte 3 § tillämpas, vara utformade med hänvisning till de tekniska specifikationer som definieras i bilaga 4, och i turordning hänvisa till

1. svensk civil standard som överensstämmer med europeisk standard,
2. europeiskt tekniskt godkännande,
3. gemensam civil teknisk specifikation,
4. svensk civil standard som överensstämmer med internationell standard,
5. annan internationell civil standard,
6. annat tekniskt referenssystem som utarbetats av europeiska standardiseringsorgan,
7. annan svensk civil standard, svenskt tekniskt godkännande eller svensk teknisk specifikation om projektering, beräkning och utförande av byggentreprenader samt materialanvändning,
8. civil teknisk specifikation som har sitt ursprung i industrin och som i stor utsträckning accepteras av industrin, eller
9. svensk standard på försvarsområdet såsom den definieras i punkt 3 i bilaga 4 och liknande specifikation för försvarsmaterial.

Varje hänvisning som avses i första stycket ska följas av orden "eller likvärdigt".

Första stycket gäller inte, om det i någon annan författning finns avvikande bestämmelser eller om det finns avvikande tekniska krav i internationella standardiseringsavtal.

Paragrafen genomför artikel 18.3 a i direktivet och motsvarar 6 kap. 2 § LOU och LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 8.1.

I paragrafen preciseras vilka tekniska specifikationer som ska användas, nämligen de i lagens bilaga 4. Bilagan är hämtad från direktivet (bilaga III). Motsvarande bilaga i det klassiska direktivet togs in som en bilaga till LOU (se prop. 2006/07:128 del 1 s. 340).

I förhållande till LOU och LUF har genom *första stycket* 4, 8 och 9 införts ytterligare specifikationer. Eftersom denna lag främst avser militär utrustning har i punkterna 1, 3, 5 och 7 lyfts fram att det i dessa punkter är fråga om civila standarder eller specifikationer. I punkten 3 talas om "gemensam civil teknisk specifikation". Ordet "civil" är nytt i förhållande till LOU och LUF. Med "gemensam teknisk specifikation" avses enligt bilaga 4 en teknisk specifikation som utarbetats i enlighet med ett förfarande som har erkänts av medlemsstaterna och som har publicerats i EUT (jfr prop. 2006/07:128 del 1 s. 342).

Betydelsen av att det i *andra stycket* uttryckligen framgår att varje hänvisning som avses i första stycket ska följas av orden "eller likvärdigt" har behandlats i a.prop. s. 342 och 345.

Av *tredje stycket* framgår att bestämmelser om tekniska specifikationer i andra författningar gäller framför reglerna i första stycket. Det kan exempelvis vara sådana bestämmelser om tekniska egenskapskrav som återfinns i lagen (1994:847) om tekniska egenskapskrav på byggnadsverk m.m., vilka från den 2 maj 2011 återfinns i 8 kap. plan- och bygglagen (2010:900). I tredje stycket anges också att tekniska krav i internationella standardiseringsavtal har företräde framför första styckets bestämmelser. En sådan reglering återfinns inte i det klassiska direktivet eller försörjningsdirektivet och därmed inte i LOU respektive LUF. Den senare bestämmelsen tar enligt direktivets artikel sikte på att garantera den interoperabilitet som krävs enligt dessa avtal.

### **Tekniska specifikationer i form av prestanda- eller funktionskrav**

**3 §** En upphandlande myndighet eller enhet får ange de tekniska specifikationerna som prestanda- eller funktionskrav. I dessa krav får miljöegenskaper ingå. Kraven ska vara så utformade att föremålet för upphandlingen klart framgår.

En upphandlande myndighet eller enhet får hänvisa till de tekniska specifikationerna enligt 2 § som ett sätt för leverantören att visa att de uppställda prestanda- eller funktionskraven enligt första stycket är uppfyllda.

En upphandlande myndighet eller enhet får ange de tekniska specifikationerna genom hänvisning till specifikationerna enligt 2 § i fråga om vissa egenskaper och till prestanda- eller funktionskraven enligt första stycket i fråga om andra egenskaper.

Paragrafen genomför artikel 18.3 b–d i direktivet och motsvarar med en redaktionell ändring 6 kap. 3 § LOU och LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 8.1.

Av *första stycket* framgår att miljökrav får ställas. Kraven ska vara hänförliga till föremålet för upphandlingen, dvs. den vara, tjänst eller bygghandläggning som ska upphandlas.

För tydlighets skull framgår av *andra* och *tredje styckena* att tekniska specifikationer kan ställas upp som en kombination mellan funktions- och prestandakrav och hänvisning till en standard.

#### **Uppgifter om ursprung, tillverkning m.m.**

**4 §** De tekniska specifikationerna får inte innehålla uppgifter om ursprung, tillverkning eller särskilt framställningssätt eller hänvisningar till varumärke, patent, typ, ursprung eller tillverkning, om detta leder till att vissa företag gynnas eller missgynnas.

Sådana uppgifter och hänvisningar får dock förekomma i specifikationerna, om det annars inte är möjligt att beskriva föremålet för upphandlingen tillräckligt preciserat och begripligt. En sådan uppgift eller hänvisning ska följas av orden "eller likvärdigt".

Paragrafen genomför artikel 18.8 i direktivet och motsvarar 6 kap. 4 § LOU och LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 8.1.

Av paragrafens *första stycke* framgår att som huvudregel får tekniska specifikationer inte innehålla sådana hänvisningar som pekar ut visst varumärke eller kräver att varan har ett visst ursprung eller har framställts på ett särskilt sätt etc., om det skulle gynna eller missgynna vissa företag.

Paragrafens *andra stycke* innehåller visserligen ett undantag från huvudregeln om hur de tekniska specifikationerna ska utformas. Utrymmet för att tillämpa undantaget är dock starkt begränsat eftersom det krävs att "det annars inte är möjligt att beskriva föremålet tillräckligt preciserat och begripligt". Emellertid finns exempelvis ett visst utrymme att med stöd av 3 § ställa krav på av miljöskäl en viss produktionsmetod.

Om sådana uppgifter eller hänvisningar som berörs i paragrafen anges ska, enligt *andra stycket*, de följas av orden "eller likvärdigt" (se kommentaren till 2 §).

#### **Likvärdiga lösningar**

**5 §** Om en upphandlande myndighet eller enhet väljer att hänvisa till tekniska specifikationer enligt 2 §, får den inte förkasta ett anbud enbart på grund av att varorna eller tjänsterna inte stämmer överens med specifikationer som den har hänvisat till, om anbudsgivaren i sitt anbud kan visa att de föreslagna lösningarna på ett likvärdigt sätt uppfyller kraven enligt de tekniska specifikationerna.

Paragrafen genomför artikel 18.4 i direktivet och motsvarar med en redaktionell ändring 6 kap. 5 § LOU och LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 8.1.

Paragrafen behandlar anbudsgivarens möjligheter att i sitt anbud ange likvärdiga lösningar till den upphandlande myndighetens eller enhetens tekniska specifikationer. Om anbudsgivaren lyckas visa att lösningen är likvärdig får anbudet inte förkastas enbart av det skälet. Hur anbudsgivaren kan visa det har i direktivet exemplifierats i artikeln

andra stycke. Det kan ske genom tillhandahållande av teknisk dokumentation från tillverkaren eller en provningsrapport från ett erkänt organ.

**6 §** Om en upphandlande myndighet eller enhet väljer att i enlighet med 3 § ange prestanda- eller funktionskrav, får den inte på grund av dessa krav förkasta ett anbud, om anbudsgivaren kan visa att anbudet överensstämmer med

1. en nationell standard som överensstämmer med en europeisk standard,
2. ett europeiskt tekniskt godkännande,
3. en gemensam teknisk specifikation,
4. en internationell standard, eller
5. ett tekniskt referenssystem som har utarbetats av ett europeiskt standardiseringsorgan.

Första stycket gäller under förutsättning att standardenliga byggtreprenader, varor eller tjänster uppfyller de prestanda- eller funktionskrav som den upphandlande myndigheten eller enheten har ställt upp.

Paragrafen genomför artikel 18.5 i direktivet och motsvarar med en redaktionell ändring 6 kap. 6 § LOU och LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 8.1.

I *första stycket* finns dels en möjlighet för anbudsgivaren att visa att de uppställda kraven är uppfyllda genom att de stämmer överens med vissa standarder, dels ett förbud mot att förkasta ett anbud som uppfyller det. En förutsättning för att detta ska gälla är enligt *andra stycket* att varorna eller tjänsterna uppfyller de prestanda- eller funktionskrav som den upphandlande myndigheten eller enheten har ställt upp.

Hur anbudsgivaren kan visa det som föreskrivs i paragrafen har i direktivet exemplifierats i artikelns tredje stycke på samma sätt som i artikel 18.4 med tillhandahållande av teknisk dokumentation från tillverkaren eller en provningsrapport från ett erkänt organ.

## **Miljömärken**

**7 §** Om en upphandlande myndighet eller enhet anger miljöegenskaper i form av prestanda- eller funktionskrav enligt 3 §, får den använda detaljerade specifikationer, eller vid behov delar av dessa, som fastställts för miljömärken, om

1. specifikationerna är lämpliga för att definiera egenskaperna hos de varor eller tjänster som ska upphandlas,
2. kraven för märket har utarbetats på grundval av vetenskapliga rön, och
3. märkena är tillgängliga för alla berörda parter.

Den upphandlande myndigheten eller enheten får ange att varor eller tjänster som är försedda med ett sådant miljömärke ska antas motsvara de tekniska specifikationer som angetts i förfrågningsunderlaget, men ska godta även annat lämpligt bevis för att så är fallet.

Paragrafen genomför artikel 18.6 i direktivet och motsvarar med en redaktionell ändring 6 kap. 7 § LOU och LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 8.1.

I författningskommentaren till den i sak likalydande 6 kap. 7 § LOU anges följande om miljömärken (prop. 2006/07:128 del 1 s. 347 och 348).

”Miljömärken visar att produkter klassas som mer miljövänliga än jämförbara produkter inom samma produktgrupp. Märkena tilldelas på frivillig basis produkter som uppfyller särskilda kriterier, i syfte att informera konsumenterna om miljövänliga produkter.

Ett miljömärke som används för att ange miljöegenskaperna hos föremålet för upphandlingen bör uppfylla de krav som hänför sig till fastställandet av märket. Märket bör vidare ha utvecklats på grundval av vetenskapliga rön. [...] Därutöver förutsätts att märket är tillgängligt för alla berörda parter. Med anledning av dessa förutsättningar kan endast sådana miljömärken användas som har utarbetats inom ramen för ett system som har harmoniserats nationellt, multinationellt eller på gemenskapsnivå. Till följd av kravet på öppenhet är det att hänvisa bara till märken som är tillgängliga för leverantörerna. Miljömärken som kan komma i fråga är bl.a. det nordiska miljömärket och Europeiska unionens miljömärke.”

Motsvarande gäller vid tillämpningen av denna lag.

Som för 5 och 6 §§ har de exempel på bevis som nämns i artikeln inte tagits in i lagen.

### **Erkända organ**

**8 §** Upphandlande myndigheter eller enheter ska godta intyg från organ som är erkända i ett EES-land.

Paragrafen genomför artikel 18.7 andra stycket i direktivet och motsvarar 6 kap. 8 § LOU och LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 8.1.

I enlighet med principen om ömsesidigt erkännande ska upphandlande myndigheter eller enheter enligt direktivet godta intyg från erkända organ i andra medlemsstater; i lagen uttryckt som ”ett EES-land”.

### **Anbud med alternativa utföranden**

**9 §** Ska en upphandlande myndighet eller enhet anta det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, får den tillåta anbudsgivare att lämna anbud med alternativa utföranden.

En upphandlande myndighet eller enhet ska i annonsen om upphandlingen ange om den godkänner anbud med alternativa utföranden. Om detta inte anges, är anbud med alternativa utföranden inte tillåtna.

En upphandlande myndighet eller enhet som tillåter anbud med alternativa utföranden ska i kravspecifikationer ange vilka minimikrav som gäller för sådana anbud och de särskilda villkor som gäller för hur de ska presenteras.

Endast sådana anbud som uppfyller minimikraven får beaktas vid upphandlingen.

Paragrafen genomför artikel 19.1–3 i direktivet och motsvarar 6 kap. 9 § LOU och 6 kap. 10 § LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 8.2.

Paragrafen medger, som framgår av *första stycket*, att en upphandlande myndighet eller enhet får tillåta anbudsgivare att lämna anbud med alternativa utföranden.

Enligt paragrafens *andra stycke* ska den upphandlande myndigheten, i likhet med vad som gäller enligt LUF men till skillnad från LOU, redan i annonsen om upphandling ange om den godkänner anbud med alternativa utföranden och om detta inte har angetts ska anbud med sådana alternativa utföranden förkastas. Bestämmelsen innebär att om en anbudsgivare har gett in ett anbud som helt följer förfrågningsunderlaget och dessutom ett anbud med ett alternativt förslag till lösning ska således myndigheten eller enheten, om den i annonsen om upphandling inte angett att den godtar alternativa anbud, förkasta det anbud som innehåller ett alternativt förslag till lösning (se prop. 2006/07:128 del 1 s. 349).

I *tredje stycket* används i enlighet med direktivet ordet ”kravspecifikationer” i stället för ”förfrågningsunderlaget” som anges i LOU och LUF. Skillnaden följer av direktiven.

**10 §** Vid tilldelning av varu- eller tjänstekontrakt får en upphandlande myndighet eller enhet som har tillåtit anbud med alternativa utföranden enligt 9 § inte förkasta ett sådant anbud enbart på grund av att det, om det antas, skulle bli ett tjänstekontrakt i stället för ett varukontrakt eller ett varukontrakt i stället för ett tjänstekontrakt.

Paragrafen genomför artikel 19.4 i direktivet och motsvarar 6 kap. 10 § LOU och 6 kap. 11 §. Förslaget behandlas i avsnitt 8.2.

Enligt paragrafen saknar det betydelse för tilldelningsbeslutet vilka slags kontrakt som avses i de alternativa anbuden.

### **Information om beskattning, miljöskydd, arbetarskydd och arbetsvillkor**

**11 §** En upphandlande myndighet eller enhet får i förfrågningsunderlaget upplysa om vilka organ som kan lämna en anbudssökande eller anbudsgivare information om de bestämmelser om beskattning, miljöskydd, arbetarskydd och arbetsvillkor som kommer att gälla vid de tjänster eller byggtreprenader som ska omfattas av kontraktet.

Om den upphandlande myndigheten eller enheten lämnar sådana upplysningar om arbetarskydd och arbetsvillkor, ska den begära att anbudsgivare bekräftar att hänsyn har tagits till bestämmelserna om sådana villkor vid utformningen av anbudet.

Första och andra styckena ska inte påverka tillämpningen av bestämmelserna i 13 kap. 3 § om granskning av onormalt låga anbud.

Paragrafen genomför artikel 24 i direktivet och motsvarar med en redaktionell ändring 6 kap. 12 § LOU och 6 kap. 13 § LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 8.3.

Paragrafen ger enligt *första stycket* en möjlighet för en upphandlande myndighet eller enhet att i förfrågningsunderlaget upplysa om vilka organ som kan lämna information om ett antal regleringar av betydelse vid fullgörandet av kontraktet då det gäller tjänster eller byggtreprenader.

Enligt paragrafens *andra stycke* följer att om sådana upplysningar lämnas av myndigheten eller enheten i fråga om arbetarskydd och

arbetsvillkor, medför det att anbudsgivaren måste bekräfta att den tagit hänsyn till de regleringarna vid utformningen av anbudet. Medan det i förevarande paragraf endast anges ”anbudsgivare” anges i motsvarande bestämmelser i LOU och LUF ”anbudssökande eller anbudsgivare”. Skillnaden följer av direktiven.

*Tredje stycket* innebär att en bekräftelse enligt andra stycket inte utesluter en upphandlande myndighet eller enhet från möjligheten att granska om anbudet verkar onormalt lågt enligt 13 kap. 3 §.

### **Särskilda villkor för fullgörande av kontrakt**

**12 §** En upphandlande myndighet eller enhet får ställa särskilda villkor för hur ett kontrakt ska fullgöras. Dessa villkor kan särskilt avse underentreprenad, informationssäkerhet eller försörjningstrygghet. Även sociala, miljömässiga och andra villkor får ställas. Villkoren ska anges i annonsen om upphandling, förfrågningsunderlaget, det beskrivande dokumentet eller de kompletterande handlingarna.

Paragrafen genomför artikel 20 i direktivet och motsvarar delvis 6 kap. 13 § LOU och 6 kap. 14 § LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 8.4.

Med stöd av denna paragraf får en upphandlande myndighet eller enhet fastställa särskilda kontraktsvillkor. Vilka villkor som kan ställas får avgöras i varje enskilt fall. I artikel 20 i direktivet anges ”krav på hur kontraktet ska fullgöras”. Av uttrycket får anses framgå att särskilda krav som ställs ska ha någon koppling till föremålet för kontraktet. Kontraktsvillkoren får inte vara tekniska specifikationer, urvalskriterier eller tilldelningskriterier.

I paragrafen anges att villkoren särskilt kan avse underentreprenad, informationssäkerhet och försörjningstrygghet. Vikten av de två sistnämnda betonas också i direktivets beaktandesats 42 ”med tanke på den känsliga karaktären på den utrustning som omfattas av detta direktiv”.

Som enligt LOU och LUF får även sociala, miljömässiga och andra villkor ställas.

De villkor som ställs ska anges i annonsen om upphandling, förfrågningsunderlaget, det beskrivande dokumentet eller de kompletterande handlingarna. Detta skiljer sig från LOU och LUF, där det endast anges annonsen om upphandling eller förfrågningsunderlaget. Skillnaden följer av direktiven.

Ett anbud från en leverantör ska förkastas om leverantören förklarar att han inte kan eller vill iakttä uppställda särskilda villkor för fullgörandet.

### **Informationssäkerhet**

**13 §** En upphandlande myndighet eller enhet får kräva att en leverantör uppfyller vissa krav för att skydda säkerhetsskyddsklassificerade uppgifter, som myndigheten eller enheten överlämnar under upphandlingsförfarandet.

Den upphandlande myndigheten eller enheten får också kräva att en leverantör ska säkerställa att dess underleverantörer uppfyller sådana krav som avses i första stycket.

Paragrafen genomför artikel 7 i direktivet. Förslaget behandlas i avsnitt 9.2.

Bestämmelsen uttrycker den generella principen att den upphandlande myndigheten eller enheten har rätt att ställa krav på informationssäkerhet i upphandlingens alla steg fram till dess att tilldelningsbeslutet har fattats.

Enligt *första stycket* riktas kraven mot en leverantör. Med leverantör avses den eller de som på marknaden tillhandahåller varor eller tjänster eller utför byggentreprenader (2 kap. 16 §). Det som avses att skyddas är säkerhetsskyddsklassificerade uppgifter. Innebörden av det begreppet framgår av 2 kap. 22 § och behandlas närmare i avsnitt 9.1.

Enligt *andra stycket* får samma krav även ställas på leverantörens underleverantörer.

**14 §** En upphandlande myndighet eller enhet ska i annonsen om upphandling, förfrågningsunderlaget, det beskrivande dokumentet eller de kompletterande handlingarna precisera alla de åtgärder och krav som är nödvändiga för att trygga säkerheten för säkerhetsskyddsklassificerade uppgifter när det gäller kontrakt som innehåller, inbegriper eller kräver sådana uppgifter.

Paragrafen genomför artikel 22 första stycket i direktivet. Förslaget behandlas i avsnitt 9.3.

Bestämmelsen återger de sammanhang då den upphandlande myndigheten eller enheten kan ställa krav för att trygga säkerheten för säkerhetsskyddsklassificerade uppgifter.

**15 §** En upphandlande myndighet eller enhet får kräva att anbudet innehåller

1. en utfästelse från anbudsgivaren och de underleverantörer som redan valts ut om att de på lämpligt sätt kommer att skydda säkerhetsskyddsklassificerade uppgifter som de har tillgång till eller som de kommer att få kännedom om under genomförande av kontraktet och efter det att kontraktet har genomförts eller upphört att gälla,

2. en utfästelse från anbudsgivaren om att få den utfästelse som föreskrivs i 1 från andra underleverantörer som denne kommer att anlita under genomförandet av kontraktet,

3. tillräcklig information om de underleverantörer som redan valts ut för att den upphandlande myndigheten eller enheten ska kunna fastställa att var och en av dem har den kapacitet som krävs för att kunna skydda säkerhetsskyddsklassificerade uppgifter som de har tillgång till eller kommer att åläggas att framställa när de genomför underleverantörskontraktet, eller

4. en utfästelse från anbudsgivaren om att denne ska tillhandahålla den information som avses i 3 om nya underleverantörer innan dessa tilldelas kontrakt.

En upphandlande myndighet eller enhet får kräva att anbudet även innehåller annat för att trygga säkerheten för information.

Paragrafen genomför artikel 22 andra stycket i direktivet. Förslaget behandlas i avsnitt 9.4.

Genom *första stycket* uttrycks att den upphandlande myndigheten eller enheten bl.a. får ställa krav på att anbudet ska innehålla vissa uppgifter eller utfästelser. Dessa krav ställs i syfte att trygga säkerheten för säkerhetsskyddsklassificerade uppgifter när det gäller de kontrakt som avses i 14 §. Uppräkningen av de krav som kan ställas är exemplifierande

och inte uttömmande. De krav som får ställas måste dock vara avsedda att trygga säkerheten för information.

*Första stycket 1* avser både anbudsgivaren och utvalda underleverantörer. Punkten tar sikte på tiden för lämnandet av anbudet medan *första stycket 2* avser att säkerställa utfästelser även från de underleverantörer som vid anbudslämnandet ännu inte valts ut. I sådana fall är det anbudsgivaren som ska kunna garantera att den bara kommer att anlita underleverantörer som kan skydda säkerhetsskyddsklassificerade uppgifter.

*Första stycket 3* innehåller ett möjligt krav på vilken information som ska kunna lämnas om utvalda underleverantörer. Att underleverantörerna ska skydda de ytterligare säkerhetsskyddsklassificerade uppgifter som tillkommer under genomförandet av underleverantörskontraktet, uttrycks med ordet "framställa".

*Första stycket 4* möjliggör krav på att anbudsgivaren ska se till att motsvarande information lämnas om kommande underleverantörer innan de kontrakteras.

Att paragrafen är fakultativ och att listan över de krav som kan ställas inte är uttömmande tydliggörs genom paragrafens *andra stycke*.

## **Försörjningstrygghet**

**16 §** En upphandlande myndighet eller enhet ska i annonsen om upphandling, förfrågningsunderlaget, det beskrivande dokumentet eller de kompletterande handlingarna ange sina krav i fråga om försörjningstrygghet.

Paragrafen genomför artikel 23 första stycket i direktivet. Förslaget behandlas i avsnitt 10.1.

Paragrafen uttrycker de fall då den upphandlande myndigheten eller enheten ska ange sina krav i fråga om försörjningstrygghet. Någon definition av begreppet försörjningstrygghet finns inte i direktivet. Innebörden är dock att trygga försörjningen av varor och tjänster.

**17 §** En upphandlande myndighet eller enhet får kräva att anbudet innehåller

1. certifiering eller dokumentation som visar i vilken utsträckning anbudsgivaren har förmåga att uppfylla sina skyldigheter i fråga om export, överföring och transitering av varor i samband med kontraktet,

2. uppgifter om eventuella begränsningar som exportkontroll eller säkerhetsarrangemang kan komma att medföra för den upphandlande myndigheten eller enheten i fråga om att sprida, överföra eller använda varorna och tjänsterna eller resultat av dessa varor och tjänster,

3. certifiering eller dokumentation som visar att organisationen och lokaliseringen av anbudsgivarens försörjningskedja gör det möjligt för denne att uppfylla kraven om försörjningstrygghet som den upphandlande myndigheten eller enheten anger i annonsen om upphandling, förfrågningsunderlaget, det beskrivande dokumentet eller de kompletterade handlingarna,

4. en utfästelse från anbudsgivaren om att se till att eventuella ändringar i försörjningskedjan under genomförandet av kontraktet inte kommer att inverka negativt på uppfyllandet av kraven om försörjningstrygghet i annonsen om upphandling, förfrågningsunderlaget, det beskrivande dokumentet eller de kompletterade handlingarna,

5. en utfästelse från anbudsgivaren att, i enlighet med villkor som parterna ska komma överens om, upprätta eller upprätthålla den kapacitet som krävs för att

tillmötesgå den upphandlande myndighetens eller enhetens eventuellt ökade behov till följd av en kris,

6. dokumentation i fråga om att uppfylla den upphandlande myndighetens eller enhetens ökade behov till följd av en kris,

7. en utfästelse från anbudsgivaren att utföra underhåll, modernisering och anpassningar av den utrustning som är föremål för upphandlingen,

8. en utfästelse från anbudsgivaren att i tid informera den upphandlande myndigheten eller enheten om varje förändring i anbudsgivarens organisation, försörjningskedja eller industriella strategi som kan påverka anbudsgivarens skyldigheter gentemot den upphandlande myndigheten eller enheten, eller

9. en utfästelse från anbudsgivaren att, i enlighet med villkor som parterna ska komma överens om, förse den upphandlande myndigheten eller enheten med allt som behövs för produktion av reservdelar, komponenter, särskilda tillbehör och särskild testutrustning, inklusive ritningar, licenser och instruktioner, för den händelse anbudsgivaren inte längre kan tillhandahålla denna utrustning.

En upphandlande myndighet eller enhet får kräva att anbuderna även innehåller annat för att visa att anbudsgivaren uppfyller kraven i fråga om försörjningstrygghet.

Paragrafen genomför artikel 23 andra stycket i direktivet. Förslaget behandlas i avsnitt 10.2.

Uppräkningen av de krav som enligt *första stycket* kan ställas är exemplifierande och inte uttömmande. Kravet som formuleras i *första stycket 1* genomför artikel 23 andra stycket a i direktivet. Kravet är avsett att särskilt skydda gränsöverskridande överföringar av försvarsmateriel. De risker som kravet avser att förebygga är eventuella avslag, återkallelser eller förseningar av export- eller överföringstillstånd, men även förhållanden som påverkar leverantörens förmåga att fullgöra den upphandlande myndighetens eller enhetens krav.

Under punkten a i artikeln anges i den sista bisatsen ”inbegripet styrkande dokumentation som erhållits från den eller de berörda medlemsstaterna”. Detta innebär att kravet kan avse dokumentation från EES-stater. Bestämmelsen ger också utrymme för att ställa krav på anbudsgivare vars hemland är beläget utanför EES (se SOU 2010:13 s. 182 och 183) och på att dokumentation finns från de länder som krävs för att materiet ska kunna överföras.

När anbudet utarbetas har som regel nödvändiga tillstånd ännu inte beviljats. I sådana fall kan leverantören i stället lämna en lista över tidigare överföringar av motsvarande materiel till samma stat eller någon annan EES-stat eller annan dokumentation som officiella handlingar från licensgivarens land. Den upphandlande myndigheten eller enheten kan också begära att leverantörerna visar hur de avser att få de tillstånd som behövs och vilka resurser de har för det.

Kravet i *första stycket 2* genomför artikel 23 andra stycket b i direktivet. Kravet kompletterar punkten 1 och de två kraven kan kombineras. Kravet avser särskilt komponenter eller delsystem som ingår i den upphandlade materielen men som användaren inte kan komma åt eller modifiera. Kravet avser även sådant som lyder under begränsningar för vidareexport. För att leverantören ska uppfylla kravet bör denne kunna lämna fullständiga och tillräckliga uppgifter om dessa begränsningar.

Kraven i artikel 23 andra stycket c i direktivet har i lagförslaget delats upp i *första stycket 3 och 4*. Båda avser krav på anbudsgivarens försörjningskedja för att den upphandlande myndigheten eller enheten ska veta att kedjan är pålitlig och stabil. Samtidigt möjliggör kraven att eventuella svaga länkar i kedjan kan identifieras så att förebyggande åtgärder för att hantera problem i anslutning till dessa kan vidtas. Punkten 3 avser situationen då anbudet lämnas medan punkten 4 avser möjliga framtida förändringar i försörjningskedjan.

För bedömningen av kravet i punkten 3 kan geografiska förhållanden ha betydelse i fråga om avstånd och leveranstider. För att anbudsgivaren ska uppfylla kravet i punkten bör den kunna beskriva sin försörjningskedja samt hur den i tid och enligt övriga villkor i annonsen om upphandling, förfrågningsunderlaget, det beskrivande dokumentet eller de kompletterande handlingarna kommer att utföra nödvändiga leveranser. Det kan ske genom exempelvis en exakt beskrivning av försörjningskedjan med uppgifter om utförandet och kapaciteten i varje led, bl.a. i fråga om transporter.

Till kravet på certifiering och dokumentation kan med stöd av *första stycket 4* kopplas ett krav på att anbudsgivaren ska göra en utfästelse om att se till att eventuella ändringar inte negativt påverkar uppfyllandet av kraven om försörjningstrygghet.

Kraven i *första stycket 5 och 6* genomför artikel 23 andra stycket d och e i direktivet och behandlar risker förknippade med tillkommande behov i kris. De flesta villkor enligt punkten 5 är sådana att de torde avtalas först i samband med en eventuell kris. Den dokumentation som det kan bli fråga om enligt punkten 6 kan t.ex. härröra från den Europeiska försvarsbyrån (EDA) och kan handla om prioriteringssystem för att avgöra i vilken turordning leveranser ska tas i händelse av en kris. Krisen kan avse situationer såväl i som utanför Sverige.

Kravet i *första stycket 7* genomför artikel 23 andra stycket f i direktivet och behandlar underhåll, modernisering och anpassning av de levererade varorna eller tjänsterna. Kraven kan avse bl.a. specificering av innehåll och priser för de tillkommande tjänsterna.

Kravet i *första stycket 8* genomför artikel 23 andra stycket g i direktivet och behandlar leverantörens skyldighet att i tid informera om vissa förändringar hos denne som kan påverka fullgörandet av kontraktet. Avsikten med bestämmelsen är att den upphandlande myndigheten eller enheten inte ska överraskas av förändringarna utan ha möjlighet att hitta eller förhandla om alternativa lösningar om det skulle bedömas nödvändigt. Kravet i denna punkt hänger nära samman med punkten 4.

Kravet i *första stycket 9* genomför artikel 23 andra stycket h i direktivet och behandlar situationen då produktionen av försvars- och säkerhetsutrustningen oplanerat upphör till följd av t.ex. konkurs eller verksamhetsnedläggning. Bestämmelsen ska då trygga att den upphandlande myndigheten eller enheten får tillgång till det som behövs för att själv ordna produktionen.

Paragrafens *andra stycke* tydliggör att uppräkningslistan av de krav som enligt första stycket kan ställas inte uttömmande anger vad som kan krävas för att trygga försörjningen av varor och tjänster.

**18 §** En upphandlande myndighet eller enhet får inte kräva ett åtagande av en anbudsgivare som begränsar möjligheten för organ i licensgivarens stat att i enlighet med internationell rätt eller unionslagstiftning tillämpa de nationella kriterier som gäller för beviljande av licens för export, överföring eller transitering under de förhållanden som råder vid tidpunkten för ett sådant beslut.

Paragrafen genomför artikel 23 tredje stycket i direktivet. Förslaget behandlas i avsnitt 10.3.<sup>107</sup>

Förslaget innebär att en upphandlande myndighet eller enhet inte får kräva ett åtagande av en anbudsgivare som begränsar möjligheten för organ i en licensgivarens stat att tillämpa de nationella kriterier som gäller för beviljande av licens för export, överföring eller transitering. I praktiken torde förslaget sakna betydelse vid tilldelningen av ursprungs-kontraktet eftersom leverantörerna sannolikt avstår från att lämna anbud om de inte är säkra på att få nödvändiga tillstånd.

Att utesluta en leverantör på grund av att nödvändiga tillstånd inte kan ges bör ske endast då det står klart att leverantören inte kommer att få tillstånden eller att villkoren för tillstånden skulle hindra tryggheten i försörjningen. Förslaget torde ha störst betydelse när det gäller tillkommande krav på service och andra behov, särskilt i kris. Om i sådana fall godtagna krav på trygghet i försörjningen inte fullgörs på grund av att nödvändiga tillstånd inte ges, kan den upphandlande myndigheten eller enheten ha rätt att bryta kontraktet.

## **8 kap. Annonsering av upphandling**

### **Obligatorisk och icke-obligatorisk annonsering av upphandlingar**

**1 §** En upphandlande myndighet eller enhet som avser att tilldela ett kontrakt eller ingå ett ramavtal ska annonsera upphandlingen, om inte något annat följer av 4 kap. 4–8 §§.

Paragrafen genomför artikel 30.2 i direktivet och motsvarar 7 kap. 1 § LOU och LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 8.5.

Av paragrafen framgår att som huvudregel ska en upphandling annonseras. Vad som ska finnas i en annons framgår av bilaga IV i direktivet. Undantaget som anges gäller förhandlat förfarande utan föregående annonsering. För LOU och LUF finns närmare bestämmelser om annonsering i förordningen (2007:1099) om offentlig upphandling och upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster.

### **Information om planerade upphandlingar (förhandsannonsering)**

**2 §** En upphandlande myndighet eller enhet som vill tillämpa bestämmelserna om förkortning av tidsfrister i 9 kap. 3 § får i en annons lämna information om de kontrakt eller ramavtal som myndigheten eller enheten avser att tilldela respektive ingå under de närmast följande tolv månaderna (förhandsannonsering).

