

## **AVDELNING I**

**Uppdraget, gällande rätt och allmänna överväganden**

# 1 Inledning

## 1.1 Utredningsuppdraget

Utredningens huvudsakliga uppdrag (dir. 2004:47, se bilaga 1) är att lämna förslag till hur två EG-direktiv skall genomföras i svensk rätt, nämligen Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG om upphandling av vatten, energi, transporter och posttjänster och Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG om offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster.

Utredningen skall lämna förslag till de författningsändringar som är nödvändiga och övriga åtgärder som direktiven kan ge anledning till.

Utredningen skall vidare föreslå ändringar i nuvarande kapitel 6 LOU beträffande sådana bestämmelser som är uppbyggda efter mönster av en regel över tröskelvärdena (t.ex. bestämmelsen om prövning av anbud i 6 kap. 12 § LOU) och där denna direktivregel ändrats. Därvid skall utredaren beakta att bestämmelser och begrepp som hämtats från gemenskapsrätten blir tolkade på ett enhetligt sätt (EG-domstolens dom av den 17 juli 1997 i mål C-28/95 REG 1997 s. 4161).

Huvudregeln om affärsmässighet i nuvarande 1 kap. 4 § lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU) har utretts av Upphandlingskommittén, men något förslag om ändring av bestämmelsen har inte lämnats. De nya EG-direktiven innehåller en bestämmelse som uttryckligen anger att likabehandlings-, icke-diskriminerings- och öppenhetsprinciperna skall beaktas. Utredningen skall överväga om huvudregeln om affärsmässighet bör ändras eller ersättas av den nya bestämmelsen, dock med den utgångspunkten att det skall vara möjligt att ta miljöhänsyn och sociala hänsyn vid tilldelning av kontrakt i enlighet vad som anges i de nya direktiven.

Utredningen är fri att lämna de förslag i övrigt som utredningsarbetet kan föranleda.

## 1.2 Utredningens arbete

Under arbetets gång har utredningen haft möten med den referensgrupp som knutits till utredningen och med skilda berörda intressenter. Företrädare för utredningen har också deltagit i två nordiska möten där de nya direktiven diskuterats.

Utredningen har inhämtat synpunkter från Näringslivets Regelnämnd.

## 1.3 Framställningar

Till utredningen har kommit in skrivelser från bl.a. Equal Socialt företagande med synpunkter om hur sociala hänsyn skall kunna tas vid upphandling, från Statskontoret när det gäller användande av ramavtal, från Skatteverket med synpunkter bl.a. på hur upphandlingsförfarande kan förenklas och från Svenska Naturskyddsföreningen med synpunkter när det gäller miljöhänsyn.

## 2 Bakgrund

Regler för de statliga myndigheternas upphandling har funnits under hela 1900-talet (jfr prop. 1992/93:88 s. 34 f) Reglerna i början av 1900-talet avsåg att tillgodose den tidens krav på affärs-mässighet och syftade även till att garantera offentlighet och rätts-säkerhet.

I 1952 års upphandlingskungörelse skärptes kravet på affärs-mässighet. Detta högre krav innebar att preferensen för svensk vara bröts, bl.a. föreskrevs, att sysselsättningssituationen inte fick inverka på myndigheternas beslut.

I betänkandet SOU 1971: 88, Offentlig upphandling, framlades ett förslag till en ny upphandlingskungörelse. Regeringen redovisade sina överväganden i frågan för riksdagen i prop. 1973:73 där regeringen presenterade riktlinjerna för den statliga upphandlingen på grundval av kommitténs betänkande.

Sedan riksdagen beslutat godta de presenterade riktlinjerna utfärdade regeringen upphandlingskungörelsen (1973:600), varigenom 1952 års upphandlingskungörelse upphävdes. Upphandlingsreglerna omfattade nu även upphandling av tjänster.

År 1986 trädde upphandlingsförordningen (1986:366) i kraft. 1986 års förordning innebär i huvudsak en omredigering och modernisering av 1973 års kungörelse. Upphandlingsförordningen gällde fram till den 1 januari 1994 då lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU) trädde i kraft.

Gemenskapsrätten har sedan lång tid tillbaka innehållit regler om offentlig upphandling och om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och telekommunikation (försörjningssektorerna). Det är följande fyra förfarandedirektiv som nu ersätts av de två nya direktiven:

- 93/36 /EEG om upphandling av varor
- 93/37 /EEG om upphandling av byggentreprenader
- 92/50 /EEG om upphandling av tjänster

- 93/38 /EEG om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och telekommunikation.

De tre förstnämnda har varit föremål för ändring genom direktiv 97/52/EG och det senare genom direktiv 98/04/EG.

Av intresse är också två direktiv om rättsmedel vid överträdelse av reglerna om offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna, 89/665/EEG respektive 92/13/EEG (rättsmedelsdirektiven).