<sup>107</sup> Förslaget behandlas även i Generaldirektoratet för inre marknaden och tjänster, Guidance Note – Security of Supply p. 33 och 34.

Paragrafen genomför delar av artikel 30.1 första och fjärde styckena i direktivet och motsvarar 7 kap. 2 § LOU och 7 kap. 3 § LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 8.5.

Förhandsannonsering innebär att den upphandlande myndigheten eller enheten får förkorta tidsfristen för att komma in med anbud vid selektivt förfarande, se 9 kap. 3 §. Vad som ska finnas i en förhandsannons framgår av bilaga IV i direktivet. Annonsens format ska antas av kommissionen, se artikel 32.1 i direktivet.

### **Annonsering om resultatet av en upphandling (efterannonsering)**

**3 §** En upphandlande myndighet eller enhet som har tilldelat ett kontrakt eller ingått ett ramavtal ska till Europeiska kommissionen skicka en annons om upphandlingsresultatet senast 48 dagar efter det att kontraktet tilldelats eller ramavtalet ingåtts (efterannonsering).

Första stycket gäller inte för tilldelning av kontrakt som görs med stöd av ett ramavtal som ingåtts i enlighet med denna lag.

Paragrafen genomför artikel 30.3 första och andra stycket i direktivet samt motsvarar med en redaktionell ändring 7 kap. 3 § LOU och 7 kap. 6 § LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 8.5.

Med skyldighet att annonsera i efterhand avses en annons om genomförd upphandling som publiceras efter det att upphandlingskontraktet ingåtts. Skyldigheten att annonsera i efterhand har införts mot bakgrund av vissa övervakningssyften och för statistiska ändamål. Vad som ska finnas i en efterannons framgår av bilaga IV i direktivet. Annonsens format ska antas av kommissionen, se artikel 32.1 i direktivet. Efterannonsering är enligt paragrafens *första stycke* huvudregel vid all upphandling som omfattas av direktivet. Den upphandlande myndigheten eller enheten som har tilldelat ett kontrakt eller ingått ett ramavtal ska då skicka en annons om det till kommissionen inom 48 timmar. Tidsfristen är densamma som gäller enligt det klassiska direktivet och enligt LOU. Detta till skillnad från LUF där tidsfristen är två månader.

Att ett ramavtal har slutits ska efterannonseras. Däremot gäller efterannonseringsskyldigheten inte avseende tilldelning av kontrakt som grundar sig på ramavtalet. Detta framgår av *andra stycket*.

### **Annonsering vid förhandsinsyn**

**4 §** En upphandlande myndighet eller enhet som avser att tilldela ett kontrakt genom förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt 4 kap. 4–8 §§ får skicka en annons om sin avsikt till Europeiska kommissionen (förhandsinsyn).

Paragrafen genomför artikel 60.4 i direktivet och motsvarar 7 kap. 4 § LOU och 7 kap. 7 § LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 8.5.

Paragrafen gäller i de fall då upphandling genomförs med förhandlat förfarande utan föregående annonsering.

För att den upphandlande myndigheten ska kunna försäkra sig om att ett avtal inte kan komma att ogiltigförklaras kan myndigheten genom

förfarandet 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. 3 § och 15 § 2). Genom förfarandet ges leverantörer möjlighet att ansöka om överprövning av en upphandling innan avtal har slutits. En ansökan om överprövning ska ske inom den tid som gäller för den förhandsinsyn särskilt föreskrivna avtalsspärren (se kommentarerna till 16 kap. 11 §).

## **9 kap. Tidsfrister för att komma in med anbudsansökningar och anbud m.m.**

### **Förhållanden som ska beaktas när tidsfristernas längd bestäms**

**1 §** När tidsfrister för att komma in med anbudsansökningar och anbud bestäms av den upphandlande myndigheten eller enheten ska särskild hänsyn tas till hur komplicerad upphandlingen är och hur lång tid som leverantörer kan antas behöva för att utarbeta anbud. Dock ska tidsfristerna i detta kapitel iakttas.

Paragrafen genomför artikel 33.1 i direktivet och motsvarar 8 kap. 1 § LOU och LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 8.6.

Paragrafen innehåller huvudregeln om vad en upphandlande myndighet eller enhet ska iakttä när den bestämmer tidsfrister för att komma in med anbudsansökningar och anbud. Av paragrafen framgår att tidsfristerna ska vara proportionerliga till leverantörernas förväntade arbete med dessa. Tidsfristerna får dock aldrig understiga det antal dagar som anges i de följande paragraferna.

### **Tidsfrister vid selektivt förfarande, konkurrenspräglad dialog och förhandlat förfarande med föregående annonsering**

**2 §** Vid selektivt förfarande, konkurrenspräglad dialog och förhandlat förfarande med föregående annonsering ska tidsfristen för att komma in med anbudsansökningar vara minst 37 dagar från den dag då annonsen om upphandling skickades för publicering.

Vid selektivt förfarande ska tidsfristen för att komma in med anbud vara minst 40 dagar från den dag då en inbjudan enligt 8 § skickades till utvalda anbudssökande.

Första och andra styckena gäller om inte något annat följer av 3–7 §§.

Paragrafen genomför artikel 33.2 i direktivet och motsvarar med en redaktionell ändring 8 kap. 3 § LOU. Förslaget behandlas i avsnitt 8.6.

*Första stycket* behandlar tidsfristen för att komma in med *anbudsansökningar* vid såväl selektivt och förhandlat förfarande som konkurrenspräglad dialog. Tidsfristen 37 dagar överensstämmer med den som gäller enligt LOU. *Andra stycket* behandlar tidsfristen för att komma in med *anbud*, men endast vid selektivt förfarande. Även den tidsfristen om 40 dagar överensstämmer med LOU. Skillnaderna motsvarar regleringen i direktivet. Någon tidsfrist för att komma in med anbud har inte reglerats i direktivet för förhandlat förfarande eller konkurrens-

präglad dialog. Den upphandlande myndigheten kan i de fallen lämpligen använda den tidsfrist som anges för selektivt förfarande.

Av artikel 3.1 andra stycket i rådets förordning (EG) nr 1182/71 av den 3 juni 1971 om regler för bestämning av perioder, datum och frister<sup>108</sup> följer att beräkningen av tidsfristen inte ska innefatta den dag annonsen skickades. Bestämmelser om tidsfrister finns också i lagen (1930:173) om beräkning av lagstadgad tid. Genom att ange att tidsfristen räknas från en viss dag uppnås överensstämmelse med bestämmelsen i förordningen.

### **Tidsfrist efter förhandsannonsering**

**3 §** Om den upphandlande myndigheten eller enheten har förhandsannonserat enligt 8 kap. 2 §, bör tidsfristen för att komma in med anbud vid selektivt förfarande vara minst 36 dagar och får inte i något fall vara kortare än 22 dagar från den dag då annonsen skickades för publicering.

De tidsfrister som anges i första stycket får användas endast om

1. förhandsannonsen innehöll de uppgifter som anges i bilaga IV till direktiv 2009/81/EG, i den mån uppgifterna var tillgängliga vid tidpunkten för förhandsannonseringen, och

2. minst 52 dagar, men högst 12 månader, gått från den dag då förhandsannonsen skickades för publicering.

Paragrafen genomför artikel 33.3 första och tredje styckena i direktivet och motsvarar delvis 8 kap. 4 § LOU. Förslaget behandlas i avsnitt 8.6.

Paragrafen reglerar tidsfrister då förhandsannonsering enligt lagförslagets 8 kap. 2 § har tillämpats. I *andra stycket 1* hänvisas till bilaga IV i direktivet.

### **Förkortad tidsfrist vid användning av elektroniska medel**

**4 §** Om en annons utarbetas och skickas med elektroniska medel, får tidsfristen enligt 2 § första stycket för att komma in med anbudsansökningar vid selektivt förfarande, konkurrenspräglad dialog eller förhandlat förfarande med föregående annonsering, förkortas med sju dagar.

Paragrafen genomför artikel 33.4 i direktivet och motsvarar 8 kap. 5 § LOU och 8 kap. 6 § första stycket LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 8.6.

Bestämmelsen förutsätter att meddelandena utarbetas och skickas med elektroniska medel i det format och enligt de förfaranden som anges i punkt 3 i bilaga VI i direktivet. Av punkten framgår att format och förfaranden för överföring av meddelanden på elektronisk väg är tillgängliga på Simaps webbplats [www.simap.europa.eu](http://www.simap.europa.eu).

**5 §** Tidsfristerna för att komma in med anbud vid selektivt förfarande får, utöver vad som följer av 4 §, förkortas med fem dagar, om den upphandlande myndigheten eller enheten med elektroniska medel ger fri, direkt och fullständig tillgång till hela förfrågningsunderlaget från den dag då annonsen om upphand-

<sup>108</sup> EUT L 124,8.6.1971 s. 1, svensk specialutgåva: Område I Volym 1, s. 71 (Celex 31971R1182).

lingen skickades till Europeiska kommissionen för publicering. Den Internetadress där förfrågningsunderlaget finns tillgängligt ska anges i annonsen. Paragrafen genomför artikel 33.5 i direktivet och motsvarar och 8 kap. 6 § LOU och delvis 8 kap. 7 § LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 8.6.

Förfrågningsunderlaget ska vara tillgängligt för alla och med direktåtkomst. Vidare får materialet inte begränsas på något sätt, utan hela förfrågningsunderlaget ska finnas tillgängligt. Det uttrycks i bestämmelsen med ”fri, direkt och fullständig tillgång till hela förfrågningsunderlaget”.

I artikeln anges att offentliggörandet ska ske i enlighet med bilaga VI. I bilagan anges dels de format som ska användas vid översändande till kommissionen av annonser, dels hur dessa annonser ska offentliggöras.

Bestämmelserna i 4 och 5 §§ om förkortning av tidsfristen får kumuleras, vilket medför att den upphandlande myndigheten har möjlighet att förkorta tidsfristen med sammanlagt tolv dagar (7+5). Det innebär att om den upphandlande myndigheten eller enheten har förhandsannonserat en sådan upphandling kan tidsfristen förkortas till mellan 24 dagar (36–12) och tio dagar (22–12). Vid selektivt eller förhandlat förfarande kan tidsfristen för att komma in med en anbudsansökan kortas till 30 dagar (37–7) om myndigheten använder elektroniska medel enligt 4 §. Vid selektivt förfarande kan tiden för att komma in med anbud i de fall upphandlingen förhandsannonserats enligt 3 § förkortas till mellan 31 dagar (36–5) och 17 dagar (22–5).

### **Förlängning av tidsfrister**

**6 §** Tillhandahålls inte hela förfrågningsunderlaget och kompletterande upplysningar inom de tidsfrister som anges i 10 §, trots att detta begärts i god tid, ska fristerna för att komma in med anbud förlängas så att alla leverantörer ska kunna få kännedom om all den information som behövs för att utarbeta ett anbud.

Första stycket gäller även om anbud inte kan lämnas annat än efter ett besök på plats.

Paragrafen genomför artikel 33.6 i direktivet och motsvarar med redaktionella ändringar 8 kap. 7 § LOU och 8 kap. 9 § första och andra stycket LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 8.6.

Frågan huruvida en begäran gjorts i god tid eller inte ska bedömas från fall till fall med hänsyn till omfattningen av förfrågningsunderlaget och upplysningarna samt svårigheten att ta fram handlingar. Denna fråga kan bli föremål för överprövning (prop. 2006/07:128 del 1 s. 365).

### **Förkortade tidsfrister på grund av tidsbrist i vissa fall**

**7 §** Om det vid selektivt förfarande eller vid förhandlat förfarande med föregående annonsering på grund av tidsbrist inte är möjligt att tillämpa de tidsfrister som anges i detta kapitel, får en upphandlande myndighet eller enhet ange att tidsfristen för att komma in med anbudsansökningar, räknat från den dag då annonsen om upphandling skickades för publicering, ska vara minst 15 dagar eller, om annonsen skickades med elektroniska medel, minst 10 dagar.

Under förutsättning av tidsbrist får en upphandlande myndighet eller enhet ange att tidsfristen för att komma in med anbud vid selektivt förfarande ska vara minst 10 dagar från den dag då inbjudan att lämna anbud skickades.

Paragrafen genomför artikel 33.7 i direktivet och motsvarar med redaktionella ändringar 8 kap. 8 § LOU. Förslaget behandlas i avsnitt 8.6.

För att paragrafen ska kunna åberopas av en upphandlande myndighet eller enhet får förutsättas att denna inte genom försummelse har försatt sig själv i en sådan situation att det uppstått tidsbrist. Bristande inköpsplanering ger inte rätt att använda de förkortade tidsfristerna (prop. 1992/93:88 s. 79).

### **Inbjudan att komma in med anbud eller att förhandla**

*Skriftlig inbjudan att komma in med anbud, att förhandla eller föra dialog vid selektivt respektive förhandlat förfarande eller konkurrenspräglad dialog*

**8 §** Vid selektivt förfarande, konkurrenspräglad dialog och förhandlat förfarande med föregående annonsering ska en upphandlande myndighet eller enhet vid ett och samma tillfälle skicka en skriftlig inbjudan till samtliga utvalda anbudssökande att komma in med anbud, att delta i dialogen eller att förhandla.

En inbjudan ska innehålla förfrågningsunderlaget eller, i förekommande fall, det beskrivande dokumentet. Om förfrågningsunderlaget eller det beskrivande dokumentet är direkt tillgängligt med elektroniska medel, är det dock tillräckligt att inbjudan innehåller en uppgift om var underlaget hålls tillgängligt.

En inbjudan ska dessutom innehålla minst uppgift om

1. tidsfristen för att begära kompletterande handlingar, om det är aktuellt, samt belopp och 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 eller de språk som ska användas,
3. en hänvisning till annonsen om upphandlingen,
4. vilka handlingar som ska bifogas,
5. den inbördes viktningen av kriterierna för tilldelning av kontrakt eller kriteriernas prioritetsordning, om dessa upplysningar inte framgår av annonsen om upphandling, det beskrivande dokumentet eller av förfrågningsunderlaget, och
6. övriga uppgifter av betydelse för upphandlingen.

Paragrafen genomför artikel 34.1, 34.2 och 34.5 i direktivet samt motsvarar 8 kap. 10 § LOU och 8 kap. 11 § LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 8.7.

Av *andra stycket* framgår vilken dokumentation som ska fogas till en inbjudan. I *tredje stycket* räknas upp vilka uppgifter inbjudan minst ska innehålla.

*Om någon annan än den upphandlande myndigheten eller enheten ska lämna ut förfrågningsunderlaget eller det beskrivande dokumentet*

**9 §** Om någon annan än den upphandlande myndigheten eller enheten på begäran ska lämna ut hela eller delar av förfrågningsunderlaget, det beskrivande dokumentet eller de kompletterande handlingarna, ska adressen anges i inbjudan. Om en tidsfrist gäller för en sådan begäran och om en avgift ska betalas för de begärda handlingarna, ska upplysning om fristen och avgiften samt betalningsvillkor anges i inbjudan.

De begärda handlingarna ska skickas till leverantörerna så snart som möjligt efter det att begäran har tagits emot.

Paragrafen genomför artikel 34.3 i direktivet och motsvarar 8 kap. 11 § LOU och 8 kap. 12 § LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 8.7.

Avsikten med paragrafen är att den upphandlande myndigheten eller enheten ska kunna uppdra till någon annan att lämna ut förfrågningsunderlaget. Det är dock den upphandlande myndigheten eller enheten som gentemot leverantörerna ansvarar för att förfrågningsunderlag och andra handlingar lämnas ut på ett korrekt sätt. Detta gäller alltså oavsett om den upphandlande myndigheten har för avsikt att ombesörja detta själv eller genom någon annan (prop. 2006/07:128 del 1 s. 369).

#### *Tillhandahållande av kompletterande handlingar och upplysningar vid selektivt och förhandlat förfarande samt konkurrenspräglad dialog*

**10 §** Den upphandlande myndigheten eller enheten ska vid selektivt och förhandlat förfarande samt vid konkurrenspräglad dialog lämna ut kompletterande upplysningar om förfrågningsunderlaget, det beskrivande dokumentet eller kompletterande handlingar senast sex dagar före angiven sista dag för att komma in med anbud, förutsatt att sådana upplysningar begärs i god tid.

Vid påskyndat förfarande enligt 7 § andra stycket ska denna tidsfrist vara fyra dagar.

Paragrafen genomför artikel 34.4 i direktivet. Hela paragrafen motsvarar 8 kap 12 § LOU medan första stycket motsvarar 8 kap. 13 § LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 8.7.

I förhållande till LOU och LUF omfattar paragrafen även konkurrenspräglad dialog och det beskrivande dokumentet.

Vad som avses med påskyndat förfarande i *andra stycket* motsvarar det som i LOU bedömts utgöra det (se prop. 2006/07:128 del 1 s. 369 och 370).

## **10 kap. Kommunikation, information och dokumentation**

### **Regler för kommunikation**

**1 §** Anbudsansökningar och anbud ska lämnas skriftligen om inte något annat följer av tredje stycket.

En upphandlande myndighet eller enhet får bestämma att anbudsansökningar och anbud ska lämnas med ett elektroniskt medel eller på något annat sätt.

Myndigheten eller enheten får tillåta att en anbudsansökan görs per telefon.

Myndigheten eller enheten ska i en annons ange hur anbudsansökningar får lämnas och i en annons eller ett förfrågningsunderlag ange hur anbud får lämnas.

Paragrafen genomför artikel 36.1, 36.2 och 36.6 a i direktivet samt motsvarar 9 kap. 1 § LOU och LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 8.8.1.

De motsvarande bestämmelserna i LOU och LUF ändrades den 15 juli 2010. I förarbetena till den ändringen anfördes följande (prop. 2009/10:180 del 1 s. 338).

”Paragrafen är ändrad till följd av att det numera är klarlagt att ett krav på skriftlighet kan uppfyllas elektroniskt (se RÅ 2009 ref. 70).

En upphandlande myndighet får, enligt gällande rätt, bestämma i vilken typ av skriftlig form anbudsansökningar och anbud ska lämnas.

I paragrafens *första stycke* stryks hänvisningen till andra stycket.

För att behålla upphandlande myndigheters bestämmanderätt över vilken typ av skriftlig form som anbudsansökningar och anbud ska lämnas 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 §.

**2 §** Vid kommunikation med elektroniska medel ska dessa vara icke-diskriminerande, allmänt tillgängliga och möjliga att använda tillsammans med sådan maskin- och programvara som i allmänhet används.

Paragrafen genomför artikel 36.4 i direktivet och motsvarar 9 kap. 2 § LOU och LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 8.8.1.

I stället för att som i direktivet ange att verktygen ska vara kompatibla med produkter som i allmänhet används formuleras kravet, på samma sätt som i LOU och LUF, så att verktygen ska vara möjliga att använda tillsammans med sådan maskin- och programvara som i allmänhet används (prop. 2006/07:128 del 1 s. 371).

**3 §** Information om de specifikationer som är nödvändiga för elektronisk inlämning av anbudsansökningar och anbud, inbegripet kryptering, ska finnas tillgänglig för alla berörda parter.

En upphandlande myndighet eller enhet får kräva att elektroniska anbud ska vara försedda med en avancerad elektronisk signatur enligt lagen (2000:832) om kvalificerade elektroniska signaturer.

En upphandlande myndighet eller enhet ska ha sådan utrustning att den elektroniskt kan ta emot anbudsansökningar, anbud, ritningar och planer på ett säkert sätt. Utrustningen ska vara försedd med sådana säkerhetsanordningar att vissa uppgifter går att få fram, att bara behöriga personer ska få tillgång till uppgifterna och att det ska gå att spåra om någon obehörig har tagit del av uppgifterna.

Regeringen meddelar närmare föreskrifter om säkerhetsanordningarna.

Paragrafen genomför artikel 36.5 a–c i direktivet och motsvarar 9 kap. 3 § LOU och LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 8.8.1.

Paragrafens *andra stycke* behandlas närmare i prop. 2006/07:128 del 1 s. 215–218.

### **Skyldighet att lämna in intyg m.m.**

**4 §** Vid användning av elektroniska medel enligt 1 § ska anbudssökande och anbudsgivare före utgången av tidsfristen för att lämna anbudsansökan eller

anbud i annan form lämna in sådana handlingar som avses i 11 kap. 3 §, 12 kap. 7, 8, 10, 11, 15 och 17–19 §§, om de inte finns tillgängliga i elektronisk form.

Paragrafen genomför artikel 36.5 d i direktivet och motsvarar med en redaktionell ändring 9 kap. 4 § LOU och LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 8.8.1.

Enligt bestämmelsen ges anbudssökande och anbudsgivare möjlighet att, vid elektronisk inlämning av anbudsansökningar och anbud, ge in bevis, intyg och andra sådana handlingar som åberopas i upphandlingsärendet i form av skriftliga handlingar, om de inte finns tillgängliga i elektronisk form. Handlingarna ska ges in inom tidsfristen för att anbudsansökan respektive anbud ska anses ha kommit in i rätt tid (prop. 2006/07:128 del 1 s. 373).

#### **Bekräftelse av ansökan om att få lämna anbud**

5 § En upphandlande myndighet eller enhet får begära att en anbudsansökan som görs per telefax ska bekräftas genom ett annat elektroniskt medel enligt 3 § andra stycket eller genom en egenhändigt undertecknad handling som är myndigheten eller enheten tillhanda före utgången av den tidsfrist som myndigheten eller enheten anger.

Har en anbudsansökan gjorts per telefon, ska en bekräftelse skickas före utgången av ansökningstiden.

Den upphandlande myndigheten eller enheten ska i annonsen om upphandling ange sådana villkor som avses i första och andra styckena.

Paragrafen genomför artikel 36.6 b och c i direktivet och motsvarar 9 kap. 5 § LOU och LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 8.8.1.

#### **Uppgifter från leverantörer ska bevaras säkert**

6 § Kommunikation, informationsutbyte och lagrade uppgifter som rör ett upphandlingsärende ska bevaras säkert.

Paragrafen genomför delar av artikel 36.3 i direktivet och motsvarar 9 kap. 6 § LOU och LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 8.8.1.

Lagen innehåller i 7 kap. 13–15 §§ bestämmelser om de krav som den upphandlande myndigheten eller enheten får ställa på leverantören i fråga om skydd för lämnad information. I denna bestämmelse ställs krav på att den upphandlande myndigheten eller enheten behandlar uppgifter den fått från leverantören på ett säkert sätt. Det är en självklarhet och följer bl.a. av bestämmelserna om sekretess och med hänsyn till karaktären på upphandlingarna enligt denna lag, att kraven i praktiken kommer att ställas högt även på de upphandlande myndigheterna eller enheterna i detta avseende. Några särskilda krav ställer dock inte bestämmelsen. I LOU och LUF betraktas bestämmelsen närmast som en ordningsregel (se prop. 2006/07:128 del 1 s. 375 och 520).

## Öppnande av anbud

7 § Den upphandlande myndigheten eller enheten får inte ta del av innehållet i anbudsansökningarna och anbudet förrän tidsfristen för att komma in med anbudsansökan respektive anbud har gått ut.

Försändelser med anbud ska, samtidigt och så snart som möjligt efter anbudstidens utgång, öppnas vid en förrättning där minst två personer som utsetts av den upphandlande myndigheten eller enheten ska delta. Anbudet ska föras upp i en förteckning, som ska bestyrkas av dem som deltar i förrättningen. På begäran av en anbudsgivare ska dessutom en av en handelskammare utsedd person närvara. Kostnaderna för detta ska betalas av den som framställt begäran.

Paragrafens *första stycke* genomför delar av artikel 36.3 i direktivet. Hela paragrafen motsvarar 9 kap. 7 § LOU och LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 8.8.1.

Förfarandet i *andra stycket* gäller alla anbud oavsett vilket kommunikationsmedel som använts av leverantören. Andra stycket gäller inte uttryckligen anbudsansökningar eftersom det har bedömts att det kan finnas anledning att inte behandla dem på samma strikta sätt (se prop. 2006/07:128 del 1 s. 376). Något hinder för myndigheten eller enheten att i de fallen ändå tillämpa åtminstone delar av förfarandet finns inte och kan i det enskilda fallet vara lämpligt.

## Rättelse av fel, förtydligande och komplettering

8 § En upphandlande myndighet eller enhet får tillåta att en anbudssökande eller anbudsgivare rättar en uppenbar felskrivning eller felräkning eller något annat uppenbart fel i anbudsansökan eller anbudet.

Myndigheten eller enheten får begära att en anbudsansökan eller ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Myndigheten eller enheten får också begära att en leverantör förtydligar eller kompletterar handlingar som getts in och som avses i 11 och 12 kap.

Paragrafens *andra stycke* genomför artikel 45 i direktivet. Hela paragrafen motsvarar 9 kap. 8 § LOU och LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 8.8.1.

En bestämmelse motsvarande *första stycket* i paragrafen finns i LOU och LUF och tas på motsvarande sätt in i denna lag. Bestämmelsen innebär att uppenbara fel i en anbudsansökan eller ett anbud kan rättas till.

I paragrafens *andra stycke* föreskrivs att anbudsansökningar och anbud kan förtydligas och kompletteras. Det får bara göras på initiativ av den upphandlande myndigheten eller enheten. En upphandlande myndighet eller enhet får med stöd av bestämmelsen kontakta en leverantör om det finns oklarheter eller brister i ingivna intyg, skriftliga bevis och andra handlingar. Detta ska tillämpas restriktivt och kommunikationen mellan den upphandlande myndigheten respektive enheten och leverantören bör dokumenteras (prop. 2006/07:128 del 1 s. 377).

## Information till leverantörer

### *Underrättelse om beslut*

**9 §** En upphandlande myndighet eller enhet ska snarast möjligt skriftligen underrätta anbudssökandena och anbudsgivarna om de beslut som har fattats om att sluta ett ramavtal eller att tilldela ett kontrakt och om skälen för besluten. I underrättelsen ska myndigheten eller enheten ange den period under vilken avtal enligt 16 kap. 1 § inte får ingås (avtalsspärr).

En skriftlig underrättelse ska snarast möjligt lämnas till anbudssökandena och anbudsgivarna även när en upphandlande myndighet eller enhet beslutar att avbryta en upphandling för vilken det har gått ut inbjudan att lämna anbud samt vid beslut att göra om upphandlingen. I underrättelsen ska skälen för beslutet anges.

Paragrafen genomför artikel 35.1 i direktivet. Hela paragrafen motsvarar 9 kap. 9 § LOU och LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 8.8.2.

Av paragrafen framgår att alla anbudssökande och anbudsgivare ska få en underrättelse om tilldelningsbeslut, beslut i vissa fall om att avbryta upphandlingen eller beslut om att upphandlingen ska göras om. I *första stycket* finns en bestämmelse om att i underrättelsen ska upplysas om den avtalsspärr som gäller. Regleringen om den är ny i LOU och LUF sedan den 15 juli 2010 (se prop. 2009/10:180).

Frågan om ett beslut under upphandlingen ska meddelas särskilt eller först i anslutning till tilldelningsbeslutet behandlas i prop. 2006/07:128 del 1 s. 378.

### *Upplysningar på begäran av en leverantör*

**10 §** En upphandlande myndighet eller enhet ska till den anbudssökande eller anbudsgivare som skriftligen begär det lämna upplysningar om skälen för att leverantörens ansökan har avslagits eller anbud förkastats.

En upphandlande myndighet eller enhet ska på skriftlig begäran av en anbudsgivare som har lämnat ett godtagbart anbud som har förkastats, lämna upplysningar om utformningen av och de relativa fördelarna med det valda anbudet samt namnet på den anbudsgivare som tilldelats kontraktet eller parterna i ramavtalet.

Upplysningar enligt första och andra styckena ska lämnas snarast möjligt och senast inom 15 dagar från det att en skriftlig begäran kom in.

Paragrafen genomför artikel 35.2 i direktivet och motsvarar 9 kap. 10 § LOU och LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 8.8.2.

Såväl en ansökan om att lämna anbud som ett anbud kan förkastas innan tilldelningsbeslutet fattas. Det innebär att skyldigheten att lämna upplysningar om varför en ansökan eller ett anbud förkastats kan inträda innan skyldigheten att lämna upplysningar om tilldelningsbeslutet enligt 9 § inträder (prop. 2001/02:142 s. 68).

I artikel 35.2 b i direktivet exemplifieras omständigheter som lett till att ett anbud förkastats och som ska motiveras. Det är fråga om anbud som innehåller avvikelser från angivna specifikationer eller som hänvisar till vissa standarder, när den upphandlande myndigheten ställt upp krav på prestanda eller funktion (artikel 18.4 och 18.5, 7 kap. 5 och 6 §§) eller

krav på informationssäkerhet eller försörjningstrygghet (artikel 22 och 23, 7 kap. 13–18 §§).

I enlighet med direktivet preciseras i paragrafen i förhållande till LOU och LUF dels att begäran ska vara skriftlig, dels att *andra stycket* gäller anbud som har förkastats.

### **Anbudsgivare är bunden av sitt anbud**

**11 §** En upphandlande myndighet eller enhet ska i förfrågningsunderlaget ange den tid som en anbudsgivare ska vara bunden av sitt anbud.

En anbudsgivare är bunden av sitt anbud även om anbudsgivaren har fått underrättelse enligt 9 § första stycket eller upplysningar enligt 10 §.

Paragrafen, som motsvarar 9 kap 11 § LOU och LUF, ansågs framgå indirekt av såväl regleringen i det klassiska direktivet som av bestämmelserna i den upphävda lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (ÅLOU), se prop. 2006/07:128 del 1 s. 381. För att i så stor utsträckning som möjligt få en överensstämmelse med LOU och LUF tas bestämmelserna med även i denna lag. Förslaget behandlas i avsnitt 8.8.2.

### **Protokoll**

**12 §** En upphandlande myndighet eller enhet ska för varje upphandling upprätta ett protokoll, där det bl.a. ska framgå

1. det valda upphandlingsförfarandet,
2. skälen till att ett anbud förkastats,
3. skälen till att ett kontrakt eller ramavtal inte tilldelats en leverantör,
4. skälen till att förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt 4 kap. 4–8 §§ tillämpats,
5. skälen till att tidsfristen i 4 kap. 6 § andra stycket eller 4 kap. 7 § tredje stycket eller gränsen i 4 kap. 7 § andra stycket överskridits,
6. skälen till att konkurrenspräglad dialog tillämpats, och
7. skälen till att ett ramavtal har en löptid på mer än sju år.

En upphandlande myndighet eller enhet är skyldig att på Europeiska kommissionens begäran sända protokollet eller huvuddragen i det till kommissionen.

Regeringen meddelar närmare föreskrifter om vad ett protokoll ska innehålla.

Paragrafen genomför delar av artikel 37 i direktivet. En liknande bestämmelse finns i 9 kap. 12 § LOU. Förslaget behandlas i avsnitt 8.8.3.

*Första stycket* reglerar att ett protokoll ska upprättas och vad som ska framgå av ett sådant. I stycket är punkterna 1 och 5–7 nya i förhållande till LOU. *Andra stycket* innehåller en skyldighet för upphandlande myndigheter och enheter att på begäran sända protokollet eller huvuddragen i det till kommissionen. I *tredje stycket* finns en upplysning om att regeringen meddelar närmare föreskrifter om vad ett protokoll ska innehålla.

## Bevarande av handlingar

**13 §** När en upphandling har avslutats ska en upphandlande myndighet eller enhet som inte omfattas av arkivlagen (1990:782) på betryggande sätt förvara anbudsansökningar och anbud med tillhörande beskrivningar, modeller och ritningar samt anbudsförteckningar, sammanställningar, protokoll och liknande.

Handlingarna ska bevaras minst fyra år från den dag då kontraktet tilldelades.

Paragrafen, som reglerar bevarande av handlingar hos upphandlande myndigheter och enheter som inte tillämpar arkivlagen (1990:782), motsvaras av 9 kap. 13 § LOU och 9 kap. 14 § andra och tredje styckena LUF. För att i så stor utsträckning som möjligt få en överensstämmelse med dessa regler finns en paragraf med motsvarande innehåll även i denna lag (se prop. 2006/07:128 del 1 s. 383 och 384). Förslaget behandlas i avsnitt 8.8.3.

## 11 kap. Uteslutning av leverantörer

### Omständigheter som ska medföra uteslutning av leverantörer

**1 §** En upphandlande myndighet eller enhet ska utesluta en leverantör från att delta i en upphandling, om myndigheten eller enheten får kännedom om att leverantören enligt en lagakraftvunnen dom är dömd för brott som innefattar

1. sådan brottslighet som avses i artikel 2 i rådets rambeslut 2008/841/RIF av den 24 oktober 2008 om kampen mot organiserad brottslighet<sup>109</sup>,

2. bestickning enligt definitionen i artikel 3 i rådets akt av den 26 maj 1997 om utarbetande på grundval av artikel K 3.2 c i fördraget om Europeiska unionen av konventionen om kamp mot korruption som tjänstemän i Europeiska gemenskaperna eller Europeiska unionens medlemsstater är delaktiga i<sup>110</sup>, respektive artikel 2.1 i rådets rambeslut 2003/568/RIF av den 22 juli 2003 om kampen mot korruption inom den privata sektorn<sup>111</sup>,

3. bedrägeri i den mening som avses i artikel 1 i konventionen som utarbetats på grundval av artikel K.3 i fördraget om Europeiska unionen, om skydd av Europeiska gemenskapernas finansiella intressen<sup>112</sup>,

4. penningtvätt och finansiering av terrorism enligt definitionen i artikel 1 Europaparlamentets och rådets direktiv 2005/60/EG av den 26 oktober 2005 om åtgärder för att förhindra att det finansiella systemet används för penningtvätt och finansiering av terrorism<sup>113</sup>, eller

5. terroristbrott eller brott med anknytning till terroristverksamhet såsom de definieras i artikel 1 respektive 3 i rådets rambeslut 2002/475/RIF av den 13 juni 2002 om bekämpande av terrorism eller anstiftan, medhjälp och försök att begå brott i den mening som avses i artikel 4 i nämnda rambeslut<sup>114</sup>.

Är leverantören en juridisk person, ska leverantören uteslutas om en företrädare för den juridiska personen har dömts för brottet.

Om det finns grundad anledning anta att en leverantör ska uteslutas med stöd av första stycket, får myndigheten eller enheten begära att leverantören visar att det inte finns någon grund för uteslutning.

<sup>109</sup> EUT L 300, 11.11.2008, s. 42 (Celex 32008F0841).

<sup>110</sup> EGT C 195, 25.6.1997, s. 1 (Celex 31997F0625/01/).

<sup>111</sup> EGT L 358, 31.12.1998, s. 2 (Celex 31998F0742).

<sup>112</sup> EGT C 316, 27.11.1995, s. 48 (Celex 31995F1127/03/).

<sup>113</sup> EUT L 309, 25.11.2005, s. 15 (Celex 32005L0060).

<sup>114</sup> EGT L 164, 22.6.2002, s. 3 (Celex 32002F0475).

Om det finns särskilda skäl, får en upphandlande myndighet eller enhet avstå från att utesluta en leverantör som dömts för brottslighet enligt första stycket.

Paragrafen genomför artikel 39.1 i direktivet och utgör en uttömmande uppräkningslista av de obligatoriska uteslutningsgrunderna. Bestämmelserna är i stort sett desamma som i 10 kap. 1 § LOU och LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 8.9.

I förhållande till LOU och LUF finns det i *första stycket 1* en hänvisning till rådets rambeslut 2008/841/RIF av den 24 oktober 2008 om kampen mot organiserad brottslighet<sup>115</sup>. Beslutet ersätter rådets gemensamma åtgärd 98/733/RIF av den 21 december 1998 beslutad av rådet på grundval av artikel K.3 i fördraget om Europeiska unionen om att göra deltagande i en kriminell organisation i Europeiska unionens medlemsstater till ett brott.

*Första stycket 2* innehåller en hänvisning till rådets rambeslut 2003/568/RIF av den 22 juli 2003 om kampen mot korruption inom den privata sektorn. Detta rambeslut ersätter rådets gemensamma åtgärd 98/742/RIF av den 22 december 1998 beslutad av rådet på grundval av artikel K 3 i fördraget om Europeiska unionen rörande korruption inom den privata sektorn som LOU hänvisar till. Bestämmelserna är i stort sett desamma.

*Första stycket 4* hänvisas till Europaparlamentets och rådets direktiv 2005/60/EG<sup>116</sup> i stället för som i motsvarande bestämmelse i LOU rådets direktiv 91/308/EEG, som upphört att gälla.

I förhållande till LOU och LUF är *första stycket 5* ny och avser terroristbrott eller brott med anknytning till terroristverksamhet.

Vilka svenska straffbestämmelser som kan anses motsvara uppräkningslistan i paragrafen samt hur den upphandlande myndigheten eller enheten bör hantera frågan om uteslutning på grund av brott behandlas i avsnitt 8.9 och i prop. 2006/07:128 del 1 s. 224–241 och 386–388.

## **Omständigheter som får medföra uteslutning av leverantörer**

**2 §** En leverantör får uteslutas från att delta i en upphandling, om leverantören

1. är i konkurs eller likvidation, är under tvångsförvaltning eller är föremål för ackord eller tills vidare har inställt sina betalningar eller är underkastad näringsförbud,

2. är föremål för ansökan om konkurs, tvångslikvidation, tvångsförvaltning, ackord eller annat liknande förfarande,

3. genom lagakraftvunnen dom är dömd för brott avseende yrkesutövningen, såsom till följd av en överträdelse av befintlig lagstiftning om export av försvars- och säkerhetsutrustning,

4. har gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen, såsom genom att inte ha iakttagit sina skyldigheter i fråga om informationssäkerhet eller försörjningstrygghet vid ett tidigare kontrakt, och den upphandlande myndigheten eller enheten kan visa detta,

<sup>115</sup> EUT L 300, 11.11.2008, s. 42 (Celex 32008F0841).

<sup>116</sup> Europaparlamentets och rådets direktiv 2005/60/EG av den 26 oktober 2005 om åtgärder för att förhindra att det finansiella systemet används för penningtvätt och finansiering av terrorism (EUT L 309, 25.11.2005, s. 15, Celex 32005L0060).

5. har, på grundval av någon form av bevis som även kan bestå av skyddade uppgiftskällor, kunnat konstaterats inte vara så tillförlitlig som krävs för att inte riskera rikets säkerhet,

6. inte har fullgjort sina åligganden avseende socialförsäkringsavgifter eller skatt i det egna landet eller i det land där upphandlingen sker, eller

7. i något väsentligt hänseende har låtit bli att lämna begärda upplysningar eller lämnat felaktiga upplysningar som begärts med stöd av bestämmelserna i 11 eller 12 kap.

Är leverantören en juridisk person, får leverantören uteslutas om en företrädare för den juridiska personen har dömts för brott som avses i första stycket 3 eller gjort sig skyldig till sådant fel som avses i första stycket 4.

Myndigheten eller enheten får, utom i de fall som avses i 4 §, begära att en leverantör visar att det inte finns någon grund för att utesluta leverantören med stöd av första stycket 1, 2, 3 eller 6.

Paragrafen genomför artikel 39.2 i direktivet. I 10 kap. 2 § LOU och 10 kap. 3 § LUF finns liknande bestämmelser. Förslaget behandlas i avsnitt 8.9.

Det exempel som anges i *första stycket 3* finns inte i LOU och tar särskilt sikte på försvars- och säkerhetsområdet. De två följande punkterna behandlar också två för området viktiga delar, dvs. informationssäkerhet och försörjningstrygghet.

Kravet i *punkten 4* avser brott mot krav i tidigare kontraktsförhållanden, även i förhållande till andra stater. Att, som anges i punkten, leverantören gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen innebär inte att denne måste slutligen ha dömts för sådant fel men de omständigheter som kan ligga till grund för en uteslutning måste vara objektiva och kunna visas.

Kravet i *punkten 5* behandlar pålitligheten hos anbudsgivare och leverantörer. Även om bestämmelsen ger stort utrymme för den upphandlande myndigheten eller enheten i fråga om vilka uppgifter som kan ligga till grund för en uteslutning, måste uteslutningen vara nödvändig för medlemsstatens säkerhet.

*Tredje stycket* saknar motsvarighet i direktivet, men återfinns i LOU eftersom det fanns en sådan bestämmelse i ÅLOU, se prop. 2006/07:128 del 1 s. 389. För att i så stor utsträckning som möjligt få en överensstämmelse med LOU och LUF tas bestämmelsen med även i denna lag.

### **Intyg och bevis angående leverantör**

**3 §** Den upphandlande myndigheten eller enheten ska som bevis för att det inte finns grund för att utesluta en leverantör godta utdrag ur officiellt register eller annan likvärdig handling när det gäller ett förhållande som avses i 1 § eller 2 § första stycket 1, 2 eller 3 och intyg från behörig myndighet när det gäller ett förhållande som avses i 2 § första stycket 6.

Om sådana handlingar eller intyg som avses i första stycket inte utfärdas i leverantörens hemland eller ursprungsland eller inte omfattar samtliga de fall som avses i 1 § eller 2 § första stycket 1–3 får de ersättas av en utsaga som har avgetts på heder och samvete eller av en liknande försäkran.

Om en leverantör är registrerad i en officiell förteckning över godkända leverantörer i ett land inom EES, får det antas att leverantören uppfyller de förutsättningar som anges i 1 § eller i 2 § första stycket 1–4 och 7.

Paragrafens första och andra stycken genomför artikel 39.3 i direktivet. Paragrafens tredje stycke genomför artikel 46.3. Hela paragrafen motsvaras av 10 kap. 3 § LOU och 10 kap. 4 § LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 8.9.

Som exempel på utdrag ur officiellt register enligt *första stycket* anges i artikel 39.3 första stycket a ett utdrag från kriminalregistret.

Med begreppet utsaga som avgetts på heder och samvete eller en annan liknande försäkran enligt *andra stycket* avses enligt artikel 39.3 andra stycket exempelvis en försäkran under ed, en högtidlig försäkran som avläggs inför en behörig rättslig eller administrativ myndighet, notarius publicus eller en godkänd yrkesorganisation i personens hemland eller ursprungsland.

### **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 6 ska den upphandlande myndigheten eller enheten inhämta uppgifter om detta från behörig myndighet.

Paragrafen motsvarar 10 kap. 4 § LOU och 10 kap. 5 § LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 8.9.

Enligt bestämmelsen ska den upphandlande myndigheten eller enheten ansvara för att hämta in uppgifter om en leverantör har fullgjort sina åligganden avseende socialförsäkringsavgifter eller skatt i Sverige. Med behörig myndighet som uppgifterna hämtas in från avses Skatteverket och Kronofogdemyndigheten. Skyldigheten infaller när den upphandlande myndigheten har för avsikt att beakta dessa uppgifter i en upphandling (prop. 2009/10:180 del 1 s. 340).

## **12 kap. Kontroll av leverantörers lämplighet och val av deltagare m.m.**

### **Inledande bestämmelser**

1 § Innan kontrakt tilldelas enligt 13 kap. ska den upphandlande myndigheten eller enheten kontrollera lämpligheten hos de leverantörer som inte har uteslutits enligt 11 kap. 1 och 2 §§.

Paragrafen genomför delvis artikel 38.1 i direktivet och motsvarar 11 kap. 1 § LOU och LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 8.10.1.

Bestämmelsen innebär att sedan leverantörerna klarat prövningen enligt 11 kap., ska leverantörernas lämplighet enligt 12 kap. prövas innan de inlämnade anbuden prövas enligt 13 kap.

**2 §** En upphandlande myndighet eller enhet får ställa krav på en lägsta nivå för anbudssökandes och anbudsgivares ekonomiska samt tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Dessa ska överensstämma med bestämmelserna i 8–16 §§. Omfattningen av den information som avses i 8–16 §§ samt de lägsta nivåerna för den kapacitet som krävs för ett visst kontrakt ska ha samband med kontraktsföremålet och stå i proportion till detta.

De krav på kapacitet som ställs upp ska framgå av annonsen om upphandling.

Paragrafen genomför artikel 38.2 i direktivet och motsvarar 11 kap. 2 § LOU. Förslaget behandlas i avsnitt 8.10.1.

Paragrafen innebär att den upphandlande myndigheten eller enheten i förväg kan bestämma den miniminivå för ekonomisk och finansiell ställning samt tekniska och yrkesmässiga kapacitet som ska ligga till grund för urvalsprövningen (prop. 2006/07:128 del 1 s. 244).

De hänvisningar som finns i *första stycket* avser i enlighet med artikeln i direktivet bestämmelserna om leverantörernas ekonomiska ställning samt tekniska och yrkesmässiga kapacitet (artiklarna 41 och 42).

### **Begränsning av antalet anbudssökande i upphandlingsförfaranden**

**3 §** Vid selektivt förfarande, förhandlat förfarande med föregående annonsering och konkurrenspräglad dialog får den upphandlande myndigheten eller enheten begränsa antalet anbudssökande som den kommer att bjuda in att lämna anbud, förhandla med eller inleda en dialog med.

Den upphandlande myndigheten eller enheten ska i annonsen ange

1. vilka kriterier eller regler som den kommer att tillämpa vid valet av anbudssökande, och

2. det lägsta antal anbudssökande som kommer att bjudas in och, om ett högsta antal kommer att bjudas in, detta antal.

Paragrafen genomför delar av artikel 38.3 första stycket i direktivet och motsvarar 11 kap. 3 § LOU. Förslaget behandlas i avsnitt 8.10.1.

Det är enligt *första stycket* bara vid selektivt förfarande, förhandlat förfarande med föregående annonsering och konkurrenspräglad dialog som antalet anbudssökande kan begränsas.

De kriterier som den upphandlande myndigheten eller enheten enligt *andra stycket* ska ange i annonsen, om den väljer att begränsa antalet anbudssökande, ska vara hänförliga till leverantören och kan gälla dennes ekonomiska samt tekniska och yrkesmässiga kapacitet men de kan däremot inte utgöras av utvärderingskriterierna enligt 13 kap. 1 § eftersom de är hänförliga till anbudet (prop. 2006/07:128 del 1 s. 393). Att kriterierna ska vara objektiva och icke-diskriminerande framgår av 1 kap. 10 §.

**4 §** Antalet anbudssökande som bjuds in att delta får inte vara mindre än tre.

Paragrafen genomför artikel 38.3 första strecksatsen andra meningen i direktivet och motsvarar delar av 11 kap. 4 § LOU. Förslaget behandlas i avsnitt 8.10.1.

Antalet anbudssökande som bjuds in får inte vara mindre än tre oavsett vilket förfarande som används. I LOU är minsta antalet anbudssökande vid selektivt förfarande fem.

**5 §** En upphandlande myndighet eller enhet ska bjuda in minst det antal anbudssökande som angetts enligt 3 § andra stycket 2.

Om antalet anbudssökande, som uppfyller de i annonsen angivna kraven och urvalskriterierna (de kvalificerade anbudssökande), är lägre än det i annonsen angivna lägsta antal som kommer att bjudas in, får den upphandlande myndigheten eller enheten fortsätta förfarandet genom att bjuda in de kvalificerade anbudssökande som har begärt att få delta.

Paragrafen motsvarar delar av artikel 38.3 första stycket, hela 38.3 andra stycket och 38.4 i direktivet samt 11 kap. 5 § LOU. Förslaget behandlas i avsnitt 8.10.1.

**6 §** Om den upphandlande myndigheten eller enheten anser att antalet lämpliga anbudssökande är för lågt för att effektiv konkurrens ska kunna säkerställas, får den låta förfarandet anstå och på nytt offentliggöra den ursprungliga annonsen och fastställa en ny tidsfrist för att komma in med anbudsansökningar.

Både de anbudssökande som valdes ut i samband med det första offentliggörandet och de som väljs ut i samband med det andra offentliggörandet ska bjudas in att delta i upphandlingsförfarandet enligt 9 kap. 8–10 §§.

Paragrafen genomför artikel 38.3 tredje stycket i direktivet. Förslaget behandlas i avsnitt 8.10.1.

*Första stycket* anger att den upphandlande myndigheten eller enheten får låta ett upphandlingsförfarande anstå om den anser att antalet lämpliga anbudssökande är för lågt för att effektiv konkurrens ska kunna säkerställas och på nytt offentliggöra den ursprungliga annonsen. I stället för "effektiv" konkurrens anges i artikeln "verklig" konkurrens. I LOU har uttrycket "verklig" konkurrens ersatts av "effektiv" konkurrens för att överensstämja med konkurrenslagens (1993:20) terminologi, se prop. 2006/07:128 del 1 s. 327. Konkurrenslagen (1993:20) är upphävd och ersatt av konkurrenslagen (2008:579). Någon ändring i detta avseende i den senare lagen har inte skett. Därför uttrycks "verklig" konkurrens med "effektiv" konkurrens i bestämmelsen.

Samtliga utvalda anbudssökande från de två offentliggörandena ska sedan enligt *andra stycket* bjudas in att delta i upphandlingsförfarandet. Detta ska, som framgår av direktivet, inte påverka den upphandlande myndighetens eller enhetens möjlighet att avbryta det pågående upphandlingsförfarande och inleda ett nytt förfarande.

## **Krav på registrering**

**7 §** Den upphandlande myndigheten eller enheten får begära att en anbudssökande visar att sökanden är registrerad i ett aktiebolags- eller handelsregister eller ett motsvarande register, som förs i det land där den anbudssökande har sitt ursprung eller är etablerad, om det i detta land är en förutsättning för att få bedriva yrkesverksamhet.

I stället för det som anges i första stycket kan en anbudssökande avge en utsaga på heder och samvete eller vidta någon annan liknande åtgärd eller visa upp ett intyg.

I samband med förfaranden för tilldelning av tjänstekontrakt får den upphandlande myndigheten eller enheten begära att en anbudssökande ska visa att han eller hon har ett särskilt tillstånd eller liknande i sitt hemland, om detta krävs för att tillhandahålla den aktuella tjänsten.

Paragrafen genomför artikel 40 första och andra stycket i direktivet och motsvarar med redaktionella ändringar 11 kap. 6 § LOU. Förslaget behandlas i avsnitt 8.10.2.

Med aktiebolags- eller handelsregister eller motsvarande register enligt *första stycket* avses de register som anges i bilaga VII A-C till direktivet. De förteckningar som anges i bilaga VII är endast vägledande.

En utsaga på heder och samvete eller annan liknande åtgärd i *andra stycket* avser det som i direktivet uttryckts med ed under försäkran (se kommentaren till 11 kap. 3 §).

Bestämmelsen i *tredje stycket* innebär att en upphandlande myndighet eller enhet kan ange att anbudssökande och anbudsgivare ska visa om de på visst sätt är auktoriserade, tillhör ett skråväsende eller liknande (prop. 2006/07:128 del 1 s. 395).

### **Bevis på ekonomisk ställning**

**8 §** Bevis på en leverantörs ekonomiska kapacitet kan utgöras av

1. uppgift om företagets samlade omsättning och, i förekommande fall, omsättningen för det verksamhetsområde som upphandlingen gäller för de tre senaste verksamhetsåren eller den kortare tid under vilken verksamheten bedrivits,

2. balansräkningar eller utdrag ur dem, eller

3. intyg från banker eller, i förekommande fall, bevis på relevant ansvarsförsäkring för verksamheten.

Paragrafen genomför huvudsakligen artikel 41.1 i direktivet och motsvarar 11 kap. 7 § LOU. Förslaget behandlas i avsnitt 8.10.2.

En leverantörs lämplighet i fråga om ekonomisk ställning är av så central betydelse vid upphandling att bestämmelser om vilka intyg som krävs anges i lagen. Att listan med de uppräknade exemplen på bevis inte är uttömmande framgår av ordet kan.

Om begärda intyg inte ges in utgör det skäl för att inte pröva leverantörens anbudsansökan eller anbud (prop. 2006/07:128 del 1 s. 396).

**9 §** Den upphandlande myndigheten eller enheten ska i annonsen om upphandling eller i inbjudan att lämna anbud ange vilken eller vilka av de i 8 § nämnda handlingarna och uppgifterna som ska visas upp samt vilka andra handlingar som ska visas upp. En balansräkning eller utdrag ur den behöver endast visas upp om den ska offentliggöras enligt lagstiftningen i det land där leverantören är hemmahörande.

Paragrafen genomför artikel 41.4 i direktivet och motsvarar 11 kap. 8 § LOU. Förslaget behandlas i avsnitt 8.10.2.

Villkoret att en balansräkning eller utdrag ur den endast behöver visas upp om den ska offentliggöras enligt lagstiftningen i det land där leverantören är hemmahörande framgår av artikel 41.1 b i direktivet.

**10 §** Om en leverantör har ett godtagbart skäl för att inte visa de handlingar och uppgifter som den upphandlande myndigheten eller enheten begär, får leverantören visa sin ekonomiska kapacitet med någon annan handling som den upphandlande myndigheten eller enheten finner lämplig.

Paragrafen genomför artikel 41.5 i direktivet och motsvarar 11 kap. 9 § LOU. Förslaget behandlas i avsnitt 8.10.2.

### **Bevis på teknisk och yrkesmässig kapacitet**

**11 §** Den upphandlande myndigheten eller enheten ska i annonsen om upphandling ange vilka av de uppgifter som anges i andra stycket som den har valt och vilka andra uppgifter som måste tillhandahållas.

Den tekniska kapaciteten får styrkas på ett eller flera av följande sätt:

1. genom en förteckning över slutförda byggtreprenader under de fem senaste åren, åtföljd av intyg om att de viktigaste byggtreprenaderna utförts på ett tillfredsställande sätt med uppgift om värde, tidpunkt och plats för byggtreprenaderna och huruvida de utfördes enligt gängse branschnormer och slutfördes på ett korrekt sätt,

2. genom en förteckning över de viktigaste varuleveranser eller tjänster som utförts under, som regel, de fem senaste åren med uppgift om värde och tidpunkt samt huruvida det varit fråga om privata eller offentliga mottagare,

3. genom uppgifter om den tekniska personal och de tekniska organ som ansvarar för kvalitetskontrollen eller som berörs på annat sätt, vare sig de direkt tillhör leverantörens företag eller inte, och, i fråga om byggtreprenader, uppgifter om den tekniska personal och de tekniska organ som entreprenören kan förfoga över för att genomföra entreprenaden,

4. genom en beskrivning av leverantörens tekniska utrustning och av de metoder som leverantören använder för att säkra kvaliteten, av företagets undersöknings- och forskningsresurser samt de företagsinterna bestämmelserna i fråga om immaterialrätt,

5. genom en kontroll som ska utföras av den upphandlande myndigheten eller enheten själv eller på dennas vägnar av ett behörigt organ i leverantörens etableringsland, förutsatt att detta organ ger sitt samtycke,

6. när det är fråga om byggtreprenadkontrakt, tjänstekontrakt eller varukontrakt inbegripet monterings- och installationsarbeten eller monterings- och installationstjänster, genom uppgifter om leverantörens utbildnings- och yrkeskvalifikationer eller motsvarande uppgifter om ledande personer i företaget, särskilt om den eller dem som ska ansvara för tillhandahållande av tjänsterna eller leda byggtreprenaden,

7. när det är fråga om byggtreprenader eller tjänster, genom uppgifter om de miljöskyddsåtgärder leverantören kommer att tillämpa när kontraktet fullgörs, om det med hänsyn till vad kontraktet avser behövs sådana uppgifter,

8. genom en uppgift om antalet anställda i medeltal per år hos tjänsteleverantören eller entreprenören och antalet anställda med ledningsfunktion under de tre senaste åren,

9. genom en uppgift om

a) vilka verktyg, maskiner och teknisk utrustning, antalet anställda och deras yrkeskunnande eller de försörjningskällor som den ekonomiska aktören förfogar över för att fullgöra kontraktet, samt uppgift om var dessa finns i de fall de finns utanför EES, och

b) förmågan att tillmötesgå den upphandlande myndighetens eller enhetens eventuellt ökade behov till följd av en kris eller att garantera underhåll, modernisering och anpassningar av den utrustning som är föremål för upphandlingen,

10. när det gäller varor som ska levereras, genom prover, beskrivningar eller fotografier, vars äkthet ska styrkas om den upphandlande myndigheten eller enheten begär det, eller genom intyg som upprättas av officiella institutioner för kvalitetskontroll eller enheter för sådan kontroll av erkänd kompetens och av

vilka det ska framgå att varor som är klart identifierade genom referenser överensstämmer med vissa specifikationer eller standarder, eller

11. när det gäller kontrakt som inbegriper, kräver eller innehåller säkerhetsskyddsklassificerade uppgifter, genom bevis om förmågan att behandla, lagra och överföra sådana uppgifter på den skyddsnivå som krävs av den upphandlande myndigheten eller enheten.

Om det är nödvändigt ska den behöriga myndigheten sända intyg enligt andra stycket 1 direkt till den upphandlande myndigheten eller enheten.

Om en mottagare enligt andra stycket 2 är en upphandlande myndighet eller enhet, ska intyg som utfärdats eller attesterats av denna myndighet eller enhet lämnas. Om mottagaren inte är en upphandlande myndighet eller enhet, ska intyg från köparen lämnas eller, om detta inte är möjligt, en försäkran från leverantören lämnas.

En kontroll enligt andra stycket 5 ska avse en leverantörs tillverkningskapacitet eller en tjänsteleverantörs tekniska kapacitet och, om det behövs, leverantörens undersöknings- och forskningsresurser samt åtgärder för kvalitetskontroll.

Paragrafen genomför artikel 42.5 i direktivet. En liknande bestämmelse finns i 11 kap. 11 § LOU. Förslaget behandlas i avsnitt 8.10.

Paragrafens *första stycke* genomför artikel 42.5 i direktivet. Till skillnad från bestämmelsen i LOU är den upphandlande myndigheten endast skyldig att i annonsen om upphandling ange vilka uppgifter om teknisk kapacitet som leverantören ska tillhandahålla.

Paragrafens *andra stycke* genomför artikel 42.1 i direktivet. I stycket återfinns en uppräknig av sätt som leverantören kan använda sig av för att styrka sin tekniska kapacitet. Den största skillnaden jämfört med LOU är att leverantören inte är skyldig att styrka sin tekniska kapacitet på något av de sätt som anges. I förhållande till LOU är tidsrymden i *andra stycket 2* förlängd från tre till fem år. Dessutom gäller denna tidsrymd endast som huvudregel.

*Andra stycket 4* innehåller i förhållande till LOU den skillnaden att de företagsinterna bestämmelserna rörande immaterialrätt ska beskrivas.

*Andra stycket 5* (artikel 42.1 d i direktivet) är förkortad i jämförelse med motsvarande regel i det klassiska direktivet (artikel 48.2 d) och har därmed ett mer generellt tillämpningsområde. Den bestämmelsen i LOU som genomför artikeln, 11 kap. 11 § andra stycket 5, är begränsad till varor eller tjänster som är komplexa eller i undantagsfall avsedda för ett särskilt ändamål. Denna begränsning finns alltså inte med i denna lag.

I förhållande till LOU är det i *andra stycket 6* specificerat i vilka fall uppgifter om leverantörens utbildnings- och yrkeskvalifikationer m.m. ska anges.

I *andra stycket 9* har i förhållande till 11 kap. 11 § andra stycket 9 LOU tillkommit uppgifter om vad som ska anges.

En bestämmelse motsvarande punkten 10 i 11 kap. 11 § LOU saknas på denna plats i direktivet. Upplysningar om hur stor del av kontraktet som kommer att läggas ut på underleverantör följer i stället av artikel 21.2, vilken genomförs i 14 kap. 2 §.

*Andra stycket 11* genomför artikel 42.1 j första stycket och behandlas i avsnitt 9.5.

*Tredje-femte* styckena innehåller ett antal bestämmelser om hanteringen av bevisen om teknisk kapacitet.

**12 §** Bevis enligt 11 § andra stycket 11 får ges genom ett system för granskning av säkerhetsskyddet. En upphandlande myndighet eller enhet får ge leverantörer som ännu inte har granskats genom ett sådant system en förlängd tidsfrist för att säkerhetsskyddet ska kunna granskas. Den upphandlande myndigheten eller enheten ska i så fall i annonsen om upphandling ange att den möjligheten finns och tidsfristen för att ordna det.

Paragrafen genomför artikel 42.1 j tredje stycket i direktivet. Första meningen saknar direkt motsvarighet i direktivet men följer av artikel 42.1. Förslaget behandlas i avsnitt 9.6.

Med ett system för granskning av säkerhetsskyddet (säkerhetskontrollsystem) kan avses t.ex. det arbete som utförs av en s.k. National Security Authority (NSA) eller ett säkerhetsskyddsavtal som upprättas med anledning av upphandlingen.

Av artikeln framgår att en anbudssökande som ännu inte har ett system för granskning av säkerhetsskyddet kan få en förlängd tidsfrist att ”anskaffa” ett sådant. I den engelska översättningen står ”obtain” och i den franska står ”obtenir”. I sammanhanget är det därför mer lämpligt att använda *ordna* i stället för ”anskaffa”. Bestämmelsen är därför utformad i enlighet med det.

I den svenska språkversionen av artikeln står vidare ”meddelandet om underentreprenaden”, medan det i den engelska översättningen står ”contract notice” och i den franska översättningen står ”l’avis de marché”, dvs. *annonsen om upphandling*. Förslaget till författningstext har därför utformats i enlighet med detta.

**13 §** En upphandlande myndighet eller enhet får begära att ett behörigt organ i anbudssökandes stat kontrollerar att de krav i fråga om informationssäkerhet som den upphandlande myndigheten eller enheten ställer är uppfyllda när det gäller

1. de lokaler och installationer som planeras att användas,
2. de industriella och administrativa förfaranden som kommer att tillämpas,
3. formerna för informationsstyrning, och
4. den personal som kommer att arbeta med att genomföra kontraktet.

Paragrafen genomför artikel 42.1 j fjärde stycket i direktivet. Förslaget behandlas i avsnitt 9.7.

**14 §** Om en leverantör har ett godtagbart skäl för att inte visa de handlingar och uppgifter som den upphandlande myndigheten eller enheten begär, får leverantören styrka sin tekniska eller yrkesmässiga kapacitet med någon annan handling som den upphandlande myndigheten eller enheten finner lämplig.

Paragrafen genomför artikel 42.6 i direktivet. Förslaget behandlas i avsnitt 8.10.2.

Av paragrafen följer att om en leverantör har ett godtagbart skäl för att inte förete de referenser som den upphandlande myndigheten eller enheten begär enligt 11–13 §§ får han eller hon visa sin tekniska eller yrkesmässiga kapacitet med varje annan handling som den upphandlande myndigheten eller enheten finner lämplig. De i 11 § angivna sätten att styrka sin tekniska eller yrkesmässiga kapacitet är endast exempel. Kan leverantören inte styrka sin kapacitet på något av de sätten får denne uppvisa annan lämplig handling.

### **Tillgång till andra företags kapacitet**

**15 §** En leverantör får vid behov när det gäller ett visst kontrakt åberopa andra företags ekonomiska, tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Leverantören ska genom att tillhandahålla ett åtagande från företagen i fråga eller på annat sätt visa att leverantören kommer att förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet ska fullgöras.

Paragrafen genomför artikel 41.2 och 41.3 samt artikel 42.2 och 42.3 i direktivet samt motsvarar med en redaktionell ändring 11 kap. 12 § LOU. Förslaget behandlas i avsnitt 8.10.2.

### **Leverantörers yrkeskunnande**

**16 §** Vid bedömningen av en leverantörs förmåga att fullgöra ett varukontrakt som innefattar monterings- eller installationsarbeten, tjänster eller byggtreprenad, får särskild vikt fästas vid yrkeskunnande, effektivitet, erfarenhet och tillförlitlighet.

Paragrafen genomför artikel 42.4 i direktivet och motsvarar 11 kap. 13 § LOU. Förslaget behandlas i avsnitt 8.10.2.

### **Kvalitetsstyrningsstandarder**

**17 §** Om en upphandlande myndighet eller enhet kräver att leverantören visar upp ett intyg utfärdat av ett oberoende ackrediterat organ om att leverantören iakttar vissa kvalitetsstyrningsstandarder, ska myndigheten eller enheten hänvisa till sådana kvalitetsstyrningssystem som bygger på relevanta europeiska standarder på området och som är certifierade av oberoende ackrediterade organ vilka uppfyller europeiska standarder för ackreditering och certifiering.

Myndigheten eller enheten ska godkänna likvärdiga certifikat från oberoende ackrediterade organ som är etablerade inom EES. Den ska även godta andra bevis på likvärdiga kvalitetsstyrningssystem som lämnas av leverantörer.

Paragrafen genomför artikel 43 i direktivet och motsvarar i sak 11 kap. 14 § LOU. Förslaget behandlas i avsnitt 8.10.3.

I jämförelse med LOU och det klassiska direktivet är ordet kvalitets-säkringsstandarder här ersatt av kvalitetsstyrningsstandarder. Någon väsentlig skillnad i sak torde inte finnas mellan dessa begrepp. Dessutom är tillagt att dessa standarder eller likvärdiga certifikat ska vara certifierade av oberoende ackrediterade organ.

### **Standarder för miljöledning**

**18 §** Om en upphandlande myndighet eller enhet i de fall som avses i 11 § andra stycket 7 kräver att få tillgång till ett av ett oberoende organ upprättat certifikat som intygar att leverantören uppfyller vissa miljöledningsstandarder, ska myndigheten eller enheten hänvisa till förordning (EG) nr 761/2001 av den 19 mars 2001 om frivilligt deltagande för organisationer i gemenskapens miljölednings- och miljöredovisningsordning<sup>117</sup> (EMAS) eller till miljölednings-

<sup>117</sup> EGT L 114, 24.04.2001, s. 1 (Celex 32001R0761).

standarder som bygger på relevanta europeiska eller internationella standarder. Miljöledningssystemen ska vara certifierade av organ som uppfyller unionslagstiftningen eller internationella standarder för certifiering.

Myndigheten eller enheten ska godta likvärdiga intyg från andra organ som är etablerade inom EES. Den ska även godta andra bevis på likvärdiga miljöledningssystem som lämnas av leverantörer.

Paragrafen genomför artikel 44 i direktivet och motsvarar 11 kap. 15 § LOU. Förslaget behandlas i avsnitt 8.10.3.

I förarbetena till motsvarande paragraf i LOU anfördes bl.a. följande (prop. 2006/07:128 del 1 s. 402).

”Miljöledningssystem är ett system för att organisera miljöarbetet i ett företag, en myndighet eller en organisation. Systemet har som syfte att kontinuerligt förbättra organisationens miljöprestanda genom ett förebyggande och strukturerat arbetssätt. Arbetet bedrivs i olika faser (planering, genomförande, kontroll och åtgärd). Kraven på miljöledningssystem har preciserats i olika standarder och regelverk.”

Det sagda har tillämpning även för nu aktuell paragraf.

### **Officiella förteckningar**

**19 §** Om en leverantör är registrerad i en officiell förteckning över godkända leverantörer i ett land inom EES upprättad av behöriga myndigheter eller innehar ett certifikat utfärdat av ett certifieringsorgan som uppfyller europeiska standarder för certifiering, får det antas att leverantören uppfyller de förutsättningar och krav som anges i

1. 11 kap. 1 §, 2 § första stycket 1–4 och 7, samt i detta kapitel 7 §, 8 § första stycket 1 och 2 samt 11 § andra stycket 1, 3, 6, 8 och 9 när det gäller byggtreprenörer,

2. 11 § andra stycket 2–5 och 10 när det gäller varuleverantörer, eller

3. 11 § andra stycket 2 och 4–9 när det gäller tjänstleverantörer.

Paragrafen genomför artikel 46.3 i direktivet och motsvarar 11 kap. 16 § LOU. Förslaget behandlas i avsnitt 8.10.3.

Bestämmelsen innebär endast en presumtion för att leverantören uppfyller vissa i paragrafen specificerade krav om denne är registrerad i en officiell förteckning. Om en upphandlande myndighet har tillgång till tillförlitliga uppgifter om en leverantör som strider mot vad som framgår av en officiell förteckning får därför dessa uppgifter läggas till grund för bedömningen av leverantörens lämplighet (se prop. 2006/07:128 del 1 s. 403 och 404).

### **Begränsad kontroll**

**20 §** I ett selektivt eller förhandlat förfarande får en upphandlande myndighet eller enhet begränsa kontrollen av sådana handlingar som avses i 11 kap. samt 12 kap. 2 och 7–18 §§ som intygar leverantörens lämplighet till de anbudssökande som myndigheten eller enheten avser att bjuda in att lämna anbud

respektive att förhandla. Leverantören ska ges skälig tid att komma in med de begärda handlingarna.

Paragrafen motsvarar i allt väsentligt 11 kap. 17 § LOU och 11 kap. 13 § LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 8.11.

I 11 och 12 kap. finns bestämmelser för de upphandlande myndigheternas och enheternas möjligheter att ställa krav på att leverantörerna intygar sin kapacitet, lämplighet etc. Genom denna paragraf får de upphandlande myndigheterna och enheterna samma möjlighet som sedan den 15 juli 2010 finns i LOU och LUF att begränsa antalet intyg, certifikat, bevis eller liknande handlingar som måste hanteras vid en upphandling i syfte att visa leverantörens lämplighet att utföra ett visst kontrakt (se prop. 2009/10:180 del 1 s. 341).

## 13 kap. Tilldelning av kontrakt

### Alternativa grunder för tilldelning av kontrakt

1 § En upphandlande myndighet eller enhet ska anta antingen

1. det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för den upphandlande myndigheten eller enheten, eller

2. det anbud som innehåller det lägsta priset.

Vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga, ska myndigheten eller enheten ta hänsyn till olika kriterier som är kopplade till föremålet för kontraktet, såsom pris, leverans- eller genomförandetid, miljöegenskaper, driftkostnader, kostnadseffektivitet, kvalitet, ekonomisk livslängd, lönsamhet, försörjningstrygghet, samverkansförmåga, operativa egenskaper, funktionella och tekniska egenskaper, service och tekniskt stöd.

En upphandlande myndighet eller enhet ska i annonsen om upphandlingen eller i förfrågningsunderlaget ange vilken grund för tilldelning av kontraktet som kommer att tillämpas.

Paragrafen genomför artikel 47.1 i direktivet och motsvarar 12 kap. 1 § LOU och LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 8.12.

I *första stycket* anges de två alternativa grunderna för tilldelning av kontrakt som den upphandlande eller enheten kan tillämpa.

I *andra stycket* anges exempel på tilldelningskriterier som kan ställas upp (prop. 2006/07:128 del 1 s. 405). I förhållande till LOU och LUF är kriterierna ekonomisk livslängd, lönsamhet, försörjningstrygghet, samverkansförmåga och operativa egenskaper tillagda. Däremot saknas kriteriet estetik.

Enligt *tredje stycket* ska den valda grunden anges i annonsen om upphandling eller i förfrågningsunderlaget. Det går därefter inte att byta grund (prop. 2006/07:128 del 1 s. 405).

### Viktning av kriterier

2 § Den upphandlande myndigheten eller enheten ska ange hur sådana kriterier som avses i 1 § andra stycket kommer att viktas inbördes vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga. Kriterieviktningen får anges som intervall med en lämplig största tillåtna spridning.

Om det enligt den upphandlande myndigheten eller enheten inte är möjligt att ange viktningen av de olika kriterierna, ska dessa anges i fallande prioriteringsordning.

Viktningen av kriterierna eller kriteriernas prioriteringsordning ska anges i

1. annonsen om upphandlingen,
2. förfrågningsunderlaget,
3. en inbjudan att lämna anbud eller att delta i förhandlingar,
4. det beskrivande dokumentet, eller
5. de kompletterande handlingarna.

Paragrafen genomför artikel 34.5 e och 47.2 i direktivet samt motsvarar i stort sett 12 kap. 2 § LOU och LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 8.12.

*Tredje stycket 3* saknar motsvarighet i direktivet och i det klassiska direktivet. Däremot finns en sådan bestämmelse i försörjningsdirektivet och togs därför med även i LOU, se prop. 2006/07:128 del 1 s. 406. För att i så stor utsträckning som möjligt få en överensstämmelse med LOU och LUF är bestämmelsen med även här. *Tredje stycket 4* är en följd av att förfarandet konkurrenspräglad dialog införs och återfinns även i 12 kap. 2 § LOU. I förhållande till LOU och LUF är *tredje stycket 5* ny.

### **Onormalt låga anbud**

**3 §** En upphandlande myndighet eller enhet får förkasta ett anbud om den finner att priset är onormalt lågt. Anbudet får dock förkastas först sedan myndigheten eller enheten skriftligen begärt en förklaring till det låga anbudet och inte fått ett tillfredsställande svar.

En begäran om förklaring kan gälla

1. om anbudsgivaren kan utnyttja särskilt kostnadseffektiva metoder att fullgöra kontraktet,
2. om anbudsgivaren kan utnyttja tekniska lösningar eller ovanligt gynnsamma förhållanden för att fullgöra kontraktet,
3. egenarten hos de varor, tjänster eller byggtreprenader som föreslås av anbudsgivaren,
4. om anbudsgivaren iakttar de bestämmelser om arbetarskydd och arbetsförhållanden som gäller på den ort där kontraktet ska fullgöras, och
5. om anbudsgivaren fått möjlighet att erhålla statligt stöd.

Den upphandlande myndigheten eller enheten ska ge anbudsgivaren tillfälle att yttra sig över myndighetens eller enhetens skäl för att förkasta anbudet med beaktande av de lämnade förklaringarna.

Paragrafen genomför artikel 49.1 och 49.2 i direktivet och motsvarar 12 kap. 3 § LOU och LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 8.12.

Bestämmelserna kommenteras utförligt i prop. 2006/07:128 del 1 s. 406–409.

**4 §** Om en upphandlande myndighet eller enhet finner att ett anbud är onormalt lågt på grund av att anbudsgivaren har fått statligt stöd, får myndigheten eller enheten begära en förklaring av anbudsgivaren. Kan anbudsgivaren inte efter en sådan begäran och inom en skälig tidsfrist som angetts av den upphandlande myndigheten eller enheten visa att det är fråga om ett med EUF-fördraget förenligt stöd, får anbudet förkastas.

En upphandlande myndighet eller enhet som förkastar ett anbud enligt första stycket ska underrätta Europeiska kommissionen om det.

Paragrafen genomför artikel 49.3 i direktivet och motsvarar 12 kap. 4 § LOU och LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 8.12.

Bestämmelserna kommenteras i prop. 2006/07:128 del1 s. 409 och 410.

## **14 kap. Underentreprenad**

### **Anbudsgivarens val av underleverantör**

#### *Huvudregel*

**1 §** Den utvalda anbudsgivaren ska ha möjlighet att välja sina underleverantörer för samtliga underleverantörskontrakt som inte omfattas av 3 eller 5 §.

Paragrafen genomför artikel 21.1 i direktivet. Förslaget behandlas i avsnitt 11.2.1.

Bestämmelsen anger att den vinnande leverantören som huvudregel har rätt att välja sina underleverantörer för samtliga underleverantörskontrakt. Bestämmelsen är rubricerad som huvudregel eftersom den gäller i den utsträckning den upphandlande myndighet eller enheten inte ställer krav på konkurrensutsättning av underleverantörer.

#### *Uppgifter om underentreprenad*

**2 §** Den upphandlande myndigheten eller enheten får begära att anbudsgivaren i sitt anbud ska ange hur stor del av kontraktet som kan komma att läggas ut på underentreprenad, förslag på underleverantör och föremålet för underleverantörskontraktet.

Den upphandlande myndigheten eller enheten får begära att anbudsgivaren ska ange alla ändringar som uppstår på underleverantörsnivå under genomförandet av kontraktet.

Paragrafen genomför artikel 21.2 i direktivet. Förslaget behandlas i avsnitt 11.2.2.

Paragrafens *första stycke*, som i stort överensstämmer med 6 kap. 11 § LOU och 6 kap. 12 § LUF, anger att den upphandlande myndigheten eller enheten har rätt att begära in uppgifter av anbudsgivarna om hur stor del av kontraktet som de avser att lägga ut på tredje man, vilka underleverantörer de avser att anlita och vilka delar av kontraktet som underentreprenaderna avser.

*Andra stycket* har ingen motsvarighet i LOU eller LUF. Bestämmelsen anger att den upphandlande myndigheten eller enheten har rätt att som ett särskilt villkor för fullgörande av kontraktet kräva in uppgifter om de ändringar som uppstår i underleverantörsledet under genomförandet av kontraktet.

### **Den upphandlande myndighetens eller enhetens krav på underentreprenad**

#### *Förutsättningar*

**3 §** Den upphandlande myndigheten eller enheten får begära att den utvalda anbudsgivaren lägger ut en del av kontraktet på underentreprenad.

Den upphandlande myndigheten eller enheten ska vid en begäran enligt första stycket ange den procentuella andel som måste läggas ut på underentreprenad i form av intervallvärden med en minimiandel och en maximandel, med möjlighet för anbudsgivaren att öka denna andel. Maximiandelen får dock inte överstiga 30 procent av kontraktets värde.

Den upphandlande myndigheten eller enheten ska vid en sådan begäran som avses i första stycket kräva att anbudsgivarna i sina anbud anger vilken eller vilka delar av anbudet de avser att lägga ut på underentreprenad.

Paragrafen genomför artikel 21.4 första, tredje och fjärde stycket i direktivet. Förslaget behandlas i avsnitt 11.3.1.

Paragrafens *första stycke* anger att den upphandlande myndigheten eller enheten har rätt att kräva av den utvalda anbudsgivaren att han ska lägga ut en del av kontraktet på underentreprenad.

*I andra stycket* anges en begränsning för denna rätt. Den upphandlande myndigheten eller enheten har inte rätt att kräva att en större andel av kontraktet ska läggas ut än 30 procent av det totala kontraktets värde. Den upphandlande myndighet eller enhet som utnyttjar möjligheten i första stycket ska i annonsen om upphandling ange den andel som ska läggas ut. Det ska anges i form av ett intervall med en minimiandel och en maximandel, med ett tak om 30 procent. Anbudsgivaren ska dock ha rätt att föreslå en högre andel än den som krävs av den upphandlande myndigheten eller enheten.

*Av tredje stycket* framgår att, om den upphandlande myndigheten eller enheten utnyttjar möjligheten att kräva att viss andel av kontraktet ska läggas ut på underentreprenad, så ska den kräva att anbudsgivaren preciserar i sitt anbud vilken del eller vilka delar denne avser att lägga ut på tredje man. Detta är således obligatoriskt för det fall möjligheten i första och andra stycket utnyttjas.

**4 §** Den upphandlande myndigheten eller enheten får begära att anbudsgivarna ska ange vilken eller vilka delar av anbudet som de avser att lägga ut på underentreprenad utöver den minimiandel som måste läggas ut enligt 3 § och att ange vilka underleverantörer de avser att anlita.

Paragrafen genomför artikel 21.4 femte stycket i direktivet. Förslaget behandlas i avsnitt 11.3.3.

Paragrafen anger att den upphandlande myndigheten eller enheten får begära att anbudsgivarna ska ange vilken eller vilka delar av anbudet som de avser att lägga ut på underentreprenad utöver den minimiandel som måste läggas ut enligt 3 § och att ange vilka underleverantörer de avser att anlita. Till skillnad från vad som anges i 3 § är det inte obligatoriskt för den upphandlande myndigheten eller enheten att infordra uppgift om vilka underleverantörer som kommer att utnyttjas för av anbudsgivaren, utan förevarande bestämmelse ger den upphandlande myndigheten eller enheten rätt att kräva in uppgiften.

#### *Villkor om tilldelning av underentreprenad*

**5 §** Den upphandlande myndigheten eller enheten får kräva att den utvalda anbudsgivaren, om denne inte är en upphandlande myndighet eller enhet, ska tillämpa 9–11 §§ för samtliga eller vissa underleverantörskontrakt. Den

upphandlande myndigheten eller enheten ska i kontraktet med anbudsgivaren uppställa villkor om att anbudsgivaren, vid tilldelning av ett underleverantörskontrakt till tredje man, ska tillämpa 9–11 §§.

Ställer den upphandlande myndigheten eller enheten krav på underentreprenad enligt 3 §, ska den kräva att den utvalda anbudsgivaren för dessa underleverantörskontrakt ska tillämpa 9–11 §§ enligt första stycket.

Paragrafen genomför artiklarna 21.3, 21.4 sjätte stycket och 50.1 i direktivet. Förslaget behandlas i avsnitt 11.3.4.

I paragrafen anges ramarna för den upphandlande myndighetens eller enhetens rätt att kräva av den utvalda anbudsgivaren att de grundläggande principerna, annonsering och utvärdering av anbud beträffande underleverantörskontrakt som denne avser att tilldela. Den upphandlande myndigheten eller enheten kan enligt *första stycket* kräva att vissa eller samtliga underleverantörskontrakt ska konkurrensutsättas med tillämpning av bestämmelserna i 9–11 §§. Den vinnande leverantören ska i kontraktet med den upphandlande myndigheten eller enheten förpliktas att ställa upp villkor som binder anbudsgivaren att tillämpa bestämmelserna i 9–11 §§ vid tilldelningen av underleverantörskontrakt. Tilldelningen av kontrakten ska då ske med beaktande av principerna om öppenhet, likabehandling och icke-diskriminering. Vidare har den upphandlande myndigheten eller enheten rätt att kräva av den vinnande anbudsgivaren att han ska tillämpa bestämmelser om annonsering av de underleverantörskontrakt som uppgår till eller överstiger tröskelvärdet samt rätt att föreskriva att urvalet av underleverantörer ska göras med hjälp av kriterier som den upphandlande myndigheten eller enheten bestämmer.

Enligt paragrafens *andra stycke* ska den upphandlande myndigheten eller enheten, i de fall den enligt 3 § krävt konkurrensutsättning av en del av kontraktet, säkerställa genom villkor i kontraktet med den vinnande anbudsgivaren, om denne inte är en upphandlande myndighet eller enhet, att underleverantörskontrakt ska tilldelas med tillämpning av bestämmelserna i 9–11 §§. Sådana villkor är således obligatoriska i de fall som omfattas av paragrafens andra stycke.

Understiger underleverantörskontraktets värde tröskelvärdet måste inte reglerna om annonsering tillämpas. Dock gäller enligt artikel 52.7 i direktivet i dessa fall att anbudsgivarna ska tillämpa EUF-fördragets principer gällande öppenhet och konkurrens. Den bestämmelsen har inte bedömts kräva någon särskild införlivning eftersom den täcks av 9 § om de allmänna principerna.

#### *Företag som går samman och anknutna företag*

**6 §** Vid tillämpningen av 5 § ska, om flera företag går samman för att erhålla ett kontrakt, inte något av dem anses som tredje man. Detsamma gäller ett anknutet företag.

Anbudsgivarens anbud ska innehålla en uttömmande förteckning över företag som avses i första stycket. Förteckningen ska uppdateras när ändringar inträffar i förhållandena mellan företagen.

Paragrafen genomför artikel 50.2 i direktivet och motsvarar i huvudsak 13 kap. 6 § LOU avseende byggkoncessioner. Förslaget behandlas i avsnitt 11.3.5.

Paragrafen anger i *första stycket* att om flera företag går samman och ansöker om att delta i en upphandling eller lämnar anbud gemensamt så ska inte något av de deltagande företagen anses som tredje man. Att ett sådan företag kontraheras för en underentreprenad befriar således inte från krav om konkurrensutsättning från den upphandlande myndigheten eller enheten. Detsamma gäller anknutna företag. En definition av anknutna företag finns i 2 kap. 2 §.

Av *andra stycket* framgår att anbudsgivaren i sitt anbud ska tillhandahålla en uttömmande förteckning över sådana företag som avses i första stycket och att förteckningen ska uppdateras när ändringar sker i listan.

#### *Avvisning av underleverantör*

**7 §** En upphandlande myndighet eller enhet får avvisa en underleverantör som anbudsgivaren valt i samband med tilldelningsförfarandet för huvudkontraktet eller som den utvalda anbudsgivaren valt ut under genomförandet av kontraktet. Ett sådant avvisande får endast grunda sig på de kriterier som tillämpats vid urvalet av anbudsgivare för huvudkontraktet.

Den upphandlande myndigheten eller enheten ska lämna en skriftlig motivering till anbudsgivaren eller den utvalda anbudsgivaren om skälen för avvisningen.

Paragrafen genomför artikel 21.5 i direktivet. Förslaget behandlas i avsnitt 11.3.6.

Paragrafen anger i *första stycket* de grunder på vilka den upphandlande myndigheten eller enheten får avvisa en av anbudsgivaren utvald underleverantör. Det kan gälla underleverantörer som valts ut av anbudsgivaren i dennes anbud eller som anvisats på uppmaning av den upphandlande myndigheten eller enheten. Det kan också gälla underleverantörer som den vinnande anbudsgivaren anlitat i ett senare skede för kontraktets fullgörande. Avvisningen ska grunda sig på sådana kriterier som den upphandlande myndigheten eller enheten använt vid upphandlingen av huvudkontraktet, dvs. som gällt för den vinnande leverantören.

Av *andra stycket* framgår att den upphandlande myndigheten eller enheten ska ge en skriftlig motivering till avvisningsbeslutet. Motiveringen ska tillställas de anbudsgivare vilkas underentreprenörer avvisats eller den vinnande anbudsgivaren om en dess underentreprenör anlitats med stöd av ett särskilt kontraktsvillkor.

#### *Innehåll i annonsen*

**8 §** De krav som avses i 2–5 och 7 §§ ska anges i annonsen om upphandling.

Paragrafen genomför artikel 21.6 i direktivet. Förslaget behandlas i avsnitt 11.3.7.

Paragrafen anger vilka krav gällande underentreprenad som ska anges i annonsen om upphandling av den upphandlande myndigheten eller enheten. Kraven ska således anges redan i annonsen, inte enbart i förfrågningsunderlaget.

### **Skyldigheter för anbudsgivare som inte är upphandlande myndighet eller enhet**

#### *Allmänna principer*

**9 §** Den utvalda anbudsgivaren ska behandla underleverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt agera på ett öppet sätt.

Paragrafen genomför artikel 51 och 52.7 i direktivet. Förslaget behandlas i avsnitt 11.4.2.

Bestämmelsen gäller endast sådana anbudsgivare som inte är upphandlande myndighet eller enhet. För anbudsgivare som är upphandlande myndighet eller enhet gäller bestämmelsen om de allmänna principerna i 1 kap. 10 §.

Paragrafen anger att den utvalda anbudsgivaren ska tillämpa principerna om öppenhet, likabehandling och icke-diskriminering gentemot sina underleverantörer i de fall den upphandlande myndigheten eller enheten har ställt krav på underentreprenad enligt 3 eller 5 §. Bestämmelsen gäller oavsett om underentreprenadskontraktet uppgår till tröskelvärdet eller inte.

#### *Annonsering av underentreprenadkontrakt*

**10 §** När en utvald anbudsgivare, som inte är en upphandlande myndighet eller enhet, avser att tilldela en tredje man ett underleverantörskontrakt som har ett värde som inte beräknas understiga tillämpligt tröskelvärde i 3 kap. 1 § första stycket ska anbudsgivaren annonsera om det.

Värdet av underentreprenadskontraktet ska beräknas enligt 3 kap.

Annonseringen ska ske enligt 8 kap. 1 §. Vid behov ska annonsen även innehålla den upphandlande myndighetens eller enhetens godkännande. Annonsering krävs dock inte om underleverantörskontraktet uppfyller de villkor som anges i 4 kap. 4–8 §§.

Den utvalda anbudsgivaren får annonsera om underleverantörer enligt 8 kap. 1 § även om någon sådan skyldighet inte föreligger.

Paragrafen genomför artikel 52.1–52.5 och 52.8 i direktivet. Förslaget behandlas i avsnitt 11.4.3.

Paragrafen behandlar den vinnande leverantörens skyldighet att annonsera sina underentreprenadskontrakt.

Av *första stycket*, som genomför artikel 52.1 i direktivet, framgår att den utvalda leverantören ska annonsera underentreprenader som överstiger tröskelvärdet i 3 kap. 1 §. Denna annonseringsskyldighet gäller sådana leverantörer som inte är upphandlande myndigheter eller enheter. För de leverantörer som är upphandlande myndigheter eller enheter ska annonsering ske på sedvanligt sätt för annonsering av upphandling.

Av *andra stycket*, som genomför artikel 52.8 i direktivet, framgår att beräkningsreglerna i 3 kap. gäller för bestämmelserna om beräkning av underentreprenadens värde. Värdet av underentreprenaden ska således enligt 3 kap. 2 § uppskattas till det totala belopp som ska betalas enligt kontraktet. Vid beräkningen ska options- och förlängningsklausuler beaktas som om de utnyttjats. Vidare ska eventuella premier och ersättningar som den vinnande leverantören planerar att betala till anbudsgivare räknas in i värdet.

Beräkningen av värdet av ett underentreprenadskontrakt ska enligt 3 kap. 3 § avse värdet vid den tidpunkt då en annons om entreprenaden skickas ut eller, om en sådan annons inte krävs, vid den tidpunkt då den vinnande leverantören bjuder in underleverantörer till anbudsgivning.

Enligt 3 kap. 4 § får en byggentreprenad eller en planerad anskaffning av en viss mängd varor eller tjänster inte delas upp i avsikt att kringgå bestämmelserna om annonsering i första stycket.

Värdet av ett kontrakt som avser både varor och tjänster ska enligt 3 kap. 5 § omfatta det totala värdet av kontraktet. I det totala värdet ska även värdet av monterings- och installationsarbeten räknas in.

Vissa undantag kan den vinnande leverantören göra med stöd av bestämmelserna om delkontrakt enligt 3 kap. 6 §. Beträffande underentreprenadskontrakt som är byggentreprenadskontrakt gäller vid beräkningen av värdet av kontraktet enligt 3 kap. 7 §, att kostnaden för underentreprenaden och värdet av varor och tjänster som den vinnande leverantören tillhandahåller underentreprenören för att underentreprenaden ska kunna fullgöras ska räknas in.

Enligt 3 kap. 8 § gäller att värdet av ett underentreprenadskontrakt som är avsett att gälla leasing, hyra eller hyrköp av varor och som löper på en bestämd tid om högst tolv månader ska beräknas till den totala kostnaden för kontraktet under löptiden. För varukontrakt som avser längre löptid ska värdet beräknas till den totala kostnaden inklusive varans uppskattade restvärde. För varukontrakt som löper på obestämd tid eller vilkas löptid inte kan bestämmas ska värdet beräknas till månadskostnaden multiplicerad med talet 48.

Värdet av ett varu- eller tjänstekontrakt som regelbundet återkommer eller som ska förnyas inom viss tid, ska beräknas enligt reglerna i 3 kap. 9 §.

Värdet av ett tjänstekontrakt ska enligt 3 kap. 10 § beräknas på särskilt sätt när det gäller försäkringstjänster och när det gäller kontrakt som avser projektering.

Om ett tjänstekontrakt tilldelas utan att något totalpris anges, ska värdet av kontraktet enligt 3 kap. 11 § vara det uppskattade totala värdet av tjänsterna under kontraktets löptid, om denna är högst 48 månader och av månadsvärdet multiplicerat med talet 48, om löptiden är längre eller om kontraktet löper på obestämd tid.

Av *tredje stycket*, som genomför artikel 52.2 och 52.4 i direktivet, framgår att annonsering av underentreprenaden ska ske enligt reglerna för annonsering av upphandling i 8 kap. 1 §. Den vinnande anbudsgivaren ska därvid använda en särskild annonseringsblankett som ska innehålla den information som anges i bilaga V i direktivet. Vid behov ska annonsen även innehålla den upphandlande myndighets eller enhetens godkännande. Vidare framgår av bestämmelsen att

annonsering inte krävs om förutsättningarna för förhandlat förfarande utan föregående annonsering är uppfyllda.

Av *fjärde stycket*, som genomför artikel 52.5 i direktivet framgår att anbudsgivaren har rätt att annonsera underentreprenaden enligt reglerna om annonsering även om det inte föreligger annonseringsskyldighet enligt första stycket.

#### *Kriterier för urval*

**11 §** I annonsen ska den utvalda anbudsgivaren ange kriterierna för det urval som föreskrivs av den upphandlande myndigheten eller enheten och andra kriterier som gäller för valet av underleverantör. Dessa kriterier ska vara förenliga med de kriterier som tillämpats av den upphandlande myndigheten eller enheten vid urvalet av anbudsgivare för huvudkontraktet.

De kvalifikationer som krävs måste ha ett direkt samband med föremålet för underleverantörskontraktet och den minimikapacitet som krävs måste överensstämma med föremålet.

Paragrafen genomför artikel 53 första stycket i direktivet. Förslaget behandlas i avsnitt 11.4.4.

*Första stycket* behandlar de kriterier som den utvalda anbudsgivaren ska använda sig vid urvalet av underleverantörer. Samtliga kriterier ska anges i annonsen, dels de kriterier som den föreskrivits av den upphandlande myndigheten eller enheten dels de kriterier som den utvalda leverantören själv ställer upp vid valet av underleverantör. Det är således inte förenligt med lagen att den vinnande leverantören anger något eller några kriterier först i förfrågningsunderlaget. Vidare ska kriterierna vara förenliga med kriterierna som den upphandlande myndigheten eller enheten använt sig av vid urvalet av anbudsgivare för huvudkontraktet.

I *andra stycket* anges att de kvalifikationer som den utvalda leverantören kräver vid konkurrensutsättningen av underleverantörskontrakten ska ha ett direkt samband med föremålet för underleverantörskontraktet. Kvalifikationskraven ska således vara relevanta och proportionerliga i förhållande till den vinnande leverantörens upphandling. Vidare framgår av bestämmelsen att om den utvalda leverantören ställer upp krav på en minimikapacitet för underleverantörskontraktet ska denna minimikapacitet överensstämma med föremålet för kontraktet.

#### *Ramavtal*

**12 §** Den utvalda anbudsgivaren kan uppfylla kraven i 3 eller 5 § genom att tilldela underleverantörskontrakt på grundval av ett ramavtal. Ramavtalet ska tilldelas med tillämpning av 9–11 §§.

Underleverantörskontrakt som grundar sig på ett ramavtal ska tilldelas inom ramen för de villkor som fastställts i det berörda ramavtalet. Övriga villkor i underleverantörskontraktet ska vara förenliga med ramavtalets villkor.

Underleverantörskontrakt som avses i första och andra stycket får endast slutas med leverantörer som är parter i ramavtalet.

Paragrafen genomför artikel 52.6 första och andra styckena i direktivet. Förslaget behandlas i avsnitt 11.4.5.

Av paragrafen *första stycke* framgår att den vinnande leverantören kan uppfylla den upphandlande myndighetens eller enhetens krav enligt 3 eller 5 § genom att sluta ramavtal med sina underentreprenörer. Eftersom det är fråga om ramavtal mellan leverantören och en eller flera underleverantörer är det inte här fråga om ramavtal enligt definitionen i 2 kap. 20 § första stycket som avser ramavtal mellan en upphandlande myndighet eller enhet och en eller flera leverantörer. Reglerna i 5 kap. är således inte tillämpliga på de ramavtal vilka nu är i fråga. Nu ifrågasatt ramavtal definieras i 1 kap. 20 § andra stycket.

Vidare framgår av första stycket att ramavtalet ska tilldelas enligt bestämmelserna i 9–11 §§. Den vinnande leverantören ska således beakta principerna om likabehandling, icke-diskriminering och öppenhet. Vidare ska leverantören annonsera ramavtalet om dess värde uppgår till tröskelvärdet i 3 kap. 1 § och därvid ange de kriterier som ska tillämpas vid urvalet av underleverantörer.

Av *andra stycket* framgår att underleverantörskontrakten som grundar sig på ett ramavtal ska tilldelas inom ramen för de villkor som fastställts i det berörda ramavtalet. Villkoren i övrigt i underleverantörskontraktet ska vara förenliga med ramavtalets villkor.

Av *tredje stycket* framgår att om den vinnande leverantören använt sig av möjligheten att sluta ramavtal med underleverantörer får underleverantörskontrakt inte tilldelas någon annan underleverantör än dem som är parter i ramavtalet.

**13 §** Ett ramavtal som avses i 12 § får löpa under längre tid än sju år endast om det är motiverat av den levererade varans, anläggningens eller konstruktionens förväntade livslängd och de tekniska svårigheter som ett byte av leverantör kan orsaka.

Paragrafen genomför artikel 52.6 tredje stycket i direktivet. Förslaget behandlas i avsnitt 11.4.5.

Paragrafen reglerar längden på ramavtal. Som huvudregel får ett sådant ramavtal som avses i 12 § får löpa under högst sju år. Det får löpa under längre tid endast om det är motiverat av den levererade varans, anläggningens eller konstruktionens förväntade livslängd och de tekniska svårigheter som ett byte av leverantör kan orsaka.

### **Undantag från kravet att anlita underleverantör**

**14 §** Den utvalda anbudsgivaren är inte skyldig att anlita underleverantörer om anbudsgivaren kan visa att ingen av de underleverantörer som deltog i konkurrensutsättningen eller deras anbud uppfyller de kriterier som anges i annonsen om underentreprenad och det innebär att den utvalda anbudsgivaren därför inte kan uppfylla de krav som anges i huvudkontraktet.

Paragrafen genomför artikel 53 andra stycket i direktivet. Förslaget behandlas i avsnitt 11.5.

Paragrafen reglerar under vilka förutsättningar den utvalda anbudsgivaren kan medges undantag från kravet på att använda under-

leverantörer. Han måste då visa, på ett sätt som är tillfredsställande för den upphandlande myndigheten eller enheten, att ingen av de underleverantörer som deltog i konkurrensutsättningen uppfyller de urvalskriterier, kvalifikationskrav eller minimikapacitet som den utvalda anbudsgivaren ställt upp avseende underleverantörerna eller att deras anbud inte uppfyller ställda krav. Kan den utvalda leverantören till följd av bristerna i underleverantörernas anbud inte uppfylla kraven gentemot den upphandlande myndigheten eller enheten i huvudkontraktet ska han vara befriad från kravet på att använda underleverantörer.

## 15 kap. Upphandling som inte omfattas av direktivet

### Tillämpningsområdet

1 § Detta kapitel gäller för sådan upphandling som avses i 1 kap. 2 § andra stycket.

Paragrafen motsvarar 15 kap. 1 § i LOU och LUF. Den reglerar kapitlets tillämpningsområde genom att hänvisa till 1 kap. 2 § tredje stycket som anger att kapitlet ska tillämpas på tjänster enligt bilaga 2 (B-tjänster), andra kontrakt, vilkas värde understiger de tröskelvärden som anges i lagen. Förslaget behandlas i avsnitt 5.1 och 6.6.

### Tillämpliga bestämmelser

2 § Vid upphandling enligt detta kapitel tillämpas även

- 1 kap. (lagens innehåll och tillämpningsområde samt allmänna bestämmelser),
- 2 kap. (definitioner),
- 4 kap. 21 § (inköpscentraler),
- 5 kap. (ramavtal), utom såvitt avser 5 kap. 5 § beträffande kravet på minst tre leverantörer för sådana ramavtal som omfattas av 5 kap. 6 §,
- 7 kap. 4 § (uppgifter om ursprung, tillverkning m.m.),
- 7 kap. 7 § (miljömärken),
- 7 kap. 12 § (särskilda villkor för fullgörande av kontrakt),
- 7 kap. 13–15 §§ (informationssäkerhet),
- 7 kap. 16–18 §§ (försörjningstrygghet),
- 9 kap. 9 § (om någon annan än den upphandlande myndigheten eller enheten ska lämna ut förfrågningsunderlaget eller det beskrivande dokumentet),
- 12 kap. 7 § (krav på registrering),
- 14 kap. (underentreprenad),
- 16 kap. (avtalsspärr, överprövning och skadestånd),
- 17 kap. (upphandlingsskadeavgift), och
- 18 kap. (tillsyn).

Vidare tillämpas bestämmelserna om konkurrenspräglad dialog i 4 kap. 1 § tredje stycket och 9–20 §§, 9 kap. 2 § första stycket, 4, 8 och 10 §§ samt 12 kap. 3 och 4 §§.

Vid upphandling som avser tjänster som anges i bilaga 3 (B-tjänster) tillämpas även 7 kap. 1–3, 5, 6 och 8 §§, när värdet av kontraktet uppgår till minst tillämpligt tröskelvärde i 3 kap.

En upphandlande myndighet får publicera annonser om upphandlingar på det sätt som gäller för upphandlingar enligt 8 kap.

Paragrafen motsvarar 15 kap. 2 § LOU och LUF och preciserar vilka bestämmelser som gäller för upphandlingar i 15 kap. Förslaget behandlas i avsnitt 13.1.2.

Av paragrafens *tredje stycke* framgår vilka bestämmelser som gäller för upphandling av B-tjänster när kontraktet uppgår till tröskelvärdet i 3 kap.

I tredje stycket i motsvarande paragraf i LUF anges att ett särskilt kvalificeringssystem enligt 11 kap. 2 § LUF får användas vid användning av urvalsförfarande för tilldelning av kontrakt eller ramavtal enligt 15 kap. LUF. Lagen om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet innehåller inga regler om särskilt kvalificeringssystem för upphandlande enheter, varför förevarande bestämmelse inte innehåller någon bestämmelse som motsvarar 15 kap. 2 § tredje stycket LUF.

Av *fjärde stycket* framgår att upphandlande myndigheter och enheter får använda sig av reglerna om annonsering i 8 kap. även om sådan annonseringsskyldighet inte föreligger.

### **Upphandlingsförfaranden**

**3 §** En upphandling enligt detta kapitel ska göras genom förenklat förfarande eller urvalsförfarande.

Direktupphandling får dock användas om kontraktets värde uppgår till högst 15 procent av det tröskelvärdet som avses i 3 kap. 1 § första stycket 1. Vidare får direktupphandling användas i tillämplig omfattning i de fall förutsättningarna för förhandlat förfarande utan föregående annonsering som avses i 4 kap. 4–8 §§ är uppfyllda eller om det finns synnerliga skäl.

Konkurrenspräglad dialog får, i enlighet med 2 §, användas om inte förenklat förfarande eller urvalsförfarande medger tilldelning av kontrakt.

Paragrafen motsvarar 15 kap. 3 § LOU och LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 7.2.

I *första stycket* anges att förenklat förfarande eller urvalsförfarande ska användas som huvudregel. Förfarandena definieras i 2 kap. 32 och 33 §§.

I *andra stycket* anges förutsättningarna för att få använda direktupphandling. Direktupphandling definieras i 2 kap. 31 §.

### **Beräkning av värdet av ett kontrakt**

**4 §** Värdet av ett kontrakt ska uppskattas till det totala belopp som ska betalas enligt kontraktet. En upphandling får inte delas upp i avsikt att kringgå bestämmelserna i denna lag.

Vid beräkningen ska options- och förlängningsklausuler beaktas som om de utnyttjats.

Vid beräkningen ska den upphandlande myndigheten eller enheten beakta direktupphandlingar av samma slag gjorda av myndigheten eller enheten under räkenskapsåret.

Paragrafen motsvarar 15 kap. 3 a § LOU och LUF.

Enligt *första stycket* ska uppskattningen av kontraktets värde omfatta det totala beloppet som ska betalas. Vidare får en upphandling inte delas upp i syfte att kringgå bestämmelserna i lagen.

Enligt *andra stycket* ska options- och förlängningsklausuler beaktas som om de utnyttjas.

Av *tredje stycket* framgår att den upphandlande myndigheten eller enheten ska inkludera samtliga direktupphandlingar av samma slag som genomförts under räkenskapsåret.

### **Annonsering**

**5 §** Vid förenklat förfarande ska den upphandlande myndigheten eller enheten begära anbud genom annons i en elektronisk databas som är allmänt tillgänglig, eller genom annons i annan form som möjliggör effektiv konkurrens.

Vid urvalsförfarande ska den upphandlande myndigheten eller enheten publicera en ansökningsinbjudan genom en annons i en elektronisk databas som är allmänt tillgänglig. Myndigheten eller enheten får i sin inbjudan ange det antal leverantörer som den avser att bjuda in. Antalet ska bestämmas med hänsyn till arten av det som ska upphandlas och vara tillräckligt stort för att effektiv konkurrens ska uppnås.

Paragrafen motsvarar 15 kap. 4 § LOU och LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 8.5.

*Första stycket* behandlar annonsering vid förenklat förfarande.

*Andra stycket* behandlar annonsering vid urvalsförfarande. I båda fallen ska annonsering göras med hjälp av en annons i en elektronisk databas, som är allmänt tillgänglig.

### **Innehåll i annons**

**6 §** En annons om upphandling enligt 5 § ska innehålla uppgift om föremålet för upphandlingen och kontaktuppgifter till den upphandlande myndigheten eller enheten.

Vid förenklat förfarande ska det dessutom framgå

1. hur anbud får lämnas,
2. den dag då anbud senast ska ha kommit in, och
3. den dag till och med vilken anbudet ska vara bindande.

Vid urvalsförfarande ska annonsen med ansökningsinbjudan innehålla uppgift om

1. hur en anbudsansökan får lämnas, och
2. den dag ansökan senast ska ha kommit in.

Paragrafen motsvarar 15 kap. 5 § LOU och LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 8.5.

Paragrafen anger vad en annons minst ska innehålla. Annonsen ska enligt *första stycket* alltid innehålla uppgift om föremålet för upphandlingen, dvs. vad som ska upphandlas och kontaktuppgifter för den upphandlande myndigheten eller enheten.

I *andra stycket* anges de ytterligare uppgifter om anbudet som alltid måste finnas med i annons vid förenklat förfarande.

I *tredje stycket* anges de ytterligare uppgifter om ansökningar vid urvalsförfarande som alltid måste finnas med i annonsen.

### **Annonsering vid förhandsinsyn**

7 § En upphandlande myndighet eller enhet som avser att tilldela ett kontrakt genom direktupphandling enligt 3 § andra stycket får annonsera sin avsikt i en elektronisk databas som är allmänt tillgänglig (förhandsinsyn).

Regeringen meddelar föreskrifter om innehållet i en annons om förhandsinsyn.

Paragrafen motsvarar 15 kap. 5 a § LOU och LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 8.5.

I *första stycket* regleras möjligheten att vid direktupphandling annonsera sin avsikt att tilldela ett kontrakt genom direktupphandling i syfte att säkerställa att avtalet inte kommer att ogiltigförklaras. Till skillnad från vad som gäller vid annonsering vid förhandsinsyn inom det direktivstyrda området enligt 8 kap. 4 § ska annonseringen enligt förevarande bestämmelse göras i en elektronisk databas som är allmänt tillgänglig.

Av *andra stycket* framgår att regeringen meddelar närmare föreskrifter om innehållet i en annons om förhandsinsyn.

### **Kommunikationsmedel vid upphandling**

8 § Bestämmelserna i 10 kap. 1–6 §§ och 7 § första stycket gäller för anbudsansökningar och anbud vid upphandling som avses i detta kapitel.

Paragrafen motsvarar 15 kap. 8 § LOU och LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 8.8.1. Enligt paragrafen gäller reglerna i 10 kap. 1–6 §§ och 7 § första stycket vid upphandlingar enligt 15 kap, dvs. regler om kommunikation, bekräftelse om att få lämna anbud, om förvaring av anbud och andra handlingar som tillhör en upphandling samt rätten för den upphandlande myndigheten eller enheten att ta del av anbudsansökningar och anbud först efter respektive tidsfrist löpt ut.

### **Tidsfrister för att lämna anbudsansökningar och anbud**

9 § Anbudssökande och anbudsgivare ska ges skälig tid att komma in med ansökningar respektive anbud. Tiden för att komma in med anbudsansökningar får dock aldrig vara kortare än tio dagar från den dag då ansökningsinbjudan blev publicerad enligt 5 § andra stycket.

Paragrafen motsvarar 15 kap. 9 § LOU och LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 8.6. Paragrafen reglerar tidsfrister för anbudsansökningar och anbud. Som huvudregel gäller att anbudssökande och anbudsgivare ska ges skälig tid att komma in med ansökningar och anbud. Tiden får dock aldrig vara kortare än tio dagar för en ansökan räknat från det att ansökningsinbjudan publicerades.

### **Tillhandahållande av kompletterande upplysningar**

10 § Den upphandlande myndigheten eller enheten ska vid förenklat förfarande och urvalsförfarande lämna ut kompletterande upplysningar om förfrågnings-

underlaget senast sex dagar före angiven sista dag för att komma in med anbud, förutsatt att sådana upplysningar begärts i god tid.

Paragrafen motsvarar förslaget till 15 kap. 10 § LOU och LUF, se kommentaren till den paragrafen. Förslaget behandlas i avsnitt 13.1.4.

Paragrafen anger att den upphandlande myndigheten eller enheten i förenklat förfarande och urvalsförfarande ska skicka ut upplysningar om förfrågningsunderlag senast sex dagar innan anbudstiden går ut. Kravet gäller under förutsättning att begäran om utlämnande har framställts i tid.

### **Öppnande av anbud**

**11 §** Försändelser med anbud ska, så snart som möjligt efter anbudstidens utgång, öppnas vid en förrättning där minst två personer som utsetts av den upphandlande myndigheten eller enheten ska delta. Anbudena ska föras upp i en förteckning, som ska bestyrkas av dem som deltar i förrättningen. På begäran av en anbudsgivare ska dessutom en person som utsetts av en handelskammare närvara. Kostnaderna för detta ska betalas av den som framställt begäran.

Anbudena ska öppnas samtidigt.

Paragrafen motsvarar 15 kap. 11 § LOU och LUF. Den motsvarar också bestämmelsen i 10 kap. 7 § som gäller upphandling inom det direktivstyrda området. Förslaget behandlas i avsnitt 8.8.1.

Paragrafen reglerar hur förrättningen vid anbudsöppningen ska gå till. Vidare framgår att en anbudsgivare har rätt att kräva att en person utsedd av en handelskammare har rätt att närvara vid anbudsöppningen.

### **Rättelse av fel, förtydligande och komplettering**

**12 §** En upphandlande myndighet eller enhet får tillåta att en anbudssökande eller anbudsgivare rättar en uppenbar felskrivning eller felräkning eller något annat uppenbart fel i anbudsansökan eller anbudet.

Myndigheten eller enheten får begära att en ansökan eller ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning.

Paragrafen motsvarar 15 kap. 12 § LOU och LUF. Den motsvarar också 10 kap. 8 § som gäller upphandling inom det direktivstyrda området. Förslaget behandlas i avsnitt 8.8.1

Av *första stycket* framgår att den upphandlande myndigheten eller enheten får tillåta sökanden eller anbudsgivaren att rätta uppenbara fel i ansökan eller anbudet.

Av *andra stycket* framgår att den upphandlande myndigheten eller enheten får begära in förtydliganden eller kompletteringar om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning.

### **Kontroll och uteslutning av leverantörer**

**13 §** En anbudssökande eller anbudsgivare ska uteslutas från deltagande i en upphandling i enlighet med det som föreskrivs i 11 kap. 1 §.

En anbudssökande eller anbudsgivare får uteslutas från deltagande i en upphandling enligt 11 kap. 2 och 3 §§.

En upphandlande myndighet eller enhet som av leverantören begär upplysningar om förhållanden som avses i första och andra styckena ska i förfrågningsunderlaget, annonsen eller skrivelsen ange på vilket sätt leverantören kan lämna upplysningarna.

Paragrafen motsvarar 15 kap. 13 § i LOU och LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 8.9.

Av *första stycket* framgår att reglerna om obligatorisk uteslutning i 11 kap. 1 § är tillämpliga även vid upphandlingar enligt 15 kap.

Av *andra stycket* framgår att reglerna om fakultativ uteslutning gäller även vid upphandlingar enligt 15 kap.

I *tredje stycket* anges att de uppgifter som krävs in av den upphandlande myndigheten eller enheten beträffande prövningen av uteslutningsgrunderna ska anges i annons eller förfrågningsunderlag eller i skrivelsen.

**14 §** Vid kontroll av om en leverantör har fullgjort sina åligganden avseende socialförsäkringsavgifter eller skatt i Sverige enligt 11 kap. 2 § första stycket 6 ska den upphandlande myndigheten eller enheten inhämta uppgifter som styrker detta från behörig myndighet.

Paragrafen motsvarar 15 kap. 13 a § LOU och LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 8.9.

Paragrafen anger att uppgifter huruvida leverantören fullgjort sina åligganden avseende socialförsäkringsavgifter eller skatt i Sverige ska av den upphandlande myndigheten eller enheten begäras in från behörig myndighet.

## **Begränsad kontroll**

**15 §** En upphandlande myndighet eller enhet får begränsa kontrollen av sådana handlingar som rör leverantörens lämplighet till de anbudssökande och anbudsgivare som anges i andra och tredje styckena. Leverantören ska ges 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 eller enheten avser att bjuda in till förhandling, eller om ingen förhandling sker, den anbudsgivare som myndigheten eller enheten avser att tilldela kontraktet eller ramavtalet. Kontrollen ska göras innan anbudsgivarna bjuds in till förhandling respektive underrättas om tilldelningsbeslutet enligt 21 §.

I ett urvalsförfarande eller vid en konkurrenspräglad dialog ska uppgifterna enligt första stycket begäras in och kontrolleras när det gäller de anbudssökande som myndigheten eller enheten avser att bjuda in att lämna anbud respektive att förhandla.

Paragrafen motsvarar 15 kap. 13 b § i LOU och LUF. Den motsvaras också av 12 kap. 20 §, som gäller upphandling inom det direktivstyrda området. Förslaget behandlas i avsnitt 8.11.

Paragrafens *första stycke* behandlar den upphandlande myndighetens eller enhetens rätt att begränsa kontrollen av de handlingar som rör leverantörens lämplighet till de anbudssökande och anbudsgivare som är

mest relevanta i upphandlingen. Vidare anges att leverantören ska ha skälig tid att komma in med de begärda handlingarna.

I *andra stycket* preciseras vilka anbudsgivare som begränsningen gäller i förenklat förfarande.

I *tredje stycket* anges motsvarande precisering i urvalsförfarande och konkurrenspräglad dialog.

### **Prövning av anbudsansökningar och anbud**

**16 §** En upphandlande myndighet eller enhet ska pröva alla de anbudsansökningar och anbud som har kommit in i rätt tid, om inte något annat följer av 13 §.

Paragrafen motsvarar 15 kap. 15 § LOU och LUF.

Paragrafen anger att den upphandlande myndigheten eller enheten ska pröva samtliga anbudsansökningar och anbud som kommit in i rätt tid under förutsättning att inte något eller några av dem ska uteslutas på grund av bestämmelserna i 13 §.

### **Tillgång till andra företags kapacitet**

**17 §** En leverantör får vid behov när det gäller ett visst kontrakt åberopa andra företags kapacitet. Leverantören ska genom att tillhandahålla ett åtagande från de andra företagen eller på annat sätt visa att leverantören kommer att förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet ska fullgöras.

Paragrafen motsvarar 15 kap. 15 a § LOU och LUF. Den motsvaras också av 12 kap. 15 §, som gäller upphandling inom det direktivstyrda området. Paragrafen anger att en leverantör har rätt att stödja sig på andra företags kapacitet i en upphandling. Leverantören måste dock visa att han förfogar över de resurser han stöder sin ansökan eller sitt anbud på.

### **Alternativa grunder för tilldelning av kontrakt**

**18 §** En upphandlande myndighet eller enhet ska anta antingen

1. det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för den upphandlande myndigheten eller enheten, eller

2. det anbud som har lägst pris.

Bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga ska göras enligt 13 kap. 1 § andra stycket.

Den upphandlande myndigheten eller enheten ska antingen ange hur de olika kriterierna som avses i 13 kap. 1 § andra stycket viktas vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga eller ange kriterierna i fallande prioritetsordning. Kriterieviktningen får anges som intervall med en lämplig största tillåtna spridning.

Kriterieviktningen eller prioritetsordningen ska anges i annonsen om upphandling, i ansökningsinbjudan eller i förfrågningsunderlaget.

Paragrafen motsvarar 15 kap. 16 § LOU och LUF. Den motsvaras också av 13 kap. 1 §, som gäller upphandling inom det direktivstyrda området. Förslaget behandlas i avsnitt 8.12.

Av *första stycket* framgår de två alternativa utvärderingsgrunderna. Den upphandlande myndigheten eller enheten ska anta antingen det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för den upphandlande myndigheten eller enheten eller det anbud som har lägst anbudspris.

I *andra stycket* hänvisas till motsvarande bestämmelse i 13 kap. 1 § andra stycket där de kriterier anges som kan läggas till grund för bedömningen av vilket anbud som är det mest fördelaktiga för den upphandlande myndigheten eller enheten. Uppräkningen i 13 kap. 1 § är, i likhet med motsvarande bestämmelse i 12 kap. 1 § LOU och LUF, enbart exemplifierande. Paragrafen innehåller några kriterier som inte förekommer i motsvarigheterna i LOU och LUF, nämligen ekonomisk livslängd, lönsamhet, försörjningstrygghet, samverkansförmåga och operativa egenskaper. Estetiska egenskaper som förekommer som kriterium i LOU och LUF förekommer inte i 13 kap. 1 § denna lag.

Av *tredje stycket* framgår att den upphandlande myndigheten eller enheten ska antingen vikta kriterierna vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga eller ange dem i fallande prioriteringsordning. Den upphandlande myndigheten eller enheten kan välja mellan de två metoderna. Väljs viktning som metod kan den anges som intervall med en lämplig största spridning.

Av *fjärde stycket* framgår att den upphandlande myndigheten eller enheten ska ange kriterieviktningen eller prioriteringsordningen i annonsen om upphandling, i ansökningsinbjudan eller i förfrågningsunderlaget.

### **Onormalt låga anbud**

**19 §** En upphandlande myndighet eller enhet får förkasta ett anbud om den finner att priset är onormalt lågt. Anbudet får dock förkastas först sedan myndigheten eller enheten skriftligen begärt en förklaring till det låga anbudet och inte fått tillfredsställande svar.

Paragrafen motsvarar 15 kap. 17 § LOU och LUF. Den motsvaras också delvis av 13 kap. 3 §, som gäller upphandling inom det direktivstyrda området. Förslaget behandlas i avsnitt 8.12.

Paragrafen anger att en upphandlande myndighet eller enhet har rätt att förkasta ett anbud om den finner att anbudspriset är onormalt lågt. Den måste vidare skriftligen begära en förklaring av anbudsgivaren om det låga priset. Får den upphandlande myndigheten eller enheten inte ett tillfredsställande svar kan anbudet förkastas.

### **Dokumentation, underrättelse och förvaring av handlingar m.m.**

**20 §** En upphandlande myndighet eller enhet ska anteckna skälen för sina beslut och annat av betydelse vid upphandlingen. Detta gäller dock inte vid tilldelning av kontrakt vilkas värde uppgår till högst det i 3 § andra stycket angivna värdet.

Paragrafen motsvarar 15 kap. 18 § LOU och LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 8.8.3. Paragrafen innebär att den upphandlande myndigheten eller enheten är skyldig att anteckna skälen för sina beslut och annat som har betydelse för upphandlingen. Kravet gäller dock inte upphandlingar som inte uppgår till direktupphandlingsbeloppet i 3 § andra stycket.

**21 §** Vid förenklat förfarande och urvalsförfarande ska den upphandlande myndigheten eller enheten snarast möjligt skriftligen underrätta anbudssökandena och anbudsgivarna om de beslut som avses i 10 kap. 9 § och lämna sådana upplysningar som avses i 10 kap. 10 §.

Vid direktupphandling ska den upphandlande myndigheten eller enheten, när beslut om leverantör och anbud fattats, underrätta anbudsgivarna om beslutet snarast möjligt.

En anbudsgivare är bunden av sitt anbud även om anbudsgivaren har fått sådan underrättelse eller sådana upplysningar som avses i första stycket.

Paragrafen motsvarar 15 kap. 19 § LOU och LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 8.8.2.

*Första stycket* hänvisar till motsvarande bestämmelser i 10 kap. 9 och 10 §§.

I *andra stycket* regleras underrättelseskyldigheten i fråga om direktupphandling. I dessa fall ska den upphandlande myndigheten eller enheten underrätta anbudsgivarna om beslut om leverantör och anbud snarast efter att beslut fattats.

Av *tredje stycket* framgår att anbudsgivaren är bunden av sitt anbud även om anbudsgivaren fått sådan underrättelse eller sådana upplysningar som avses i första stycket.

**22 §** När en upphandling har avslutats ska en upphandlande myndighet eller enhet som inte omfattas av arkivlagen (1990:782) på betryggande sätt förvara anbud och anbudsansökningar med tillhörande beskrivningar, modeller och ritningar samt anbudsförteckningar, sammanställningar, protokoll och liknande.

Handlingarna ska bevaras minst fyra år från den dag då kontraktet tilldelades.

Paragrafen motsvarar 15 kap. 20 § LOU och LUF. Paragrafen reglerar skyldigheten att förvara handlingarna i en upphandling efter att den avslutats. Förslaget behandlas i avsnitt 8.8.3.

Enligt *första stycket* gäller paragrafen sådana upphandlande myndigheter och enheter som inte omfattas av arkivlagen (1990:782). De ska på betryggande sätt förvara samtliga handlingar i en upphandling såsom anbud, anbudsansökningar, tillhörande beskrivningar, modeller, ritningar samt anbudsförteckningar, sammanställningar, protokoll och liknande handlingar.

I *andra stycket* anges att skyldigheten sträcker sig fyra år från det att kontraktet tilldelades.

### **Meddelande till kommissionen om resultatet av en upphandling av B-tjänster**

**23 §** Om ett kontrakt som avser tjänster enligt bilaga 3 (B-tjänster) uppgår till minst tillämpligt tröskelvärde i 3 kap., ska den upphandlande myndigheten eller enheten senast inom 48 dagar efter det att kontraktet tilldelats meddela detta till Europeiska kommissionen.

Paragrafen motsvarar 15 kap. 21 § LOU och LUF. Den reglerar efterannonsering av B-tjänster. Förslaget behandlas i avsnitt 8.5.

Den upphandlande myndigheten eller enheten ska underrätta Europeiska kommissionen om kontrakt som avser B-tjänster och som

uppgår till tröskelvärdet när dessa tilldelats. I likhet med vad som gäller enligt motsvarande bestämmelse i LOU ska en sådan underrättelse ske senast inom 48 dagar efter tilldelningen av kontraktet. I LUF är motsvarande frist 60 dagar.

## 16 kap. Avtalsspärr, överprövning och skadestånd

### Avtalsspärr

#### *Allmänna bestämmelser om avtalsspärr*

1 § Om en upphandlande myndighet eller enhet är skyldig att skicka en underrättelse om tilldelningsbeslut enligt 10 kap. 9 § första stycket eller 15 kap. 21 § och underrättelsen har skickats med ett elektroniskt medel, får den upphandlande myndigheten eller enheten inte ingå avtal (avtalsspärr) förrän tio dagar har gått från det att underrättelsen skickades.

Om underrättelsen har skickats på annat sätt än med ett elektroniskt medel till en eller flera anbudssökande eller anbudsgivare, får avtal inte ingås förrän 15 dagar har gått från utskickandet.

Om en upphandlande myndighet eller enhet i underrättelsen har angett en längre avtalsspärr än den föreskrivna minimifristen, får avtal inte ingås förrän efter utgången av den angivna perioden.

Paragrafen genomför artikel 57.2 första stycket i direktivet och motsvarar 16 kap. 1 § LOU och LUF (nuvarande 16 kap. 6 §). Förslaget behandlas i avsnitt 12.2.

Paragrafen anger när avtalsspärr gäller. Avtalsspärren innebär att den upphandlande myndigheten eller enheten inte får ingå avtal och ger därmed anbudssökande och anbudsgivare tid att ansöka om överprövning av upphandlingen innan avtal ingås. Avtalsspärren börjar löpa när en underrättelse om tilldelningsbeslutet enligt 10 kap. 9 § första stycket eller 15 kap. 22 § skickas till anbudssökandena och anbudsgivarna.

Av första och andra styckena framgår att avtalsspärren gäller i tio eller femton dagar beroende på med vilket sätt den upphandlande myndigheten eller enheten väljer att kommunicera tilldelningsbeslutet. Av 10 kap. 9 § första stycket och, genom en hänvisning, 15 kap. 21 §, framgår att avtalsspärrens längd ska anges i underrättelsen om tilldelningsbeslutet. Av 16 kap. 18 § följer att 2 § lagen (1930:173) om beräkning av lagstadgad tid ska tillämpas vid beräkningen av avtalsspärrens längd.

En upphandlande myndighet eller enhet kan ange en längre avtalsspärr än de i första och andra styckena föreskrivna minimifristerna. Av tredje stycket framgår att den upphandlande myndigheten eller enheten då är skyldig att iaktta en sådan längre avtalsspärr.

#### *Undantag från avtalsspärr*

### 2 § Avtalsspärr gäller inte

1. vid tilldelning av kontrakt för vilka undantag beslutats med stöd av 1 kap. 9 §,
2. vid tilldelning av kontrakt efter upphandling utan föregående annonsering med stöd av 4 kap. 4–8 §§,

3. vid tilldelning av kontrakt på grund av ramavtal enligt 5 kap. 7 §, eller
4. vid direktupphandling enligt 15 kap. 3 § andra stycket.

Paragrafen genomför artikel 58 i direktivet och motsvarar delvis 16 kap. 2 § LOU och LUF (nuvarande 16 kap. 7 §). Förslaget behandlas i avsnitt 12.2.

Av paragrafen framgår i vilka situationer någon avtalsspärr enligt 16 kap. 1 § inte gäller.

*Första punkten* innehåller undantag från avtalsspärr vid upphandling som rör väsentliga säkerhetsintressen när undantag har beslutats enligt 1 kap. 9 §

*Andra punkten* avser undantag från avtalsspärr vid upphandling som får ske genom förhandlat förfarande utan föregående annonsering.

Av *tredje punkten* framgår att avtalsspärr inte heller gäller vid förnyad konkurrensutställning inom ett ramavtal.

I *fjärde punkten* görs undantag från avtalsspärren vid direktupphandling.

Om den upphandlande myndigheten eller enheten har gjort en felaktig bedömning av förutsättningarna för att inte annonsera upphandlingen eller har begått ett fel vid den förnyade konkurrensutställningen finns en risk för att avtalet kan komma att förklaras ogiltigt. För att undvika denna risk kan den upphandlande myndigheten eller enheten följa de handlingsregler som finns i 16 kap. 15 § och därefter frivilligt iaktta en avtalsspärr.

#### *Avtalsspärr vid förhandsinsyn*

**3 §** Vid förhandsinsyn enligt 8 kap. 4 § eller 15 kap. 7 § får den upphandlande myndigheten eller enheten inte ingå avtal förrän tio dagar har gått från det att annonsen om förhandsinsyn publicerats.

Paragrafen genomför artikel 60.4 i direktivet och motsvarar 16 kap. 3 § LOU och LUF (nuvarande 16 kap. 8 §). Förslaget behandlas i avsnitt 12.4.

Paragrafen innehåller den avtalsspärr som ska iakttas vid förhandsinsyn. Möjligheten att publicera en annons om förhandsinsyn regleras i 8 kap. 4 § och 15 kap. 7 §. Om förfarandet iakttagits korrekt tillämpas inte bestämmelserna om överprövning av ett avtals giltighet, se 16 kap. 15 § 2.

## **Överprövning**

### *Allmänna bestämmelser om överprövning*

**4 §** Efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada får allmän förvaltningsdomstol överpröva

1. en upphandling, och
2. giltigheten av ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet eller enhet och en leverantör.

Paragrafen genomför artikel 55.4 och delvis artikel 56.2 i direktivet samt motsvarar 16 kap. 4 § LOU och LUF (delvis nuvarande 16 kap. 1 § LOU och LUF). Förslaget behandlas i avsnitt 12.3.

Paragrafen reglerar allmän förvaltningsdomstols möjligheter att överpröva en upphandling och ett avtals giltighet. Av paragrafen framgår att överprövning sker efter ansökan av en leverantör och att denne ska anse sig ha lidit eller kunna komma att lida skada. Bestämmelser om överprövning av en upphandling finns i 16 kap. 6–12 §§ och bestämmelser om överprövning av ett avtals giltighet finns i 16 kap. 13–17 §§.

#### *Behörig domstol*

**5 §** En ansökan om överprövning ska göras hos den förvaltningsrätt i vars domkrets den upphandlande myndigheten eller enheten har sin hemvist.

Prövningstillstånd krävs vid överklagande till kammarrätten.

Paragrafen motsvarar 16 kap. 5 § LOU och LUF (nuvarande 16 kap. 2 §). Förslaget behandlas i avsnitt 12.3, 12.4 och 12.10.

Paragrafens *första stycke* innehåller en forumbestämmelse.

Enligt *andra stycket* krävs prövningstillstånd vid överklagande till kammarrätten.

#### *Överprövning av en upphandling*

**6 §** Om den upphandlande myndigheten eller enheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 10 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Överprövning av en upphandling får inte ske efter det att avtal har slutits mellan den upphandlande myndigheten eller enheten och en leverantör.

Paragrafens *första stycke* genomför, tillsammans med 16 kap. 9 §, artikel 56.1 a i direktivet och motsvarar 16 kap. 6 § första stycket LOU och LUF (nuvarande 16 kap. 5 §). Förslaget behandlas i avsnitt 12.3.

Enligt *andra stycket*, som motsvarar 16 kap. 6 § andra stycket LOU och LUF (nuvarande 16 kap. och 13 §), får en upphandling inte överprövas efter det att ett avtal har slutits. I vissa fall kan, enligt 16 kap. 7 §, en leverantör i vissa fall justera sin talan att i stället avse avtalets giltighet. Förslaget behandlas i avsnitt 12.4.

**7 §** Om den upphandlande myndigheten eller enheten under pågående överprövning av en upphandling ingår ett avtal i strid med 1, 3, 8, 9 eller 10 §, ska rätten, på yrkande av leverantören, överpröva avtalets giltighet i enlighet med 13–15 §§.

Paragrafen motsvarar 16 kap. 7 § LOU och LUF (nuvarande 16 kap. 14 §). Förslaget behandlas i avsnitt 12.4.

Bestämmelsen i 16 kap. 6 § andra stycket, om att en upphandling inte ska överprövas efter det att avtal har slutits, kompletteras med denna

möjlighet för en leverantör att, om avtal ingås under pågående överprövning av en upphandling, i vissa fall justera sin talan till att i stället avse avtalets giltighet. Paragrafen innebär alltså att om en upphandlande myndighet eller enhet ingår ett avtal i strid mot de uppräknade paragraferna behöver en leverantör som har ansökt om överprövning av en upphandling inte ge in en särskild ansökan om överprövning av avtalets giltighet.

Justering av talan kan ske på leverantörens eget initiativ eller efter att domstolen berett leverantören möjlighet. Om avtalet har slutits efter det att förvaltningsrätten har avgjort målet måste överinstansen ta ställning till om instansordningsprincipen medger att överprövning av avtalets giltighet sker i överrätten eller om målet ska visas åter till underinstansen för prövning.

### *Förlängd avtalsspärr*

**8 §** Om en ansökan om överprövning av en upphandling har gjorts, fortsätter avtalsspärr enligt 1 eller 3 § att gälla under handläggningen i förvaltningsrätten (förlängd avtalsspärr).

Rätten får besluta att någon förlängd avtalsspärr inte ska gälla.

Paragrafen genomför artikel 56.3 i direktivet och motsvarar 16 kap. 8 § LOU och LUF (nuvarande 16 kap. 9 §). Förslaget behandlas i avsnitt 12.2.

Av *första stycket* framgår att när ett mål om överprövning av en upphandling anhängiggörs vid allmän förvaltningsdomstol fortsätter avtalsspärr efter tilldelningsbeslut eller efter förhandsinsyn att gälla. Denna s.k. förlängda avtalsspärr innebär att den upphandlande myndigheten eller enheten inte får ingå avtal. Syftet är att tillförsäkra att domstolen får tid att överpröva upphandlingen innan avtal ingås. Den förlängda avtalsspärr inträder automatiskt så snart en ansökan om överprövning i rätt tid kommit in till förvaltningsrätten. Tidsfristerna för att ansöka om överprövning av en upphandling där en avtalsspärr gäller finns i 16 kap. 11 §. Att en förlängd avtalsspärr börjar gälla innebär inte att det ges en ytterligare tidsfrist för andra leverantörer att komma in med en ansökan om överprövning.

Förlängd avtalsspärr gäller under handläggningen i förvaltningsrätten, men inte under handläggningen i kammarrätt eller i Högsta förvaltningsdomstolen. Vid prövning i dessa instanser, och vid upphandlingar där någon avtalsspärr inte gäller, får rätten, i den mån det är behövligt, med stöd av 16 kap. 9 § förordna interimistiskt att avtal inte får ingås.

För att undvika orimliga konsekvenser finns i *andra stycket* en möjlighet för rätten att besluta att någon förlängd avtalsspärr inte ska gälla. Domstolen kan alltså, i ett enskilt mål, avgöra om den förlängda avtalsspärren ska upphävas. Ett sådant beslut innebär att avtal omedelbart får ingås. Upphävande av den förlängda avtalsspärren riskerar därmed att leda till att en ansökan om överprövning av ett beslut om upphandling inte kommer att tas upp till prövning i sak (jfr 16 kap. 6 § andra stycket). Denna omständighet bör vägas in vid bedömningen av om ett beslut att upphäva den förlängda avtalsspärren ska fattas. Upphävande bör endast

komma i fråga i rena undantagsfall. Rätten torde, som huvudregel, inte fatta beslut om upphävande annat än på yrkande av part.

#### *Interimistiskt beslut vid överprövning av en upphandling*

**9 §** I fall då avtalsspärr enligt 1, 3 eller 8 § inte gäller får rätten besluta att den upphandlande myndigheten eller enheten inte får ingå avtal innan något annat har bestämts.

Rätten får avstå från att fatta beslut enligt första stycket, om den skada eller olägenhet som åtgärden skulle medföra kan bedömas vara större än skadan för leverantören.

Paragrafen genomför, tillsammans med 16 kap. 6 §, artikel 56.1 a i direktivet och artikel 56.5 i direktivet samt motsvarar 16 kap. 9 § LOU och LUF (delvis nuvarande 16 kap. 4 §). Förslaget behandlas i avsnitt 12.3.

Enligt *första stycket* kan rätten fatta ett interimistiskt beslut om att avtal inte får ingås. Behov av att fatta sådana beslut kan finnas i mål om överprövning av en upphandling där någon förlängd avtalsspärr enligt 16 kap. 8 § inte gäller. Detta gäller vissa mål i förvaltningsrätt och samtliga mål i kammarrätt och i Högsta förvaltningsdomstolen.

Av *andra stycket* framgår den skadeavvägning som ska göras vid prövningen av om ett interimistiskt beslut att avtal inte får ingås ska fattas. I de intressen som kan skadas inkluderas, enligt direktivet, allmänintresset och särskilt försvars- eller säkerhetsintressen.

#### *Tiodagarsfrist*

**10 §** När en förlängd avtalsspärr gäller enligt 8 §, får den upphandlande myndigheten eller enheten inte ingå avtal förrän tio dagar har gått från det att förvaltningsrätten har avgjort målet.

När en förvaltningsrätt eller en kammarrätt har fattat ett interimistiskt beslut enligt 9 §, får avtal inte ingås förrän tio dagar har gått från det att domstolen har avgjort målet eller upphävt beslutet.

När Högsta förvaltningsdomstolen har fattat ett interimistiskt beslut enligt 9 § och beslutat att återförvisa målet till lägre instans, får avtal inte ingås förrän tio dagar har gått från beslutet om återförvisning.

Rätten får besluta att någon tiodagarsfrist inte ska gälla.

Paragrafen motsvarar 16 kap. 10 § LOU och LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 12.2.

För att möjliggöra att överprövning ska kunna ske innehåller paragrafen tiodagarsfrister under vilka den upphandlande myndigheten eller enheten inte får ingå avtal.

Enligt *första stycket* gäller en tiodagarsfrist efter en förvaltningsrätts avgörande. Tiodagarsfristen gäller vid avgörande av ett mål där en förlängd avtalsspärr enligt 16 kap. 8 § har gällt under förvaltningsrättens handläggning. Om förvaltningsrätten bifaller en leverantörs ansökan om överprövning ersätts den förlängda avtalsspärren av avgörandet i sak.

Vidare gäller, enligt *andra stycket*, en tiodagarsfrist i mål där en förlängd avtalsspärr inte har gällt under förvaltningsrättens handläggning, men där rätten har fattat ett interimistiskt beslut om att avtal

inte får ingås. Detsamma gäller efter en kammarrätts avgörande. Med begreppet ”avgjort målet” avses även situationen att en kammarrätt har upphävt den överklagade domen och återförvisat målet till förvaltningsrätten. Vid en återförvisning till förvaltningsrätten återinträder inte den förlängda avtalsspärr som kan ha gällt under förvaltningsrättens första prövning, utan förvaltningsrätten är hänvisad till att fatta ett interimistiskt beslut för att avtal inte ska få ingås när tiodagarsfristen efter återförvisningsbeslutet har löpt ut.

*Tredje stycket* innehåller en tiodagarsfrist när Högsta förvaltningsdomstolen har fattat ett interimistiskt beslut att avtal inte får ingås och har återförvisat målet till lägre instans. Tredje stycket gäller naturligtvis inte om Högsta förvaltningsdomstolen i och för sig har fattat ett interimistiskt beslut, men detta har upphävts vid tidpunkten för återförvisningen.

För att undvika orimliga konsekvenser finns i *fjärde stycket* en möjlighet för rätten att upphäva tiodagarsfristen. Det innebär att den upphandlande myndigheten eller enheten omedelbart får ingå avtal. Eftersom detta kan förta leverantören möjligheten till överprövning (jfr 16 kap. 6 § andra stycket) bör möjligheten användas i undantagsfall och med stor försiktighet.

#### *Tidsfrister för ansökan om överprövning av en upphandling*

**11 §** En ansökan om överprövning av en upphandling ska ha kommit in till förvaltningsrätten före utgången av en sådan avtalsspärr som avses i 1 eller 3 §.

Paragrafen genomför artikel 59 i direktivet och motsvarar 16 kap. 11 § LOU och LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 12.3.

Paragrafen innehåller tidsfrister för att ansöka om överprövning av en upphandling där en avtalsspärr gäller. Tidsfristerna överensstämmer med avtalsspärren i 16 kap. 1 eller 3 § och är alltså i regel tio eller 15 dagar. När tidsfristen har löpt ut kan ett mål om överprövning av en upphandling alltså inte anhängiggöras vid domstolen.

Tidsfristen gäller inte för de upphandlingar där någon avtalsspärr inte gäller. Dessa omfattas däremot av regleringen i 16 kap. 6 § andra stycket som innehåller en handlingsregel för domstolarna innebärande att en upphandling inte får överprövas efter det att ett avtal har slutits.

**12 §** En ansökan om överprövning av ett beslut att avbryta en upphandling ska ha kommit in till förvaltningsrätten innan tio dagar har gått från det att den upphandlande myndigheten eller enheten med ett elektroniskt medel har skickat en underrättelse om beslutet och angett skälen för detta.

Om underrättelsen har skickats på annat sätt än med ett elektroniskt medel till en eller flera anbudssökande eller anbudsgivare, ska en ansökan om överprövning ha kommit in till förvaltningsrätten innan 15 dagar har gått från utskickandet.

Paragrafen innehåller tidsfrister för att ansöka om överprövning av ett beslut att avbryta en upphandling. Paragrafen motsvarar 16 kap. 12 § LOU och LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 12.3.

Enligt 10 kap. 9 § andra stycket föreligger en skyldighet för en upphandlande myndighet eller enhet att skicka en underrättelse om bl.a.

ett beslut om att avbryta en upphandling. Skyldigheten inträder när en inbjudan att lämna anbud har gått ut. Motsvarande skyldighet finns för upphandlingar som inte omfattas av direktivets tillämpningsområde genom hänvisningen i 15 kap. 22 § till 10 kap. 9 §.

Paragrafen omfattar även situationen när en upphandlande myndighet eller enhet avbryter upphandlingen i ett tidigare skede och då väljer att frivilligt skicka en underrättelse om beslutet och ange skälen för detta.

Tidsfristen för att ansöka om överprövning av ett beslut att avbryta en upphandling är tio eller 15 dagar beroende på om den upphandlande myndigheten eller enheten har skickat underrättelsen om beslutet till anbudssökandena eller anbudsgivarna med ett elektroniskt medel eller på något annat sätt.

### *Överprövning av ett avtals giltighet*

**13 §** Rätten ska besluta att ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet eller enhet och en leverantör är ogiltigt, om avtalet har slutits

1. utan föregående annonsering enligt 8 kap. 1 eller 2 § eller 15 kap. 5 §, eller
2. enligt ett förfarande i 5 kap. 7 § utan att de villkor har följts som framgår av den paragrafen eller av det ramavtal som ligger till grund för det nya anbudsförfarandet och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

Ett avtal ska också förklaras ogiltigt, om det har slutits i strid med bestämmelserna om avtalsspär i 1, 3 eller 8 §, ett interimistiskt beslut enligt 9 §, tiodagarsfristen i 10 § eller om avtalet har slutits före en underrättelse om tilldelningsbeslut enligt 10 kap. 9 § första stycket eller 15 kap. 21 §. För ogiltighet i sådana fall krävs dessutom att de grundläggande principerna i 1 kap. 10 § eller någon annan bestämmelse i denna lag har överträts och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

Paragrafen, som innehåller förutsättningarna för att ogiltigförklara ett avtal, genomför artikel 60.1 och 60.2 i direktivet samt motsvarar 16 kap. 13 § LOU och LUF (nuvarande 16 kap. 15 §). Förslaget behandlas i avsnitt 12.4.

Att ett avtal förklaras ogiltigt innebär att det är civilrättsligt ogiltigt och inte kan göras gällande. Skyldigheten att fullgöra avtalet bortfaller alltså för båda parter. Har förpliktelseerna i avtalet helt eller delvis uppfyllts är huvudregeln att prestationerna ska återgå. Om en återgång av prestationerna inte är möjlig är utgångspunkten att det förmögenhetsläge som gällde innan det ogiltiga avtalet slöts ska återställas.

Av ogiltigförklaring av ett avtal får anses följa att exempelvis ett tilldelningsbeslut inte längre gäller.

Enligt 16 kap. 4 § krävs att en leverantör som ansöker om överprövning av ett avtals giltighet ska anse sig ha lidit eller kunna komma att lida skada.

Enligt *första stycket första punkten* ska ett avtal förklaras ogiltigt om det inte föregåtts av en annonsering i enlighet med vad som föreskrivs i lagen. Bestämmelsen tar alltså endast sikte på utebliven annonsering. Om en upphandlande myndighet eller enhet har annonserat eller gjort motsvarande offentliggörande av upphandlingen kan ett felaktigt förfarande angripas genom en ansökan om överprövning av upphandlingen. Fel under upphandlingsförfarandet kan även leda till

ogiltighet enligt första stycket andra punkten eller andra stycket i denna paragraf.

*Första stycket andra punkten* gäller endast för upphandling genom förnyad konkurrensutsättning av leverantörerna inom ett ramavtal. Då finns inget krav på att iaktta en avtalsspärr, se 16 kap. 2 § 2. Om villkoren i 5 kap. 7 § eller i ramavtalet inte har följts, och om leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska avtalet förklaras ogiltigt. En upphandlande myndighet eller enhet som vill försäkra sig att ett avtal som ingås efter en förnyad konkurrensutsättning inte ska kunna förklaras ogiltigt, kan frivilligt skicka en underrättelse om tilldelningsbeslutet och iaktta en avtalsspärr innan avtalet ingås, se 16 kap. 15 § 1.

I *andra stycket* regleras fel under ett upphandlingsförfarande som motiverar ogiltigförklaring av ett avtal. Omfattas gör situationerna att en upphandlande myndighet eller enhet har slutit ett avtal i strid mot en avtalsspärr, tiodagarsfristen eller ett interimistiskt beslut. Vidare omfattas att den upphandlande myndigheten eller enheten har ingått ett avtal utan att, när så skulle ha gjorts, skicka en underrättelse om tilldelningsbeslutet som uppfyller kraven i 10 kap. 9 § första stycket eller 15 kap. 19 § och någon avtalsspärr därför inte har börjat löpa. Förutom omständigheten att den upphandlande myndigheten eller enheten har slutit ett avtal utan att ha rätt till det krävs att de grundläggande principerna i 1 kap. 10 § eller någon annan bestämmelse i lagen har överträtts. Felet ska vara av sådan art att det har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

Om ett avtal har slutits i strid mot en avtalsspärr, men leverantören inte har lidit någon skada, ska avtalet alltså inte förklaras ogiltigt. Däremot ska i en sådan situation upphandlingsskadeavgift påföras, se 17 kap. 1 § 1 och 17 kap. 2 § första stycket.

I 16 kap. 18 § finns tidsfrister för att ansöka om överprövning av ett avtals giltighet.

När det föreligger skäl för att förklara ett avtal ogiltigt enligt denna paragraf, ska domstolen under de förutsättningar som gäller enligt 16 kap. 14 § förklara att avtalet får bestå. Ett avtal ska inte heller ogiltigförklaras under de förutsättningar som anges i 16 kap. 15 §.

**14 §** Om det finns tvingande hänsyn till ett allmänintresse, ska rätten besluta att avtalet får bestå trots att förutsättningarna för ogiltighet enligt 13 § är uppfyllda.

Paragrafen genomför artikel 60.3 i direktivet och 16 kap. 14 § LOU och LUF (nuvarande 16 kap. 16 §). Förslaget behandlas i avsnitt 12.4.

I 16 kap. 13 § finns förutsättningar för att allmän förvaltningsdomstol ska förklara ett avtal ogiltigt. Trots att förutsättningarna i den paragrafen är uppfyllda ska rätten besluta att avtalet får bestå om det finns tvingande hänsyn till ett allmänintresse.

Uttrycket tvingande hänsyn till allmänintresset förekommer inom andra områden i unionsrätten. Eftersom hänsyn till allmänintresset utgör ett skäl för undantag från den fria rörligheten, är utgångspunkten att begreppet ska tolkas restriktivt. Begränsad vikt får läggas vid ekonomiska intressen inom ramen för allmänintresset. Ett exempel på tvingande hänsyn till allmänintresset kan vara om ogiltigförklaring i hög grad skulle äventyra existensen för ett bredare försvars- eller

säkerhetsprogram som är av avgörande betydelse för en medlemsstats säkerhetsintressen. Av beaktandesats 73 i direktivet framgår att skälen i första hand ska hänföra sig till allmänintresset rörande medlemsstaternas försvar och säkerhet.

Om ett avtal får bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse ska tillsynsmyndigheten väcka talan om upphandlings-skadeavgift, se 17 kap. 1 § 2 och 2 § första stycket.

#### **15 §** Bestämmelserna om ogiltighet i 13 § ska inte tillämpas

1. på avtal som har slutits av en upphandlande myndighet eller enhet med stöd av ramavtal enligt 5 kap. 7 §, om den upphandlande myndigheten eller enheten skickat en underrättelse om tilldelningsbeslutet enligt 10 kap. 9 § första stycket, samt iakttagit en avtalsspärr enligt 1 §, eller

2. om en upphandlande myndighet eller enhet genom förhandsinsyn enligt 8 kap. 4 § eller 15 kap. 7 § har meddelat sin avsikt att upphandla och har iakttagit avtalsspärren vid förhandsinsyn enligt 3 §.

Paragrafen genomför, tillsammans med 8 kap. 4 §, artikel 60.4 och artikel 60.5 i direktivet samt motsvarar 16 kap. 15 § LOU och LUF (nuvarande 16 kap. 17 §). Förslaget behandlas i avsnitt 12.4.

Om den upphandlande myndigheten eller enheten har följt handlingsreglerna i paragrafen kan det avtal som sluts inte förklaras ogiltigt av allmän förvaltningsdomstol. Detta gäller även om själva upphandlingsförfarandet har varit behäftat med något fel. Paragrafen ger nämligen leverantörer en möjlighet att få till stånd en överprövning av upphandlingen innan avtal sluts.

Av 16 kap. 13 § första stycket 2 framgår förutsättningarna för att ogiltigförklara ett avtal som har slutits efter en förnyad konkurrensutsättning inom ett ramavtal. Vid den förnyade konkurrensutsättningen gäller nämligen ingen avtalsspärr, se 16 kap. 2 § 2. För att inte riskera att drabbas av att avtalet förklaras ogiltigt kan den upphandlande myndigheten eller enheten enligt *första punkten* underrätta berörda leverantörer om tilldelningsbeslutet enligt 10 kap. 9 § och frivilligt iakttä en avtalsspärr innan avtalet ingås. Avtalsspärren är tio eller 15 dagar beroende på hur den upphandlande myndigheten eller enheten kommunicerat tilldelningsbeslutet, se 16 kap. 6 § och kommentaren till den paragrafen.

I 8 kap. 4 § och 15 kap. 7 § finns en möjlighet för upphandlande myndigheter och enheter att publicera en förhandsinsynsannons. Om en upphandlande myndighet eller enhet publicerar en sådan annons och iakttar avtalsspärren i 16 kap. 3 § om tio dagar kan det avtal som därefter ingås inte förklaras ogiltigt. Detta framgår av *andra punkten* i paragrafen.

#### *Interimistiskt beslut vid överprövning av ett avtals giltighet*

**16 §** Rätten får besluta att ett avtal inte får fullgöras till dess något annat har bestämts.

Rätten får avstå från att fatta beslut enligt första stycket, om den skada eller olägenhet som åtgärden skulle medföra kan bedömas vara större än skadan för leverantören.

Paragrafen motsvarar 16 kap. 16 § LOU och LUF (delvis nuvarande 16 kap. 4 §). Paragrafen reglerar förutsättningarna för domstolen att fatta ett interimistiskt beslut vid överprövning av ett avtals giltighet. Förslaget behandlas i avsnitt 12.4.

Enligt *första stycket* kan rätten fatta ett interimistiskt beslut om att ett avtal inte får fullgöras. Behov av att fatta sådana beslut kan finnas när ett avtal är på väg att fullgöras och den klagande leverantörens möjlighet att konkurrera om avtalet vid en korrekt utförd upphandling kan gå förlorad.

Av *andra stycket* framgår den skadeavvägning som ska göras vid prövningen av om ett interimistiskt beslut att ett avtal inte får fullgöras ska fattas. Rätten måste härvid väga in att ett sådant beslut kan medföra betydande praktiska och ekonomiska olägenheter för avtalsparterna.

#### *Tidsfrister för ansökan om överprövning av avtals giltighet*

**17 §** En ansökan om överprövning av ett avtals giltighet ska, om inte annat följer av andra stycket, ha kommit in till förvaltningsrätten inom sex månader från det att avtalet slöts.

Ansökan ska dock ha kommit in till förvaltningsrätten innan 30 dagar har gått från det att

1. Europeiska kommissionen har publicerat en annons enligt 8 kap. 3 § eller ett meddelande enligt 15 kap. 23 §,
2. den upphandlande myndigheten eller enheten skriftligen har underrättat anbudssökandena och anbudsgivarna om att avtalet har slutits samt har lämnat en sammanfattning av sådana upplysningar som avses i 10 kap. 10 §.

Paragrafen genomför artikel 62 i direktivet och motsvarar 16 kap. 17 § LOU och LUF (nuvarande 16 kap. 18 §). Förslaget behandlas i avsnitt 12.4.

Paragrafen innehåller de tidsfrister som gäller för en ansökan om överprövning av ett avtals giltighet.

Av *första stycket* följer att tidsfristen är sex månader från det att avtalet slöts. Detta gäller om inte den upphandlande myndigheten eller enheten vidtar någon av de åtgärder för att förkorta tidsfristen till 30 dagar som anges i paragrafens *andra stycke*.

Enligt första punkten i andra stycket förkortas fristen om den upphandlande myndigheten eller enheten publicerar en efterannons eller ett meddelande om resultatet av en upphandling. De krav som uppställs för en sådan annons eller ett sådant meddelande måste vara uppfyllda för att tidsfristen ska förkortas. I annat fall gäller sexmånadersfristen i första stycket.

Bestämmelserna om efterannonsering och meddelande om resultatet av en upphandling avser upphandlingar inom det direktivstyrda området respektive B-tjänster över tröskelvärdena. En upphandlande myndighet eller enhet som önskar förkorta tidsfristen för en ansökan om överprövning av ett avtals giltighet när det gäller en upphandling under tröskelvärdena får genomföra en annonsering enligt de bestämmelser som omfattas av direktivets tillämpningsområde.

Enligt andra punkten i andra stycket förkortas tidsfristen för en ansökan om överprövning av ett avtals giltighet om den upphandlande myndigheten eller enheten till anbudssökandena och anbudsgivarna har

skickat en skriftlig underrättelse om att avtalet har slutits och lämnat vissa upplysningar. Dessa är en sammanfattning av de upplysningar i 10 kap. 10 § som annars ska lämnas på begäran av leverantör.

### **Beräkning av vissa tider**

**18 §** Vid beräkningen av längden av en avtalsspärr samt av tiodagarsfrister enligt 10 § och tidsfrister för ansökan om överprövning ska 2 § lagen (1930:173) om beräkning av lagstadgad tid tillämpas.

Paragrafen motsvarar 16 kap. 18 § LOU och LUF (nuvarande 16 kap. 19 §). Förslaget behandlas i avsnitt 12.5.

I paragrafen kopplas beräkningen av avtalsspärrens och tiodagarsfristernas längd samt tidsfristerna för att ansöka om överprövning till den s.k. söndagsregeln i 2 § lagen (1930:173) om beräkning av lagstadgad tid.

Söndagsregeln innebär att om den tid då en åtgärd senast ska vidtas infaller på en söndag, allmän helgdag, lördag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton, får åtgärden vidtas nästa vardag. Det innebär exempelvis att om sista dagen för avtalsspärren infaller på någon av de dagar som är uppräknade i söndagsregeln, ska sista dagen för spärren i stället anses infalla nästa vardag. Avtal får då ingås tidigast dagen därefter, oavsett om det är en helgdag eller inte.

Även om söndagsregeln torde vara tillämplig på tidsfristerna för att ansöka om överprövning utan någon särskild hänvisning, tas en sådan hänvisning in för tydlighets skull.

### **Förbud mot överklagande**

**19 §** Ett beslut som denna lag är tillämplig på får inte överklagas med stöd av 10 kap. kommunallagen (1991:900).

Paragrafen motsvarar 16 kap. 19 § LOU och LUF (nuvarande 16 kap. 3 §). Förslaget behandlas i avsnitt 12.3.

Enligt paragrafen får laglighetsprövning enligt 10 kap. kommunallagen (1991:900), s.k. kommunalbesvär, inte föras mot ett beslut som omfattas av denna lag.

### **Skadestånd**

**20 §** En upphandlande myndighet eller enhet som inte har följt bestämmelserna i denna lag ska ersätta därigenom uppkommen skada för leverantör.

Rätten till skadestånd inbegriper ersättning till en anbudssökande eller anbudsgivare som har deltagit i en upphandling och som har haft kostnader för att förbereda anbud och i övrigt delta i upphandlingen, om åsidosättandet av bestämmelserna i denna lag menligt har påverkat hans eller hennes möjligheter att tilldelas kontraktet.

Paragrafen genomför artikel 56.1 andra stycket i direktivet och motsvarar 16 kap. 20 § LOU och LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 12.6.

Paragrafen reglerar förutsättningarna för skadestånd enligt lagen.

*Första stycket* innehåller en generell bestämmelse om skadestånd.

*Andra stycket* reglerar rätt till skadestånd för det negativa kontraktssintresset till anbudssökande och anbudsgivare som har deltagit i en upphandling.

**21 §** Talan om skadestånd ska väckas vid allmän domstol inom ett år från den tidpunkt då avtal har slutits mellan upphandlande myndighet eller enhet och leverantör eller har förklarats ogiltigt enligt 13 § genom ett avgörande som har vunnit laga kraft. Väcks inte talan i tid, är rätten till skadestånd förlorad.

Paragrafen genomför delvis artikel 56.2 i direktivet och motsvarar 16 kap. 21 § LOU och LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 12.6 och 12.10.

Talan om skadestånd ska väckas vid allmän domstol. Paragrafen innehåller en tidsfrist om ett år inom vilken en talan om skadestånd ska väckas.

## **17 kap. Upphandlingsskadeavgift**

### **Allmänna bestämmelser om upphandlingsskadeavgift**

**1 §** Allmän förvaltningsdomstol får besluta att en upphandlande myndighet eller enhet ska betala en särskild avgift (upphandlingsskadeavgift) om

1. allmän förvaltningsdomstol i ett avgörande som har vunnit laga kraft fastställt att ett avtal får bestå, trots att det har slutits i strid med bestämmelserna om avtalsspärr i 16 kap. 1, 3 eller 8 §,

2. allmän förvaltningsdomstol i ett avgörande som har vunnit laga kraft fastställt att ett avtal får bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse enligt 16 kap. 14 §, eller

3. myndigheten eller enheten har slutit avtal med en leverantör utan föregående annonsering enligt 8 kap. 1 eller 2 §§ eller 15 kap. 5 §.

Paragrafen genomför, tillsammans med 17 kap. 2 och 4 §§, artikel 61.2 och delvis artikel 56.2 i direktivet och motsvarar 17 kap. 1 § LOU och LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 12.7.

Paragrafen reglerar förutsättningarna för allmän förvaltningsdomstol att besluta om upphandlingsskadeavgift.

Enligt *första punkten* får avgift beslutas om allmän förvaltningsdomstol i ett mål om överprövning av ett avtals giltighet beslutat att avtalet får bestå trots att det ingåtts i strid mot en avtalsspärr. Situationen kan vara den att det inte har förekommit något annat fel under förfarandet eller att felet inte har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, se 16 kap. 13 § andra stycket och kommentaren till den paragrafen. För påförande av avgift krävs att det finns ett lagakraftvunnet avgörande i målet om överprövning av ett avtals giltighet. Upphandlingsskadeavgift ska inte påföras om ett avtal får bestå trots att det har slutits i strid mot ett interimistiskt beslut eller en tiodagarsfrist.

Av *andra punkten* framgår att upphandlingsskadeavgift ska påföras när en domstol i ett mål om överprövning av ett avtals giltighet förklarat att tvingande hänsyn till ett allmänintresse föreligger och att avtalet därför får bestå. Avgörandet i överprövningsmålet ska ha vunnit laga kraft.

Enligt *tredje punkten* får upphandlingsskadeavgift beslutas om en upphandlande myndighet eller enhet har slutit ett avtal utan att annonsera upphandlingen på sätt som krävs enligt lagen. Till skillnad från

punkterna 1 och 2 krävs inte för beslut om upphandlingsskadeavgift enligt denna punkt att frågan varit föremål för bedömning av allmän förvaltningsdomstol i ett mål om överprövning av ett avtals giltighet. Förutsättningarna för att besluta om upphandlingsskadeavgift vid utebliven annonsering överensstämmer med förutsättningarna för att i ett mål om överprövning ogiltigförklara ett avtal (jfr 16 kap. 13 § första stycket 1). Tredje punkten tar sikte på att annonsering inte har skett och inte på brister i utformningen av annonseringen. Fel eller brister i annonseringen ska alltså normalt inte föranleda någon upphandlingsskadeavgift. Om annonseringen är behäftad med sådana allvarliga fel och brister att den inte kan härleda leverantören till att en upphandling ska ske, torde det dock kunna anses att någon annonsering inte har skett.

**2 §** Tillsynsmyndigheten ska hos allmän förvaltningsdomstol ansöka om att en upphandlande myndighet eller enhet ska betala upphandlingsskadeavgift i de fall som anges i 1 § 1 och 2.

Tillsynsmyndigheten får hos allmän förvaltningsdomstol ansöka om att en upphandlande myndighet eller enhet ska betala upphandlingsskadeavgift i de fall som avses i 1 § 3.

Paragrafen genomför, tillsammans med 17 kap. 1 och 4 §§, artikel 61.2 i direktivet och motsvarar 17 kap. 2 § LOU och LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 12.7.

Paragrafen reglerar när tillsynsmyndigheten ska respektive får ingripa genom att hos allmän förvaltningsdomstol ansöka om att en upphandlande myndighet ska betala upphandlingsskadeavgift.

### **Behörig domstol**

**3 §** En ansökan om att en upphandlande myndighet eller enhet ska betala upphandlingsskadeavgift ska göras hos den förvaltningsrätt i vars domkrets den upphandlande myndigheten eller enheten har sin hemvist.

Prövningstillstånd krävs vid överklagande till kammarrätten.

Paragrafen motsvarar 17 kap. 3 § LOU och LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 12.7 och 12.10.

I paragrafens *första stycke* finns en forumbestämmelse.

Av *andra stycket* framgår att prövningstillstånd krävs vid överklagande till kammarrätten.

### **Avgiftens storlek**

**4 §** Upphandlingsskadeavgiften ska uppgå till lägst 10 000 kronor och högst 10 000 000 kronor. Avgiften får inte överstiga tio procent av kontraktsvärdet.

Beräkningen av kontraktsvärdet ska ske enligt 3 kap. 2 och 3 §§ eller 15 kap. 4 §.

Paragrafen genomför, tillsammans med 17 kap. 1 och 2 §§, artikel 61.2 i direktivet och motsvarar 17 kap. 4 § LOU och LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 12.7.

Paragrafen anger det lägsta och högsta belopp som upphandlingsskadeavgift kan fastställas till.

Det ankommer på tillsynsmyndigheten att ange de omständigheter som åberopas till stöd för yrkandet. Det kan även vara lämpligt att tillsynsmyndigheten yrkar att upphandlingsskadeavgiften ska uppgå till ett visst belopp.

**5 §** Vid fastställande av upphandlingsskadeavgiftens storlek ska särskild hänsyn tas till hur allvarlig överträdelsen är.

I ringa fall ska någon avgift inte beslutas. Avgiften får efterges, om det finns synnerliga skäl.

Paragrafen motsvarar 17 kap. 5 § LOU och LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 12.7.

Domstolen har stort utrymme att ta hänsyn till alla relevanta omständigheter inom ramen för upphandlingsskadeavgiftens avskräckande syfte. Det innebär att hänsyn ska tas till såväl försvårande som förmildrande omständigheter. Utgångspunkten bör dock vara att avgiften bestäms så att myndigheten eller enheten samt även andra myndigheter och enheter avhåller sig från överträdelser av lagen. Ju allvarligare överträdelsen kan anses vara, desto högre belopp bör sanktionsavgiften fastställas till. Upprepade överträdelser bör ses som en försvårande omständighet. Vid bedömningen av sanktionsvärdet bör vägas in hur klar överträdelsen kan anses vara. Om rättsläget är oklart bör det påverka sanktionsvärdet så att överträdelsen anses mindre allvarlig. Att ett avtal har förklarats ogiltigt på grund av att det har föregåtts av en otillåten direktupphandling kan påverka upphandlingsskadeavgiftens storlek i sänkande riktning. I vissa fall kan andra olägenheter eller negativa ekonomiska konsekvenser för den upphandlande myndigheten eller enheten ses som en förmildrande omständighet. När ett avtal får bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse kan det antas att det åtminstone i vissa fall kan vara fråga om en överträdelse där sanktionsvärdet är förhållandevis lågt. Det följer emellertid av direktivet att en sanktion ska påföras i dessa fall. Förmildrande omständigheter kan leda till att upphandlingsskadeavgiften bestäms till ett lågt belopp och i ringa fall inte alls döms ut.

Möjligheten att efterge avgiften om det finns synnerliga skäl ska användas restriktivt och främst ses som en ventil för rena undantagsfall.

### **Tidsfrister för ansökan om avgift**

**6 §** En ansökan om upphandlingsskadeavgift enligt 1 § 1 eller 2 ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom sex månader från den tidpunkt då det avgörande som ansökan grundas på har vunnit laga kraft.

Paragrafen motsvarar 17 kap. 6 § LOU och LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 12.7.

Paragrafen anger inom vilken tid tillsynsmyndigheten ska ansöka om upphandlingsskadeavgift när allmän förvaltningsdomstol i ett mål om överprövning av ett avtals giltighet förklarar att avtalet får bestå trots att en avtalsspärr överträtts eller på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse.

**7 §** När ansökan om att påföra upphandlingsskadeavgift grundas på 1 § 3 och en eller flera leverantörer har ansökt om överprövning av avtalets giltighet inom de tidsfrister som anges i 16 kap. 17 §, får ansökan inte göras förrän fristen har löpt ut och samtliga beslut med anledning av överprövningen har vunnit laga kraft. Ansökan ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom sex månader från den tidpunkt då samtliga beslut med anledning av överprövningen har vunnit laga kraft.

När ingen leverantör har ansökt om överprövning av avtalets giltighet inom de tidsfrister som anges i 16 kap. 17 §, ska ansökan ha kommit in till förvaltningsrätten inom ett år från det att avtalet slöts.

Paragrafen motsvarar 17 kap. 7 § LOU och LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 12.7.

Paragrafen anger inom vilken tid tillsynsmyndigheten ska ansöka om upphandlingsskadeavgift med anledning av otillåten direktupphandling.

Möjligheten att påföra upphandlingsskadeavgift vid otillåten direktupphandling är inte avhängig av att det finns ett avgörande i ett mål om överprövning av avtalets giltighet. I vissa mål kommer det emellertid att finnas ett sådant avgörande och för att undvika parallella processer, dvs. att det i domstol samtidigt pågår mål om överprövning av avtalets giltighet och mål om upphandlingsskadeavgift, ska tillsynsmyndigheten avvakta viss tid med att ge in en ansökan om upphandlingsskadeavgift. Detta framgår av paragrafens *första stycke*. Tillsynsmyndighetens ansökan får inte göras förrän efter det att samtliga avgörandena avseende avtalets giltighet har vunnit laga kraft, och ska göras inom sex månader från den tidpunkten. Om flera mål om överprövning av avtalets giltighet har avgjorts avses det senast lagakraftvunna beslutet.

*Andra stycket* reglerar situationen att ingen leverantör har ansökt om överprövning av avtalets giltighet inom föreskrivna tidsfrister. Tillsynsmyndigheten måste alltid vänta tills den tidsfristen har löpt ut och ska därefter göra ansökan om upphandlingsskadeavgift inom ett år från det att avtalet i fråga slöts.

### **Betalning av avgift m.m.**

**8 §** Upphandlingsskadeavgiften tillfaller staten.

Paragrafen motsvarar 17 kap. 8 § LOU och LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 12.7.

Av paragrafen framgår att avgiften tillfaller staten.

**9 §** Upphandlingsskadeavgift ska betalas till tillsynsmyndigheten inom 30 dagar från det att avgörandet beträffande avgiften har vunnit laga kraft eller inom den längre tid som anges i avgörandet.

Om avgiften inte betalas i tid, ska tillsynsmyndigheten lämna den obetalda avgiften för indrivning. Bestämmelser om indrivning finns i lagen (1993:891) om indrivning av statliga fordringar m.m.

Paragrafen motsvarar 17 kap. 9 § LOU och LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 12.7.

I *första stycket* anges den tidsfrist inom vilken upphandlingsskadeavgift ska betalas.

*Andra stycket* innehåller bestämmelser om indrivning.

**10 §** En beslutad upphandlingsskadeavgift faller bort, om avgörandet beträffande avgiften inte har kunnat verkställas inom fem år från det att avgörandet har vunnit laga kraft.

Paragrafen motsvarar 17 kap. 10 § LOU och LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 12.7.

Av paragrafen framgår att upphandlingsskadeavgiften faller bort om inte verkställighet har kunnat ske inom viss tid från det att förvaltningsdomstolens avgörande har vunnit laga kraft.

## **18 kap. Tillsyn**

### **Allmänna bestämmelser om tillsyn**

**1 §** Regeringen meddelar föreskrifter om vilken myndighet som utövar tillsyn över upphandling enligt denna lag.

Paragrafen motsvarar 18 kap. 1 § LOU och LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 12.8.

Av förordningen (2007:1117) med instruktion för Konkurrensverket framgår att Konkurrensverket är tillsynsmyndighet.

**2 §** Vid sin tillsyn får myndigheten inhämta alla nödvändiga upplysningar för sin tillsynsverksamhet från upphandlande myndigheter eller enheter eller den som kan antas vara en upphandlande myndighet eller enhet. Upplysningarna ska i första hand inhämtas genom skriftligt förfarande. Om det på grund av materialets omfattning, brådska eller något annat förhållande är lämpligare, får upplysningarna inhämtas genom besök hos den upphandlande myndigheten eller enheten.

Paragrafen motsvarar 18 kap. 2 § LOU och LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 12.8.

Av paragrafen framgår att tillsynsmyndigheten får inhämta upplysningar från upphandlande myndigheter och enheter. För att tillsynsmyndigheten ska kunna utöva effektiv tillsyn får tillsynsmyndigheten också inhämta upplysningar från den som kan antas vara en upphandlande myndighet eller enhet.

Upplysningarna ska i första hand inhämtas genom skriftligt förfarande. Tillsynsmyndigheten får emellertid i vissa fall hämta in upplysningar genom besök hos den upphandlande myndigheten eller enheten. Det kan t.ex. vara fallet när det är fråga om handlingar med uppgifter av mycket känslig karaktär hos Säkerhetspolisen.

Den personal hos tillsynsmyndigheten som ska granska dessa handlingar behöver dessförinnan ha godkänts enligt säkerhetsskyddslagen (1996:627). Vad gäller de uppgifter som tillsynsmyndigheten granskar kan de omfattas av sekretess enligt 15 kap. 1 och 2 §§ offentlighets- och sekretesslagen (2009:400). Dessa bestämmelser är direkt tillämpliga hos alla myndigheter, därmed även hos tillsynsmyndigheten.

Gäller sekretess enligt någon annan bestämmelse i stället kan den enligt 11 kap. 1 § offentlighets- och sekretesslagen, som gäller överföring av sekretess vid tillsyn och revision, överföras till tillsynsmyndigheten.

Skyldigheten för en upphandlande myndighet eller enhet eller den som kan antas vara en upphandlande myndighet eller enhet att tillhandahålla sådana upplysningar finns i 18 kap. 3 §.

**3 §** En upphandlande myndighet eller enhet och den som kan antas vara en upphandlande myndighet eller enhet är skyldig att tillhandahålla de upplysningar som tillsynsmyndigheten begär för sin tillsyn.

Paragrafen motsvarar 18 kap. 3 § LOU och LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 12.8.

Paragrafen reglerar skyldigheten för en upphandlande myndighet eller enhet eller den som kan antas vara en upphandlande myndighet eller enhet att tillhandahålla de upplysningar som tillsynsmyndigheten begär för sin tillsyn. Tillsynsmyndighetens rätt att inhämta upplysningar regleras i 18 kap. 2 §.

### **Föreläggande**

**4 §** Om det behövs för att tillsynsmyndigheten ska kunna utöva sin tillsyn enligt denna lag, får myndigheten förelägga en upphandlande myndighet eller enhet eller den som kan antas vara en upphandlande myndighet eller enhet att lämna uppgift, att visa upp en handling eller att lämna över en kopia av handlingen.

Ett föreläggande enligt första stycket får överklagas hos allmän förvaltningsdomstol.

När ett föreläggande överklagas, är tillsynsmyndigheten motpart hos allmän förvaltningsdomstol.

Paragrafen motsvarar 18 kap. 4 § LOU och LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 12.8.

Paragrafens *första stycke*, som kompletterar rätten att inhämta upplysningar och skyldigheten att tillhandahålla sådana i 18 kap. 2 respektive 3 §, ger tillsynsmyndigheten rätt att utfärda ett föreläggande. Föreläggandet kan riktas mot en upphandlande myndighet eller enhet eller mot den som kan antas vara en upphandlande myndighet eller enhet. Föreläggandet kan avse lämnande av uppgifter, uppvisande av en handling eller överlämnande av en kopia av en handling. Tillsynsmyndigheten kan välja att tillgripa ett föreläggande, exempelvis om den har anledning att tro att uppgifterna annars inte skulle tillhandahållas. Möjligheten att utfärda ett föreläggande avgränsas av att uppgiften eller handlingen ska behövas för att tillsynsmyndigheten ska kunna utöva tillsyn enligt lagen.

Att föreläggandet kan riktas mot den som kan antas vara en upphandlande myndighet eller enhet innebär att den som av tillsynsmyndigheten bedöms vara en upphandlande myndighet eller enhet inte kan vägra att lämna uppgifter eller handlingar till tillsynsmyndigheten. Om den som föreläggandet riktar sig till har en avvikande åsikt i frågan om tillsynsmyndigheten har fog för föreläggandet får föreläggandet överklagas.

Av *andra stycket* framgår att ett föreläggande kan överklagas till allmän förvaltningsdomstol.

Enligt  *tredje stycket* är tillsynsmyndigheten motpart i allmän förvaltningsdomstol.

### Behörig domstol

5 § Tillsynsmyndighetens föreläggande enligt 4 § får överklagas hos den förvaltningsrätt i vars domkrets den som föreläggandet riktar sig till har sin hemvist.

Prövningstillstånd krävs vid överklagande till kammarrätten.

Paragrafen motsvarar 18 kap. 5 § LOU och LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 12.8 och 12.10.

*Första stycket* innehåller en forumbestämmelse.

Av paragrafens *andra stycke* framgår att det krävs prövningstillstånd vid överklagande till kammarrätten.

## 16.2 Förslaget till lag om ändring i lagen (1971:289) om allmänna förvaltningsdomstolar

18 § En förvaltningsrätt är domför med en lagfaren domare ensam

1. vid åtgärd som avser endast måls beredande,
2. vid förhör med vittne eller sakkunnig som begärts av en annan förvaltningsrätt,
3. vid beslut som avser endast rättelse av felräkning, felskrivning eller annat uppenbart förbiseende och

4. vid annat beslut som inte innefattar slutligt avgörande av mål.

Om det inte är påkallat av särskild anledning att målet prövas av fullsuttan rätt, är en förvaltningsrätt domför med en lagfaren domare ensam vid beslut som inte innefattar prövning av målet i sak.

Åtgärder som avser endast beredandet av ett mål och som inte är av sådant slag att de bör förbehållas lagfarna domare får utföras av en annan tjänsteman som har tillräcklig kunskap och erfarenhet och som är anställd vid förvaltningsrätten eller vid en tingsrätt på samma ort som förvaltningsrätten. Regeringen meddelar närmare föreskrifter om detta.

Vad som sägs i andra stycket gäller även vid avgörande i sak av

1. mål av enkel beskaffenhet,
2. mål enligt lagen (1994:466) om särskilda tvångsåtgärder i beskattningsförfarandet, enligt lagen (1978:880) om betalningssäkring för skatter, tullar och avgifter, om besiktning enligt fastighetstaxeringslagen (1979:1152), om handlings undantagande från taxeringsrevision, skatterevision eller annan granskning och om befrielse från skyldighet att lämna upplysningar, visa upp handling eller lämna kontrolluppgift enligt skatteförfattningarna,
3. mål om omedelbart omhändertagande enligt 6 § lagen (1990:52) med särskilda bestämmelser om vård av unga, mål om vård i enskildhet enligt 15 b § samma lag, mål om avskildhet enligt 15 c § samma lag, mål om tillfälligt flyttningsförbud enligt 27 § samma lag, mål om omedelbart omhändertagande enligt 13 § lagen (1988:870) om vård av missbrukare i vissa fall, mål om vård i enskildhet eller avskildhet enligt 34 § samma lag, mål om vård i enskildhet enligt 14 § lagen (1998:603) om verkställighet av sluten ungdomsvård, mål om avskildhet enligt 17 § samma lag, mål om tillfällig isolering enligt 5 kap. 3 § smittskyddslagen (2004:168), mål enligt 12 § första stycket och 33 § lagen

(1991:1128) om psykiatrisk tvångsvård, mål enligt 18 § första stycket 3–5 och 9 när det gäller de fall då vården inte har förenats med särskild utskrivningsprövning eller 6 lagen (1991:1129) om rättspsykiatrisk vård, mål om förvar och uppsikt enligt utlänningslagen (2005:716), mål enligt lagen (1974:202) om beräkning av strafftid m.m., mål enligt fängelselagen (2010:610) samt mål enligt lagen (1963:193) om samarbete med Danmark, Finland, Island och Norge angående verkställighet av straff m.m.,

4. mål enligt folkbokföringsförfattningarna, mål rörande preliminär skatt eller om anstånd med att betala skatt eller avgifter enligt skatteförfattningarna,

5. mål enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster *eller lagen (0000:00) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet*,

6. mål som avser en fråga av betydelse för inkomstbeskattningen, dock endast om värdet av vad som yrkas i målet uppenbart inte överstiger hälften av prisbasbeloppet enligt 2 kap. 6 och 7 §§ socialförsäkringsbalken,

7. mål enligt lagen (2004:629) om trängselskatt och

8. mål enligt lagen (2008:962) om valfrihetssystem.

Paragrafen, som innehåller bestämmelser om när en förvaltningsrätt är domför, är ändrad. I *fjärde stycket 5* görs en komplettering om att en förvaltningsrätt är domför med en lagfaren domare vid avgörande i sak av mål enligt lagen om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet. Det överensstämmer med vad som gäller för mål enligt LOU och LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 13.2.

### 16.3 Förslaget till lag om ändring i lagen (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet

**39 §** Har förhandling enligt 38 § ägt rum och förklarar den centrala arbetstagarorganisationen eller, om en sådan inte finns, den arbetstagarorganisation som har slutit kollektivavtalet, att den av arbetsgivaren tillänkta åtgärden kan antas medföra att lag eller kollektivavtal för arbetet åsidosätts eller att åtgärden på annat sätt strider mot vad som är allmänt godtaget inom parternas avtalsområde, får åtgärden inte beslutas eller verkställas av arbetsgivaren.

Vid upphandling enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, lagen (2008:962) om valfrihetssystem *eller lagen (0000:00) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet* får en förklaring enligt första stycket göras endast om den grundar sig på omständigheter som anges i

– 10 kap. 2 § och 15 kap. 13 § lagen om offentlig upphandling,

– 10 kap. 2 och 3 §§ samt 15 kap. 13 § lagen om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster,

– 7 kap. 1 § lagen om valfrihetssystem, *eller*

– 11 kap. 2 § och 15 kap. 13 § lagen (0000:00) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

Paragrafen, som reglerar facklig vetorätt, är ändrad. I paragrafens *andra stycke* kompletteras hänvisningarna till omständigheter som får medföra uteslutning av leverantörer i LOU, LUF och LOV med en hänvisning till motsvarande bestämmelser i lagen om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet. Förslaget behandlas i avsnitt 13.2.

**40 §** Förbud enligt 39 § inträder inte, om arbetstagarorganisationen saknar fog för sin ståndpunkt. Förbud inträder inte heller, om arbetstagarorganisationen vid sådan upphandling som avses i 39 § andra stycket har grundat sin förklaring på andra omständigheter än som anges i

- 10 kap. 2 § och 15 kap. 13 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- 10 kap. 2 och 3 §§ samt 15 kap. 13 § lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster,
- 7 kap. 1 § lagen (2008:962) om valfrihetsystem, *eller*
- 11 kap. 2 § samt 15 kap. 13 § lagen (0000:00) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

Har arbetsgivaren med stöd av 38 § tredje stycket verkställt beslut i den fråga som förhandlingen avser, ska 39 § inte tillämpas.

Paragrafen är ändrad. Paragrafen reglerar facklig vetorätt och dess *första stycke* kompletteras med en hänvisning till de paragrafer i lagen om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet som innehåller omständigheter som får medföra uteslutning av leverantörer. Förslaget behandlas i avsnitt 13.2.

## 16.4 Förslaget till lag om ändring i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling

### 1 kap.

**2 §** Denna lag gäller för offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster samt av byggkoncessioner. Lagen gäller även när upphandlande myndigheter anordnar projekttävlingar. Vad som avses med offentlig upphandling och upphandlande myndighet anges i 2 kap. 13 § respektive 19 §.

Endast 15 kap. tillämpas i fråga om offentlig upphandling som

1. avser tjänster enligt bilaga 3 (B-tjänster), *eller*
2. avser andra kontrakt, vars värde understiger de tröskelvärden som anges i

lagen.

I fråga om offentlig upphandling som avser tjänster som anges i bilaga 2 (A-tjänster) tillämpas inte 13 och 14 kap.

En upphandling som avser både A-tjänster och B-tjänster *ska* anses vara en upphandling av A-tjänster om värdet av A-tjänsterna överstiger värdet av B-tjänsterna. I annat fall *ska* upphandlingen i sin helhet anses vara en upphandling av B-tjänster.

*Regeringen tillkännager i Svensk författningssamling CPV-referensnummer för byggtreprenadkontrakt samt CPC- och CPV-referensnummer för A-tjänster och B-tjänster.*

I fråga om tjänstekoncessioner gäller endast 1 kap. 12 §.

Paragrafen är ändrad. Paragrafen reglerar lagens tillämpningsområde. Förslaget behandlas i avsnitt 13.1.2.

*Andra stycket* ändras på så sätt att där anges att 15 kap. gäller för de i stycket angivna upphandlingarna dvs. kontrakt som gäller B-tjänster och kontrakt vilkas värde inte uppgår till tillämpligt tröskelvärde. En hänvisning till 16 kap. behövs inte eftersom det i 15 kap. 2 § anges vilka bestämmelser i övrigt som gäller för upphandlingar enligt detta kapitel. I 15 kap. 2 § anges bl.a. att 16 kap ska tillämpas vid upphandlingar enligt 15 kap.

Vidare utgår upphandlingar som görs på försvarsområdet och som avser varor eller tjänster som omfattas av artikel 296 i EG-fördraget. Dessa upphandlingar omfattas av den nya lagen om upphandling inom försvars- och säkerhetsområdet.

I *andra stycket tredje punkten* anges att upphandlingar som omfattas av sekretess eller andra särskilda begränsningar med hänsyn till rikets väsentliga intressen ska omfattas endast av reglerna i 15 kap.

Av paragrafens *femte stycke* framgår att regeringen tillkännager i Svensk författningssamling byggtreprenadkontrakt samt A-tjänster och B-tjänster med CPC- och CPV-referensnummer. Förslaget i denna del behandlas i avsnitt 13.1.5.

#### Upphandling på försvars- och säkerhetsområdet

**3 a §** Denna lag gäller inte för upphandling som

1. omfattas av lagen (0000:00) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, eller

2. är undantagen enligt 1 kap. 7, 8 eller 9 § den lagen.

Paragrafen är ny och genomför artikel 71 i direktivet om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, som ändrar det klassiska direktivet. Av paragrafen framgår att LOU inte gäller för upphandling som omfattas av lagen om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet och inte heller för upphandling som är undantagen från den lagens tillämpningsområde enligt de nämnda paragraferna. Förslaget behandlas i avsnitt 13.1.1.

#### Undantag på grund av sekretess m.m.

**5 a §** Bestämmelserna i denna lag gäller inte i den utsträckning det är nödvändigt att göra undantag av synnerliga skäl avseende sekretess eller rikets väsentliga intressen.

Paragrafen är ny. Den genomför artikel 14 i direktivet, enligt vilken direktivet inte ska tillämpas på offentliga kontrakt som omfattas av sekretess eller som enligt gällande lagar och andra författningar i den aktuella medlemsstaten inte får genomföras utan särskilda säkerhetsåtgärder, eller då detta krävs med hänsyn till skyddet av denna medlemsstats vitala intressen. Av den nya paragrafen framgår att lagen inte gäller i den utsträckning det är nödvändigt att göra undantag av synnerliga skäl avseende sekretess eller rikets väsentliga intressen. Bestämmelsen riktar in sig på situationer då undantag krävs utan att det är fråga om ett försvars- eller säkerhetsintresse. Det kan t.ex. gälla upphandling av bevakningssystem till ett museum med värdefullt innehåll. Förslaget behandlas i avsnitt 13.1.2.

## **4 kap.**

**4 §** En upphandlande myndighet får i annonsen eller i förfrågningsunderlaget ange att förhandlat förfarande med föregående annonsering ska äga rum i successiva steg för att minska det antal anbud som förhandlingen ska omfatta. Därvid ska de tilldelningskriterier tillämpas som anges i annonsen om

upphandlingen *eller* i förfrågningsunderlaget. Det slutliga antalet anbud ska alltid vara så stort att effektiv konkurrens uppnås, under förutsättning att det finns ett tillräckligt antal lämpliga anbudssökande eller anbudsgivare.

Paragrafen är ändrad och genomför artikel 30.4 och delvis artikel 44.4 i det klassiska direktivet. Den reglerar förhandlat förfarande med föregående annonsering och hänvisningen till det beskrivande dokumentet, som enbart förekommer vid konkurrenspräglad dialog, har därför tagits bort. Förslaget behandlas i avsnitt 13.1.4.

**8 §** En upphandlande myndighet får använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering om

1. det gäller kompletterande byggentreprenader eller tjänster som inte ingår i det ursprungliga projektet eller det ursprungliga kontraktet, om kompletteringarna på grund av oförutsedda omständigheter krävs för att kontraktet *ska* kunna fullgöras, *och under förutsättning att de ska* utföras av den ursprungliga leverantören, *och om*

a) de inte utan stora tekniska eller ekonomiska olägenheter för den upphandlande myndigheten kan skiljas från det ursprungliga kontraktet, eller

b) de, *även om de kan avskiljas*, är absolut nödvändiga för att kontraktet *ska* kunna fullföljas, eller

2. det gäller en ny byggentreprenad eller tjänst som är en upprepning av tidigare byggentreprenader eller tjänster under förutsättning

a) att de nya arbetena ingår i ett projekt som tidigare varit föremål för ett öppet eller selektivt förfarande,

b) att arbetena tilldelas samma leverantör,

c) att det nya kontraktet är i överensstämmelse med det ursprungliga projektet,

d) att värdet av det nya kontraktet ingått i beräkningen av värdet av det ursprungliga projektet enligt bestämmelserna i 3 kap., *och*

e) att det i samband med den ursprungliga upphandlingen annonserats att det nu avsedda förfarandet kunde komma att användas.

Det sammanlagda värdet av kontrakt som avses i första stycket 1 får inte överstiga hälften av det ursprungliga kontraktets värde.

Det förfarande som avses i första stycket 2 får tillämpas under högst tre år efter det att det ursprungliga kontraktet slöts.

Paragrafen är ändrad. *Första stycket* 1 har fått en mer direktivnära utformning. Punkten avser rätten att använda sig förhandlat förfarande utan föregående annonsering beträffande kompletterande byggentreprenader eller tjänster som inte ingår i det ursprungliga projektet eller det ursprungliga kontraktet. För att förfarandet ska kunna tillämpas krävs *att* kompletteringarna på grund av oförutsedda omständigheter krävs för att kontraktet ska kunna fullgöras, *och* att de ska utföras av den ursprungliga leverantören, *och antingen* att de inte utan stora tekniska eller ekonomiska olägenheter för den upphandlande enheten kan skiljas från det ursprungliga kontraktet, *eller* att de, *även om de kan avskiljas*, är absolut nödvändiga för att det ursprungliga kontraktet ska kunna fullgöras. Förslaget behandlas i avsnitt 13.1.4.

**14 §** Den upphandlande myndigheten får bestämma att dialogen ska genomföras i successiva steg för att begränsa antalet lösningar som ska diskuteras under dialogen. I så fall ska det anges i annonsen eller i det beskrivande dokumentet. *Begränsningen ska ske enligt de tilldelningskriterier som anges i annonsen eller i det beskrivande dokumentet. Det slutliga antalet lösningar ska alltid vara så stort*

att effektiv konkurrens uppnås, under förutsättning att det finns ett tillräckligt antal lösningar.

Paragrafen är ändrad så att den förutom artikel 29.4 i det klassiska direktivet också genomför en del av artikel 44.4 i det klassiska direktivet, se också kommentaren till 4 kap. 4 §. Paragrafen reglerar successiva steg vid konkurrenspräglad dialog. Förslaget behandlas i avsnitt 13.1.4.

## 10 kap.

1 § En upphandlande myndighet ska utesluta en leverantör från att delta i en offentlig upphandling, om myndigheten får kännedom om att leverantören enligt en lagakraftvunnen dom är dömd för brott som innefattar

1. sådan brottslighet som avses i artikel 2 i rådets rambeslut 2008/841/RIF av den 24 oktober 2008 om kampen mot organiserad brottslighet<sup>118</sup>,

2. bestickning enligt definitionen i artikel 3 i rådets akt av den 26 maj 1997 om utarbetande på grundval av artikel K 3.2 c i fördraget om Europeiska unionen av konventionen om kamp mot korruption som tjänstemän i Europeiska gemenskaperna eller Europeiska unionens medlemsstater är delaktiga i<sup>119</sup>, respektive artikel 3.1 i rådets gemensamma åtgärd 98/742/RIF av den 22 december 1998 beslutad av rådet på grundval av artikel K 3 i fördraget om Europeiska unionen rörande korruption inom den privata sektorn<sup>120</sup>,

3. bedrägeri i den mening som avses i artikel 1 i konventionen som utarbetats på grundval av artikel K.3 i fördraget om Europeiska unionen, om skydd av Europeiska gemenskapernas finansiella intressen<sup>121</sup>, eller

4. penningtvätt enligt definitionen i artikel 1 i rådets direktiv 91/308/EEG av den 10 juni 1991 om åtgärder för att förhindra att det finansiella systemet används för tvättning av pengar<sup>122</sup>, ändrat genom Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/97/EG<sup>123</sup>.

Är leverantören en juridisk person, ska leverantören uteslutas om en företrädare för den juridiska personen har dömts för brottet.

Om det finns grundad anledning anta att en leverantör ska uteslutas med stöd av första stycket, får myndigheten begära att leverantören visar att det inte finns någon grund för uteslutning.

Om det finns särskilda skäl, får en upphandlande myndighet avstå från att utesluta en leverantör som dömts för brottslighet enligt första stycket.

Paragrafen är ändrad. Första stycket 1 hänvisade tidigare beträffande brottet deltagande i kriminell organisation till artikel 2.1 i rådets gemensamma åtgärd 98/733/RIF av den 21 december 1998. Den gemensamma åtgärden har upphävts och ersatts av rådets rambeslut 2008/841/RIF av den 24 oktober 2008 om kampen mot organiserad brottslighet. Artikel 2 i rambeslutet reglerar brott som rör deltagande i kriminell organisation, till vilken paragrafen hänvisar. Förslaget behandlas i avsnitt 8.9.

<sup>118</sup> EUT L 300, 11.11.2008, s. 42 (Celex 32008F0841).

<sup>119</sup> EGT C 195, 25.6.1997, s. 1 (Celex 31997F0625/01/).

<sup>120</sup> EGT L 358, 31.12.1998, s. 2 (Celex 31998F0742).

<sup>121</sup> EGT C 316, 27.11.1995, s. 48 (Celex 31995F1127/03/).

<sup>122</sup> EGT L 166, 28.6.1991, s. 77 (Celex 31991L0308).

<sup>123</sup> EGT L 344, 28.12.2001, s. 76 (Celex 32001L0097).

## 11 kap.

2 § En upphandlande myndighet får ställa krav på en lägsta nivå för anbudssökandes och anbudsgivares ekonomiska samt tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Dessa *ska* överensstämma med bestämmelserna i 7–13 §§. Omfattningen av den information som avses i 7–13 §§ samt de lägsta nivåerna för den kapacitet som krävs för ett visst kontrakt *ska* ha samband med kontraktsföremålet och stå i proportion till detta.

De krav på kapacitet som ställs upp *ska* framgå av annonsen om upphandling.

Paragrafen är ändrad. Hänvisningarna till kapitlets paragrafer om leverantörens ekonomiska och finansiella ställning samt tekniska och yrkesmässiga kapacitet har justerats för att uppnå överensstämmelse med det klassiska direktivet och med den nya lagen om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet. Förslaget behandlas i avsnitt 13.1.4.

## 15 kap.

2 § Vid offentlig upphandling enligt detta kapitel tillämpas även

- 1 kap. (lagens innehåll och tillämpningsområde samt allmänna bestämmelser),
- 2 kap. (definitioner),
- 4 kap. 22 § (inköpscentraler),
- 5 kap. (ramavtal), utom såvitt avser 5 kap. 5 § beträffande kravet på minst tre leverantörer för sådana ramavtal som omfattas av 5 kap. 6 §,
- 6 kap. 4 § (uppgifter om ursprung, tillverkning m.m.),
- 6 kap. 7 § (miljömärken),
- 6 kap. 13 § (särskilda villkor för fullgörande av kontrakt),
- 8 kap. 11 § (om någon annan än den upphandlande myndigheten ska lämna ut förfrågningsunderlaget eller det beskrivande dokumentet),
- 11 kap. 6 § (krav på registrering),
- 13 kap. (byggkoncessioner),
- 16 kap. (avtalsspärr, överprövning och skadestånd),
- 17 kap. (upphandlingsskadeavgift), och
- 18 kap. (tillsyn).

Vidare tillämpas bestämmelserna om konkurrenspräglad dialog i 4 kap. 1 § tredje stycket och 10–21 §§, 8 kap. 3 § första stycket, 5, 10 och 12 §§ samt 11 kap. 3 och 4 §§.

Vid offentlig upphandling som avser tjänster som anges i bilaga 3 (B-tjänster) tillämpas även 6 kap. 1–3, 5, 6 och 8 §§, när värdet av kontraktet uppgår till minst tillämpligt tröskelvärde i 3 kap.

En upphandlande myndighet får publicera annonser om upphandlingar på det sätt som gäller för upphandlingar enligt 7 kap.

Paragrafen är ändrad. Den nuvarande hänvisningen i första stycket till 8 kap. 12 § har tagits bort. 8 kap. 12 § gäller vid upphandling enligt 15 kap. i den del den avser konkurrenspräglad dialog. Hänvisningen har därför i stället placerats i paragrafens *andra stycke*. I övrigt motsvaras hänvisningen till 8 kap. 12 § av 15 kap. 10 §. I andra stycket har även hänvisningarna till 4 kap. 4 och 6 §§ tagits bort. Dessa paragrafer avser inte konkurrenspräglad dialog, utan förhandlat förfarande. Förslaget behandlas i avsnitt 13.1.4.

**10 §** Den upphandlande myndigheten ska vid förenklat förfarande och urvalsförfarande lämna ut kompletterande upplysningar om förfrågningsunderlaget senast sex dagar före angiven sista dag för att komma in med anbud, förutsatt att sådana upplysningar begärts i god tid.

Paragrafen är ny. Den anger att den upphandlande myndigheten vid förenklat förfarande och urvalsförfarande ska skicka ut upplysningar om till förfrågningsunderlaget senast sex dagar innan anbudstiden går ut. Kravet gäller endast under förutsättning att upplysningarna begärts i rimlig tid. Regeln ersätter den tidigare hänvisningen i 15 kap. 2 § till motsvarande bestämmelse i 8 kap. 12 § för upphandlingar som omfattas av direktivet. Eftersom den regeln omfattar upphandlingar som genomförs selektivt förfarande eller förhandlat förfarande har förevarande bestämmelse tillkommit som avser förenklat förfarande eller urvalsförfarande. Förslaget behandlas i avsnitt 13.1.4.

**19 §** Vid förenklat förfarande och urvalsförfarande ska den upphandlande myndigheten snarast möjligt skriftligen underrätta anbudssökandena och anbudsgivarna om de beslut som avses i 9 kap. 9 § och lämna sådana upplysningar som avses i 9 kap. 10 §.

Vid direktupphandling ska den upphandlande myndigheten, när beslut om leverantör och anbud fattats, underrätta anbudsgivarna om beslutet snarast möjligt.

En anbudsgivare är bunden av sitt anbud även om anbudsgivaren har fått sådan underrättelse eller sådana upplysningar som avses i första stycket.

Paragrafen är ändrad. LOU:s tillämpningsområde omfattar inte längre upphandling som avser väsentliga försvars- eller säkerhetsintressen och nuvarande 1 kap. 2 § föreslås därför upphävas, se kommentaren till 1 kap. 2 § och avsnitt 13.1.2. Hänvisningen till dessa bestämmelser i *andra stycket* i den nu aktuella paragrafen har därför tagits bort.

## **16 kap.**

Kapitlet har omdisponerats med anledning av förslag från Lagrådet i samband med genomförandet av ändringsdirektivet i LOU (se prop. 2009/10:180 del 2 bilaga 15 s. 509). Dispositionen överensstämmer med den av Lagrådet föreslagna, utom såvitt avser Lagrådets förslag om placeringen i 16 kap. 9 § av bestämmelser om interimistiskt beslut vid överprövning av ett avtals giltighet. Även när det gäller utformningen av enskilda paragrafer som har samband med omdispositionen har Lagrådets synpunkter i allt väsentligt beaktats. Förslaget behandlas i avsnitt 13.1.3.

**2 §** Avtalsspärr gäller inte

1. vid tilldelning av kontrakt efter upphandling utan föregående annonsering med stöd av 4 kap. 5–9 §§,
2. vid tilldelning av kontrakt på grund av ramavtal enligt 5 kap. 7 §, eller
3. vid direktupphandling enligt 15 kap. 3 § andra stycket.

Paragrafen motsvarar delvis nuvarande 16 kap. 7 § och innehåller bestämmelser om undantag från avtalsspärr.

Att direktivet om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet genomförs i svensk rätt och regleras i en särskild lag medför att 1 kap. 2 § ändras såtillvida att nuvarande andra stycket 3 och 4 utgår, se kommentaren till den paragrafen. Följaktligen utgår även hänvisningen till de punkterna i den nu aktuella paragrafen. Paragrafen är oförändrad i övrigt.

## **Överprövning**

### Allmänna bestämmelser om överprövning

**4 §** *Efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada får allmän förvaltningsdomstol överpröva*

- 1. en upphandling, och*
- 2. giltigheten av ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör.*

Rubrikerna som föregår paragrafen är nya. Paragrafen motsvarar delvis nuvarande 16 kap. 1 §. Paragrafen och rubrikerna är huvudsakligen utformade som Lagrådet har föreslagit (prop. 2009/10:180 del 2 bilaga 15 s. 524).

Av paragrafen framgår att allmän förvaltningsdomstol, efter ansökan av en leverantör, får överpröva en upphandling och ett avtals giltighet. Jämfört med nuvarande 16 kap. 1 § – som riktar sig till leverantören – beskriver paragrafen i stället vad domstolen får göra.

**6 §** *Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.*

*Överprövning av en upphandling får inte ske efter det att avtal har slutits mellan den upphandlande myndigheten och en leverantör.*

Paragrafen är ny men motsvarar nuvarande 16 kap. 5 och 13 §§ och har i allt väsentligt utformats som Lagrådet har föreslagit (prop. 2009/10:180 del 2 bilaga 15 s. 524).

Enligt paragrafens *första stycke*, vilket motsvarar nuvarande 16 kap. 5 §, kan rätten, under vissa angivna förutsättningar, besluta att en upphandling ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

*Andra stycket* motsvarar nuvarande 16 kap. 13 § och innebär att en upphandling inte ska överprövas sedan ett avtal har slutits. En överprövning av en upphandling påverkar nämligen inte ett civilrättsligt avtals giltighet. Om avtal har slutits under en pågående överprövning av en upphandling ska i stället, under vissa förutsättningar, avtalets giltighet överprövas, se 16 kap. 7 §.

**7 §** *Om den upphandlande myndigheten under pågående överprövning av en upphandling ingår ett avtal i strid med 1, 3, 8, 9 eller 10 §, ska rätten, på yrkande av leverantören, överpröva avtalets giltighet i enlighet med 13–15 §§.*

Paragrafen motsvarar nuvarande 16 kap. 14 §.

Om en upphandlande myndighet, under pågående överprövning av en upphandling, ingår ett avtal i strid med en avtalsspärr (avtalsspärr efter tilldelningsbeslut, förlängd avtalsspärr eller avtalsspärr vid förhandsinsyn), ett interimistiskt beslut om att avtal inte får ingås eller en tiodagarsfrist kan leverantören justera sin talan till att i stället avse avtalets giltighet. Möjligheten ska ses tillsammans med 16 kap. 6 § och innebär att en leverantör i situation när den upphandlande myndigheten felaktigt ingår ett avtal inte tvingas att på nytt behöva ansöka om överprövning, men denna gång av avtalets giltighet.

**8 §** Om en ansökan om överprövning av en upphandling har gjorts, fortsätter avtalsspärr enligt 1 eller 3 § att gälla under handläggningen i förvaltningsrätten (förlängd avtalsspärr).

Rätten får besluta att någon förlängd avtalsspärr inte ska gälla.

Paragrafen, som motsvarar nuvarande 16 kap. 9 §, innehåller bestämmelser om förlängd avtalsspärr under förvaltningsrättens handläggning av ett mål om överprövning av en upphandling. Till följd av omstruktureringen av 16 kap. har hänvisningarna i *första stycket* till de paragrafer som innehåller bestämmelser om avtalsspärr ändrats. Paragrafen är oförändrad i övrigt.

#### Interimistiskt beslut vid överprövning av en upphandling

**9 §** *I fall då avtalsspärr enligt 1, 3 eller 8 § inte gäller får rätten besluta att den upphandlande myndigheten inte får ingå avtal innan något annat har bestämts.*

*Rätten får avstå från att fatta beslut enligt första stycket, om den skada eller olägenhet som åtgärden skulle medföra kan bedömas vara större än skadan för leverantören.*

Rubriken som föregår paragrafen är ny. Paragrafen är ny, men motsvarar delvis nuvarande 16 kap. 4 §. Paragrafens *första stycke* har ändrats så att det endast omfattar interimistiskt beslut vid överprövning av en upphandling.

Bestämmelser om interimistiskt beslut vid överprövning av ett avtals giltighet finns i 16 kap. 16 §.

**10 §** När en förlängd avtalsspärr gäller enligt 8 §, får den upphandlande myndigheten inte ingå avtal förrän tio dagar har gått från det att förvaltningsrätten har avgjort målet.

När en förvaltningsrätt eller en kammarrätt har fattat ett beslut enligt 9 §, får avtal inte ingås förrän tio dagar har gått från det att domstolen har avgjort målet eller upphävt beslutet.

När Högsta förvaltningsdomstolen har fattat ett beslut enligt 9 § och beslutat att återförvisa målet till lägre instans, får avtal inte ingås förrän tio dagar har gått från beslutet om återförvisning.

Rätten får besluta att någon tiodagarsfrist inte ska gälla.

Paragrafen reglerar när en tiodagarsfrist gäller efter det att en allmän förvaltningsdomstol har avgjort ett mål om överprövning av en upphandling. När fristen löper får den upphandlande myndigheten inte ingå avtal.

Som en följd av omstruktureringen av 16 kap. har hänvisningen i *första stycket* till paragrafen om förlängd avtalsspärr och hänvisningarna i *andra och tredje styckena* till paragrafen om interimistiskt beslut vid överprövning av en upphandling ändrats. Paragrafen är oförändrad i övrigt.

**11 §** En ansökan om överprövning av en upphandling ska ha kommit in till förvaltningsrätten före utgången av *en* sådan avtalsspärr som avses i 1 eller 3 §.

Paragrafen reglerar tidsfristen för att ansöka om överprövning av en upphandling och, med anledning av omstruktureringen av 16 kap., har hänvisningarna i till bestämmelserna om avtalsspärr och avtalsspärr vid förhandsinsyn ändrats. Vidare har en mindre redaktionell ändring gjorts. Paragrafens sakliga innehåll har emellertid inte ändrats.

**13 §** Rätten ska besluta att ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör är ogiltigt, om avtalet har slutits

1. utan föregående annonsering enligt 7 kap. 1 eller 2 §, 13 kap. 2 eller 5 §, 14 kap. 5 § eller 15 kap. 4 §, eller

2. enligt ett förfarande i 5 kap. 7 § utan att de villkor har följts som framgår av den paragrafen eller av det ramavtal som ligger till grund för det nya anbuds-förfarandet och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

Ett avtal ska också förklaras ogiltigt, om det har slutits i strid med *bestämmelserna om avtalsspärr i 1, 3 eller 8 §, ett interimistiskt beslut enligt 9 §, tiodagarsfristen i 10 § eller om avtalet har slutits före en underrättelse om tilldelningsbeslut enligt 9 kap. 9 § första stycket eller 15 kap. 19 §.* För ogiltighet i sådana fall krävs dessutom att de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag har överträtts och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

Paragrafen motsvarar nuvarande 16 kap. 15 § och reglerar förutsättningarna för att ogiltigförklara ett avtal.

I *första stycket 1* har hänvisningen till 15 kap. 6 § tagits bort, då denna paragraf har upphävts genom SFS 2010:571. De bestämmelser om annonsering vid urvalsförfarande som tidigare fanns i 15 kap. 6 § första och tredje styckena återfinns sedan den 15 juli 2010 i 15 kap. 4 § (se prop. 2009/10:180 del 1 s. 346).

Till följd av omstruktureringen av 16 kap. har hänvisningarna i *andra stycket* till de paragrafer som reglerar avtalsspärr, interimistiskt beslut vid överprövning av en upphandling och tiodagarsfrist ändrats. Detta innebär inte någon förändring i sak.

**14 §** Om det finns tvingande hänsyn till ett allmänintresse, ska rätten besluta att avtalet får bestå trots att förutsättningarna för ogiltighet enligt 13 § är uppfyllda.

Paragrafen, som reglerar att ett avtal inte ska ogiltigförklaras om det finns tvingande hänsyn till ett allmänintresse, motsvarar nuvarande 16 kap. 16 §. På grund av omstruktureringen av 16 kap. har hänvisningen till förutsättningarna för att ogiltigförklara ett avtal ändrats. Paragrafen är oförändrad i övrigt.

**15 §** Bestämmelserna om ogiltighet i 13 § ska inte tillämpas

1. på avtal som har slutits av en upphandlande myndighet med stöd av ramavtal enligt 5 kap. 7 §, om den upphandlande myndigheten skickat en underrättelse om tilldelningsbeslutet enligt 9 kap. 9 § första stycket, samt iakttagit en avtalsspärr enligt 1 §, eller

2. om en upphandlande myndighet genom förhandsinsyn enligt 7 kap. 4 § eller 15 kap. 5 a § har meddelat sin avsikt att upphandla och har iakttagit avtalsspärren vid förhandsinsyn enligt 3 §.

Paragrafen motsvarar nuvarande 16 kap. 17 § och innehåller undantag från bestämmelserna om ogiltigförklaring av avtal. I paragrafen har, till följd av omstruktureringen av 16 kap., hänvisningen till förutsättningarna för att ogiltigförklara ett avtal och hänvisningen till avtalsspärren ändrats. Paragrafen är oförändrad i övrigt.

#### Interimistiskt beslut vid överprövning av ett avtals giltighet

**16 §** Rätten får besluta att ett avtal inte får fullgöras till dess något annat har bestämts.

Rätten får avstå från att fatta beslut enligt första stycket, om den skada eller olägenhet som åtgärden skulle medföra kan bedömas vara större än skadan för leverantören.

Rubriken som föregår paragrafen är ny. Paragrafen är ny, men motsvarar delvis nuvarande 16 kap. 4 §, och reglerar interimistiskt beslut vid överprövning av ett avtals giltighet. Någon saklig förändring i förhållande till vad som idag gäller för sådana interimistiska beslut är inte avsedd. Till skillnad från vad Lagrådet har föreslagit, har paragrafen placerats i anslutning till övriga paragrafer som reglerar överprövning av ett avtals giltighet.

**21 §** Talan om skadestånd ska väckas vid allmän domstol inom ett år från den tidpunkt då avtal har slutits mellan den upphandlande myndigheten och en leverantör eller har förklarats ogiltigt enligt 13 § genom ett avgörande som har vunnit laga kraft. Väcks inte talan i tid, är rätten till skadestånd förlorad.

Paragrafen reglerar den tid inom vilken talan om skadestånd ska väckas. Som en följd av omstruktureringen av 16 kap. är hänvisningen till förutsättningarna för att ogiltigförklara ett avtal ändrad. Det innebär inte någon saklig förändring av paragrafens innehåll.

## 16.5 Förslaget till lag om ändring i lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster

### **1 kap.**

**2 §** Denna lag gäller för upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster för verksamhet inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster enligt 4–10 §§. Lagen gäller också då en upphandlande enhet anordnar projektävlingar. Vad som avses med upphandling och upphandlande enhet framgår av 2 kap. 23 § respektive 20 §.

Endast 15 kap. tillämpas i fråga om upphandling som

1. avser tjänster enligt bilaga 3 (B-tjänster), *eller*

2. avser andra kontrakt, vars värde understiger de tröskelvärden som anges i lagen.

I fråga om upphandling som avser tjänster som anges i bilaga 2 (A-tjänster) tillämpas inte 13 kap.

En upphandling som avser både A-tjänster och B-tjänster *ska* anses vara en upphandling av A-tjänster om värdet av A-tjänsterna överstiger värdet av B-tjänsterna. I annat fall *ska* upphandlingen i sin helhet anses vara en upphandling av B-tjänster.

*Regeringen tillkännager i Svensk författningssamling CPV-referensnummer för byggentreprenadkontrakt samt CPC- och CPV-referensnummer för A-tjänster och B-tjänster.*

Paragrafen är ändrad. Förslaget behandlas i avsnitt 13.1.2. Paragrafen reglerar lagens tillämpningsområde. *Andra stycket* ändras på så sätt att där anges att 15 kap. gäller för de i stycket angivna upphandlingarna, dvs. kontrakt som gäller B-tjänster och kontrakt vilkas värde inte uppgår till tillämpligt tröskelvärde. En hänvisning till 16 kap. behövs inte eftersom det i 15 kap. 2 § anges vilka bestämmelser i övrigt som gäller för upphandlingar enligt detta kapitel. I 15 kap. 2 § anges bl.a. att 16 kap *ska* tillämpas vid upphandlingar enligt 15 kap.

Av paragrafens *femte stycke* framgår att regeringen tillkännager i Svensk författningssamling byggentreprenadkontrakt samt A-tjänster och B-tjänster med CPC- och CPV-referensnummer. Förslaget behandlas i avsnitt 13.1.5.

#### Upphandling på försvars- och säkerhetsområdet

**3 a §** *Denna lag gäller inte för upphandling som*

1. omfattas av lagen (0000:00) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, *eller*

2. är undantagen enligt 1 kap. 7, 8 eller 9 § den lagen.

Paragrafen är ny och genomför artikel 70 i direktivet om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, som ändrar försörjningsdirektivet. Av paragrafen framgår att LUF inte gäller för upphandling som omfattas av lagen om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet och inte heller för upphandling som är undantagen från den lagens tillämpningsområde enligt de nämnda paragraferna. Förslaget behandlas i avsnitt 13.1.1.

#### Undantag på grund av sekretess

**13 a §** *Bestämmelserna i denna lag gäller inte i den utsträckning det är nödvändigt att göra undantag av synnerliga skäl avseende sekretess.*

Paragrafen är ny och genomför artikel 21 i direktivet, enligt vilken direktivet inte ska tillämpas på kontrakt som en medlemsstat belagt med sekretess eller som enligt gällande lagar och andra författningar i den berörda medlemsstaten inte får fullgöras utan särskilda säkerhetsåtgärder, eller då detta krävs med hänsyn till skyddet av denna medlemsstats grundläggande säkerhetsintressen. Av den nya paragrafen framgår att lagen inte gäller i den utsträckning det är nödvändigt att göra undantag

av synnerliga skäl avseende sekretess. Förslaget behandlas i avsnitt 13.1.2.

## 4 kap.

2 § En upphandlande enhet får tilldela ett kontrakt utan föregående annonsering om

1. det vid ett förfarande med föregående annonsering inte lämnats några anbudsansökningar eller inte lämnats några anbud eller inte lämnats några lämpliga anbud och de ursprungliga villkoren för kontraktet inte ändrats väsentligt,

2. det gäller ett kontrakt som är avsett endast för forsknings-, experiment-, studie- eller utvecklingsändamål, och kontraktet inte syftar till vinst eller till att täcka forsknings- och utvecklingskostnader och under förutsättning att det inte försämrar möjligheten till konkurrens vid en senare kontraktstilldelning som i första hand har något sådant syfte,

3. det som ska upphandlas av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt kan fullgöras av endast en viss leverantör,

4. det är absolut nödvändigt att tilldela kontraktet, men synnerlig brådska, orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses av den upphandlande enheten, gör det omöjligt att hålla tidsfristerna vid öppet, selektivt eller förhandlat förfarande med föregående annonsering,

5. det gäller kompletterande leveranser av varor från den ursprungliga leverantören, om

a) varorna är avsedda som antingen delvis utbyte av eller tillägg till tidigare leveranser, och

b) ett byte av leverantör skulle medföra att den upphandlande enheten tvingades anskaffa varor som skulle vara tekniskt oförenliga med de först anskaffade eller leda till oproportionerliga tekniska svårigheter avseende drift och underhåll,

6. det gäller kompletterande byggentreprenader eller tjänster som inte ingår i det ursprungliga projektet eller det ursprungliga kontraktet, om kompletteringarna på grund av oförutsedda omständigheter krävs för att kontraktet ska kunna fullgöras, och under förutsättning att de ska utföras av den ursprungliga leverantören, och om

a) de inte utan stora tekniska eller ekonomiska olägenheter för den upphandlande enheten kan skiljas från det ursprungliga kontraktet, eller

b) de, även om de kan avskiljas, är absolut nödvändiga för att det ursprungliga kontraktet ska kunna fullgöras,

7. det gäller en ny byggentreprenad, som är en upprepning av tidigare byggentreprenader under förutsättning

a) att de nya arbetena ingår i ett projekt som tidigare varit föremål för ett öppet eller selektivt förfarande,

b) att arbetena tilldelas samma leverantör,

c) att det nya kontraktet är i överensstämmelse med det ursprungliga projektet,

d) att värdet av det nya kontraktet ingått i beräkningen av värdet av det ursprungliga projektet enligt bestämmelserna i 3 kap., och

e) att det i samband med den ursprungliga upphandlingen annonserats att det nu avsedda förfarandet kunde komma att användas,

8. det gäller varor som noteras och omsätts på en råvarumarknad,

9. kontraktet grundar sig på ett ramavtal som upphandlats enligt denna lag,

10. det är möjligt att anskaffa varor genom att utnyttja särskilt förmånliga erbjudanden som gäller under mycket kort tid, när priset ligger betydligt under det normala marknadspriset, eller

11. det är möjligt att anskaffa varor på särskilt förmånliga villkor genom att köpa i samband med att en leverantör upphört med sin verksamhet eller trätt i likvidation eller försatts i konkurs eller är föremål för motsvarande förfarande.

Paragrafen är ändrad. *Första stycket*, 6 har fått en mer direktivnära utformning. Punkten avser rätten att använda sig förhandlat förfarande utan föregående annonsering beträffande kompletterande byggtrenader eller tjänster som inte ingår i det ursprungliga projektet eller det ursprungliga kontraktet. För att förfarandet ska kunna tillämpas krävs att kompletteringarna på grund av oförutsedda omständigheter krävs för att kontraktet ska kunna fullgöras, och att de ska utföras av den ursprungliga leverantören, och antingen att de inte utan stora tekniska eller ekonomiska olägenheter för den upphandlande enheten kan skiljas från det ursprungliga kontraktet, eller att de, även om de kan avskiljas, är absolut nödvändiga för att det ursprungliga kontraktet ska kunna fullgöras. Förslaget behandlas i avsnitt 13.1.4.

## 10 kap.

1 § En upphandlande enhet som är en upphandlande myndighet ska utesluta en leverantör från att delta i ett kvalificeringssystem eller en upphandling, om myndigheten får kännedom om att leverantören enligt en lagakraftvunnen dom är dömd för brott som innefattar

1. sådan brottslighet som avses i artikel 2 i rådets rambeslut 2008/841/RIF av den 24 oktober 2008 om kampen mot organiserad brottslighet<sup>124</sup>,

2. bestickning enligt definitionen i artikel 3 i rådets akt av den 26 maj 1997 om utarbetande på grundval av artikel K 3.2 c i fördraget om Europeiska unionen av konventionen om kamp mot korruption som tjänstemän i Europeiska gemenskaperna eller Europeiska unionens medlemsstater är delaktiga i<sup>125</sup>, respektive artikel 3.1 i rådets gemensamma åtgärd 98/742/RIF av den 22 december 1998 beslutad av rådet på grundval av artikel K 3 i fördraget om Europeiska unionen rörande korruption inom den privata sektorn<sup>126</sup>,

3. bedrägeri i den mening som avses i artikel 1 i konventionen som utarbetats på grundval av artikel K.3 i fördraget om Europeiska unionen, om skydd av Europeiska gemenskapernas finansiella intressen<sup>127</sup>, eller

4. penningtvätt enligt definitionen i artikel 1 i rådets direktiv 91/308/EEG av den 10 juni 1991 om åtgärder för att förhindra att det finansiella systemet används för tvättning av pengar<sup>128</sup>, ändrat genom Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/97/EG<sup>129</sup>.

Är leverantören en juridisk person, ska leverantören uteslutas om en företrädare för den juridiska personen har dömts för brottet.

Om det finns grundad anledning anta att en leverantör ska uteslutas med stöd av första stycket, får myndigheten begära att leverantören visar att det inte finns någon grund för uteslutning.

Om det finns särskilda skäl, får en upphandlande myndighet avstå från att utesluta en leverantör som dömts för brottslighet enligt första stycket.

<sup>124</sup> EUT L 300, 11.11.2008, s. 42 (Celex 32008F0841).

<sup>125</sup> EGT C 195, 25.6.1997, s. 1 (Celex 31997F0625/01/).

<sup>126</sup> EGT L 358, 31.12.1998, s. 2 (Celex 31998F0742).

<sup>127</sup> EGT C 316, 27.11.1995, s. 48 (Celex 31995F1127/03/).

<sup>128</sup> EGT L 166, 28.6.1991, s. 77 (Celex 31991L0308).

<sup>129</sup> EGT L 344, 28.12.2001, s. 76 (Celex 32001L0097).

Paragrafen är ändrad. Första stycket 1 hänvisade tidigare beträffande brottet deltagande i kriminell organisation till artikel 2.1 i rådets gemensamma åtgärd 98/733/RIF av den 21 december 1998. Den gemensamma åtgärden har upphävts och ersatts av rådets rambeslut 2008/841/RIF av den 24 oktober 2008 om kampen mot organiserad brottslighet. Artikel 2 i rambeslutet reglerar brott som rör deltagande i kriminell organisation, till vilken paragrafen hänvisar. Förslaget behandlas i avsnitt 8.8.

## 15 kap.

2 § Vid upphandling enligt detta kapitel tillämpas även

- 1 kap. (lagens innehåll och tillämpningsområde samt allmänna bestämmelser),
- 2 kap. (definitioner),
- 4 kap. 4 § (inköpscentraler),
- 5 kap. (ramavtal),
- 6 kap. 4 § (uppgifter om ursprung, tillverkning m.m.),
- 6 kap. 7 § (miljömärken),
- 6 kap. 14 § (särskilda villkor för fullgörande av kontrakt),
- 8 kap. 12 § (om någon annan än den upphandlande enheten ska lämna ut förfrågningsunderlaget),
- 16 kap. (avtalsspärr, överprövning och skadestånd),
- 17 kap. (upphandlingsskadeavgift), och
- 18 kap. (tillsyn).

Vid upphandling som avser tjänster som anges i bilaga 3 (B-tjänster) tillämpas även 6 kap. 1–3, 5, 6 och 8 §§, när värdet av kontraktet uppgår till minst tillämpligt tröskelvärde i 3 kap.

Ett särskilt kvalificeringssystem enligt 11 kap. 2 § får tillämpas vid användning av urvalsförfarande för tilldelning av kontrakt eller ramavtal enligt detta kapitel.

En upphandlande enhet får publicera annonser om upphandlingar på det sätt som gäller för upphandlingar enligt 7 kap.

Paragrafen är ändrad. Hänvisningen i paragrafens första stycke till 8 kap. 13 § har tagits bort. Den har ersatts av 15 kap. 10 §. Förslaget behandlas i avsnitt 13.1.4.

10 § Den upphandlande enheten ska vid förenklat förfarande och urvalsförfarande lämna ut kompletterande upplysningar om förfrågningsunderlaget senast sex dagar före angiven sista dag för att komma in med anbud, förutsatt att sådana upplysningar begärts i god tid.

Paragrafen är ny. Den anger att den upphandlande enheten vid förenklat förfarande och urvalsförfarande ska skicka ut upplysningar om till förfrågningsunderlaget senast sex dagar innan anbudstiden går ut. Kravet gäller endast under förutsättning att upplysningarna begärts i rimlig tid. Regeln ersätter den tidigare hänvisningen i 15 kap. 2 § till motsvarande bestämmelse i 8 kap. 13 § för upphandlingar som omfattas av direktivet. Eftersom den regeln omfattar upphandlingar som genomförs selektivt förfarande eller förhandlat förfarande har förevarande bestämmelse tillkommit som avser förenklat förfarande eller urvalsförfarande. Förslaget behandlas i avsnitt 13.1.4.

**19 §** Vid förenklat förfarande och urvalsförfarande ska den upphandlande enheten snarast möjligt skriftligen underrätta anbudssökandena och anbudsgivarna om de beslut som avses i 9 kap. 9 § och lämna sådana upplysningar som avses i 9 kap. 10 §.

Vid direktupphandling ska den upphandlande enheten, när beslut om leverantör och anbud fattats, underrätta anbudsgivarna om beslutet snarast möjligt.

En anbudsgivare är bunden av sitt anbud även om anbudsgivaren har fått sådan underrättelse eller sådana upplysningar som avses i första stycket.

Paragrafen är ändrad. LUF:s tillämpningsområde omfattar inte längre upphandling som avser väsentliga säkerhetsintressen och nuvarande 1 kap. 2 § 3 föreslås därför upphävas, se kommentaren till 1 kap. 2 § och avsnitt 13.1.2. Hänvisningen till denna punkt i *andra stycket* i den nu aktuella paragrafen har därför tagits bort.

## **16 kap.**

Kapitlet har omdisponerats med anledning av förslag från Lagrådet i samband med genomförandet av ändringsdirektivet i LUF (se prop. 2009/10:180 del 2 bilaga 15 s. 509), se författningskommentaren till LOU. Förslaget behandlas i avsnitt 13.1.3.

**2 §** Avtalsspärr gäller inte

1. vid tilldelning av kontrakt efter upphandling utan föregående annonsering med stöd av 4 kap. 2 eller 3 §, eller

2. vid direktupphandling enligt 15 kap. 3 § andra stycket.

Paragrafen motsvarar delvis nuvarande 16 kap. 7 § och innehåller bestämmelser om undantag från avtalsspärr. 1 kap. 2 § är ändrad på så sätt att andra stycket 3 utgår. Följaktligen utgår även hänvisningen till den punkten i den nu aktuella paragrafen. Paragrafen är oförändrad i övrigt.

## **Överprövning**

### Allmänna bestämmelser om överprövning

**4 §** Efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada får allmän förvaltningsdomstol överpröva

1. en upphandling, och

2. giltigheten av ett avtal som har slutits mellan en upphandlande enhet och en leverantör.

Rubrikerna som föregår paragrafen är nya. Paragrafen motsvarar delvis nuvarande 16 kap. 1 §. Paragrafen och rubrikerna överensstämmer med förslaget till 16 kap. 4 § LOU och rubrikerna närmast före den paragrafen, se kommentaren till den paragrafen.

**6 §** Om den upphandlande enheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 24 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att

*upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.*

*Överprövning av en upphandling får inte ske efter det att avtal har slutits mellan den upphandlande enheten och en leverantör.*

Paragrafen är ny, men motsvarar nuvarande 16 kap. 5 och 13 §§. Paragrafen överensstämmer med förslaget till 16 kap. 6 § LOU, se kommentaren till den paragrafen.

**7 §** Om den upphandlande enheten under pågående överprövning av en upphandling ingår ett avtal i strid med 1, 3, 8, 9 eller 10 §, ska rätten, på yrkande av leverantören, överpröva avtalets giltighet i enlighet med 13–15 §§.

Paragrafen motsvarar nuvarande 16 kap. 14 § och överensstämmer med förslaget till 16 kap. 7 § LOU, se kommentaren till den paragrafen.

**8 §** Om en ansökan om överprövning av en upphandling har gjorts, fortsätter avtalsspärr enligt 1 eller 3 § att gälla under handläggningen i förvaltningsrätten (förlängd avtalsspärr).

Rätten får besluta att någon förlängd avtalsspärr inte ska gälla.

Paragrafen, som motsvarar nuvarande 16 kap. 9 §, överensstämmer med förslaget till 16 kap. 8 § LOU, se kommentaren till den paragrafen.

#### *Interimistiskt beslut vid överprövning av en upphandling*

**9 §** *I fall då avtalsspärr enligt 1, 3 eller 8 § inte gäller får rätten besluta att den upphandlande enheten inte får ingå avtal innan något annat har bestämts.*

*Rätten får avstå från att fatta beslut enligt första stycket, om den skada eller olägenhet som åtgärden skulle medföra kan bedömas vara större än skadan för leverantören.*

Rubriken som föregår paragrafen är ny. Paragrafen är ny, men motsvarar delvis nuvarande 16 kap. 4 §. Paragrafen och rubriken överensstämmer med förslaget till 16 kap. 9 § LOU och rubriken närmast före den paragrafen, se kommentaren till den paragrafen.

**10 §** När en förlängd avtalsspärr gäller enligt 8 §, får den upphandlande enheten inte ingå avtal förrän tio dagar har gått från det att förvaltningsrätten har avgjort målet.

När en förvaltningsrätt eller en kammarrätt har fattat ett beslut enligt 9 §, får avtal inte ingås förrän tio dagar har gått från det att domstolen har avgjort målet eller upphävt beslutet.

När Högsta förvaltningsdomstolen har fattat ett beslut enligt 9 § och beslutat att återförvisa målet till lägre instans, får avtal inte ingås förrän tio dagar har gått från beslutet om återförvisning.

Rätten får besluta att någon tiodagarsfrist inte ska gälla.

Paragrafen är ändrad och överensstämmer med förslaget till 16 kap. 10 § LOU, se kommentaren till den paragrafen.

**11 §** En ansökan om överprövning av en upphandling ska ha kommit in till förvaltningsrätten före utgången av *en* sådan avtalsspärr som avses i 1 eller 3 §.

Paragrafen är ändrad och överensstämmer med förslaget till 16 kap. 11 § LOU, se kommentaren till den paragrafen.

**13 §** Rätten ska besluta att ett avtal som har slutits mellan en upphandlande enhet och en leverantör är ogiltigt, om avtalet har slutits utan föregående annonsering enligt 7 kap. 1, 2, 3 eller 4 §, 13 kap. 5 § eller 15 kap. 4 §.

Ett avtal ska också förklaras ogiltigt, om det har slutits i strid med *bestämmelserna om avtalsspärr i 1, 3 eller 8 §, ett interimistiskt beslut enligt 9 §, tiodagarsfristen i 10 § eller om avtalet har slutits före en underrättelse om tilldelningsbeslut enligt 9 kap. 9 § första stycket eller 15 kap. 19 §.* För ogiltighet i sådana fall krävs dessutom att de grundläggande principerna i 1 kap. 24 § eller någon annan bestämmelse i denna lag har överträtts och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

Paragrafen motsvarar nuvarande 16 kap. 15 § och överensstämmer med förslaget till 16 kap. 13 § LOU, se kommentaren till den paragrafen. I paragrafen har även en redaktionell ändring gjorts.

**14 §** Om det finns tvingande hänsyn till ett allmänintresse, ska rätten besluta att avtalet får bestå trots att förutsättningarna för ogiltighet enligt 13 § är uppfyllda.

Paragrafen motsvarar nuvarande 16 kap. 16 § och överensstämmer med förslaget till 16 kap. 14 § LOU, se kommentaren till den paragrafen.

**15 §** Bestämmelserna om ogiltighet i 13 § ska inte tillämpas om en upphandlande enhet genom förhandsinsyn enligt 7 kap. 7 § eller 15 kap. 5 a § har meddelat sin avsikt att upphandla och har iakttagit avtalsspärren vid förhandsinsyn enligt 3 §.

Paragrafen motsvarar nuvarande 16 kap. 17 § och överensstämmer med förslaget till 16 kap. 15 § LOU, se kommentaren till den paragrafen.

#### *Interimistiskt beslut vid överprövning av ett avtals giltighet*

**16 §** Rätten får besluta att ett avtal inte får fullgöras till dess något annat har bestämts.

*Rätten får avstå från att fatta beslut enligt första stycket, om den skada eller olägenhet som åtgärden skulle medföra kan bedömas vara större än skadan för leverantören.*

Rubriken som föregår paragrafen är ny. Paragrafen är ny, men motsvarar delvis nuvarande 16 kap. 4 §. Paragrafen och rubriken överensstämmer med förslaget till 16 kap. 16 § LOU och rubriken närmast före den paragrafen, se kommentaren till den paragrafen.

**17 §** En ansökan om överprövning av ett avtals giltighet ska, om inte annat följer av andra stycket, ha kommit in till förvaltningsrätten inom sex *månader* från det att avtalet slöts.

Ansökan ska dock ha kommit in till förvaltningsrätten innan 30 dagar har gått från det att

1. Europeiska kommissionen har publicerat en annons enligt 7 kap. 6 § eller ett meddelande enligt 15 kap. 21 §, eller

2. den upphandlande enheten skriftligen har underrättat anbudssökandena och anbudsgivarna om att avtalet har slutits samt har lämnat en sammanfattning av sådana upplysningar som avses i 9 kap. 10 §.

I paragrafen har en rättelse av ordet månader gjorts. Paragrafen är oförändrad i övrigt.

**21 §** Talan om skadestånd ska väckas vid allmän domstol inom ett år från den tidpunkt då avtal har slutits mellan den upphandlande enheten och en leverantör eller har förklarats ogiltigt enligt 13 § genom ett avgörande som har vunnit laga kraft. Väcks inte talan i tid, är rätten till skadestånd förlorad.

Paragrafen, som är ändrad, överensstämmer med förslaget till 16 kap. 21 § LOU, se kommentaren till den paragrafen.

## 16.6 Förslaget till lag om ändring i offentlighets- och sekretesslagen (2009:400)

### 19 kap.

**3 §** Sekretess gäller för uppgift som hänför sig till ärende om förvärv, överlåtelse, upplåtelse eller användning av egendom, tjänst eller annan nytthet, om det kan antas att det allmänna lider skada om uppgiften röjs. Begreppet tjänst omfattar inte arbete som för en myndighets behov utförs av dess egen eller någon annan myndighets personal, om det inte är fråga om ett arbete som en myndighet i konkurrens med andra myndigheter eller enskilda erbjuder sig att utföra.

Om ett ärende enligt första stycket rör upphandling, får uppgift som rör anbud eller som rör motsvarande erbjudande inom en kommun, ett landsting eller en myndighet eller mellan statliga myndigheter inte i något fall lämnas till någon annan än den som har lämnat anbudet eller erbjudandet förrän alla anbud eller erbjudanden offentliggörs eller beslut om leverantör och anbud fattats eller ärendet dessförinnan har slutförts. Under en elektronisk auktion får dock lämnas sådana uppgifter som avses i 5 a kap. 11 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, 5 a kap. 11 § lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster eller 6 kap. 11 § lagen (0000:00) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet. Sekretessen enligt detta stycke gäller inte vid ett ansökningsförfarande enligt lagen (2008:962) om valfrihetssystem.

Om ett ärende enligt första stycket rör försäljning av lös egendom för det allmännas räkning, får uppgift som rör anbud eller som rör motsvarande erbjudande inom en kommun, ett landsting eller en myndighet eller mellan statliga myndigheter inte i något fall lämnas till någon annan än den som har lämnat anbudet eller erbjudandet förrän alla anbud eller erbjudanden offentliggörs eller avtal har slutits eller ärendet annars har slutförts.

För uppgift i en allmän handling gäller sekretessen i högst tjugo år. Beträffande handling som anger villkoren i slutet avtal gäller sekretessen dock längst till dess två år, eller hos statliga affärsverk och Försvarets materielverk samt i kommunal affärsverksamhet fem år, har gått från det avtalet slöts.

Paragrafen är ändrad. *Andra stycket* om anbudssekretess kompletteras med en hänvisning till 6 kap. 11 § lagen om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet när det gäller uppgifter som får lämnas vid en elektronisk auktion. Förslaget behandlas i avsnitt 13.2.

### 31 kap.

3 § Sekretess gäller i affärsverksamhet hos en bank, ett kreditmarknadsföretag eller ett värdepappersbolag som samverkande kommuner eller landsting utövar ett rättsligt bestämmande inflytande över för uppgift om en enskilds ekonomiska eller personliga förhållanden, om det inte står klart att uppgiften kan lämnas ut utan att den enskilde lider skada eller men. I ett ärende enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster eller lagen (0000:00) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet gäller dock sekretess för sådana uppgifter endast om det kan antas att den enskilde lider skada eller men om uppgiften röjs.

För uppgift i en allmän handling gäller sekretessen i högst tjugo år.

Paragrafen, som reglerar sekretess för uppgifter i affärsverksamhet hos en bank, ett kreditmarknadsföretag eller ett värdepappersbolag som samverkande kommuner eller landsting utövar ett rättsligt bestämmande inflytande över, är ändrad. Enligt *första stycket* gäller i ett ärende enligt LOU och LUF sekretess för uppgift om en enskilds ekonomiska eller personliga förhållanden endast om det kan antas att den enskilde lider skada eller men om uppgiften röjs. Stycket kompletteras med en hänvisning till lagen om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet. Förslaget behandlas i avsnitt 13.2.