I Sverige regleras offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna i LOU. Härutöver gäller följande tre förordningar som antagits med stöd av verkställighetsföreskriften i 7 kap. 15 § LOU i syfte att införliva EG-direktiven om offentlig upphandling: förordningen (1998:78) om tekniska specifikationer vid offentlig upphandling, förordningen (1998:1364) om bevis vid offentlig upphandling och förordningen (2002:590) om standardformulär för annonsering vid offentlig upphandling. Vidare anges lagens tröskelvärden i förordningen (2000:63) om tröskelvärden vid offentlig upphandling.

## 3 Gällande rätt

### 3.1 Inledning

I detta kapitel görs en översiktlig genomgång av lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU) och de nya EG-direktiven. I samband med de lagförslag som lämnas behandlas, där det är påkallat, bestämmelserna i LOU och direktiven mer detaljerat.

Vidare behandlas i korthet vissa bestämmelser i EG-fördraget.

### 3.2 LOU

LOU trädde i kraft den 1 januari 1994. I propositionen som låg till grund för lagstiftningen (prop. 1992/93:88) föreslogs ett nytt regelverk för den offentliga upphandlingen i Sverige med anledning av de krav som då ställdes genom EES-avtalets regelverk om offentlig upphandling. Genom detta avtal åtog sig Sverige att införa regler motsvarande EU:s regler om den offentliga upphandlingen inom den inre marknaden. Förslaget innebar en omdaning i flera viktiga avseenden av det system som tidigare gällt i Sverige. Den svenska upphandlingen hade i materiellt hänseende skett med konkurrens, icke-diskriminering och objektivitet som främsta ledstjärnor. I den delen innebar införandet av den nya lagen om offentlig upphandling inte någon förändring. Förändringarna låg snarare i att de medel som tillhandahölls för uppnående av nämnda mål blev noga angivna genom tämligen omfattande detaljplaneringar av en upphandlings olika skeden. Förslaget innebar också att kontrollen av att en upphandling sker på ett riktigt sätt garanteras genom att en upphandling kan överprövas av domstol. Det har genom förslaget även blivit möjligt för en domstol att döma ut skadestånd.

LOU:s samtliga kapitel (utom kap. 6) har sin grund i olika EG-direktiv. Den klassiska sektorns direktiv har funnits längst och

reglerar upphandling av varor, tjänster och byggentreprenader av upphandlande myndigheter och vissa med myndigheter jämställda subjekt. Följande direktiv har hittills gällt inom den klassiska sektorn:

- 93/36/EEG– för upphandling av varor.
- 93/37/EEG– för upphandling av bygg- och anläggningsentreprenader.
- 92/50 EEG – för upphandling av tjänster.
- 97/52/EG– ändringsdirektiv98/04/EG– ändringsdirektiv.

Kapitel 4 i LOU behandlar upphandling inom de s.k. försörjningssektorerna och införlivar följande direktiv:

- 93/38/EEG– för upphandling av varor, entreprenader och tjänster.
- 98/4/EG– ändringsdirektiv II 92/13/EEG– rättsmedelsdirektiv II.

De upphandlande enheterna inom försörjningssektorerna är offentliga och privata företag som bedriver viss verksamhet. Som exempel kan nämnas företag som producerar eller levererar el, gas, värme och dricksvatten till fasta nät, företag som tillhandahåller flygplatser, hamnanläggningar samt företag som driver järnvägs-, buss- eller tunnelbanenät.

Genom de s.k. rättsmedelsdirektiven 89/665/EEG och 92/13/EEG åläggs medlemsstaterna att i sina nationella rättsordningar införa bestämmelser om att skadestånd skall kunna utgå till den som har lidit skada, p.g.a. överträdelse vid offentlig upphandling. I 7 kap. 6–8 §§ LOU finns regler om skadestånd vid offentlig upphandling.

I 1 kap. LOU finns allmänna bestämmelser om lagens tillämpningsområde m.m. I 1 kap. 1 § anges att lagen innehåller allmänna bestämmelser om offentlig upphandling (1 kap.), särskilda bestämmelser om offentlig upphandling av varor (2 kap.), av byggentreprenad (3 kap.), inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationsområdena (4 kap.) och av tjänster (5 kap.) samt bestämmelser om upphandling i de fall upphandlingen understiger de tröskelvärden som anges i 2–5 kap. och i vissa andra fall (6 kap.). Lagen innehåller också bestämmelser om överprövning och skadestånd (7 kap.).

Enligt 1 kap. 2 § LOU gäller lagen vid upphandling som görs av staten, kommuner, landsting och vissa andra upphandlande enheter.

För upphandling som avses i 6 kap. (dvs. upphandling under vissa tröskelvärden) gäller endast bestämmelserna i det kapitlet samt vissa andra särskilt angivna bestämmelser.

I 1 kap. 3 § finns vissa undantag som anger när LOU inte är tillämplig.

I 1 kap. 4 § LOU finns huvudregeln om affärsmässighet. I bestämmelsen föreskrivs följande. Upphandling skall göras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och även i övrigt genomföras affärsmässigt. Anbudsgivare, anbudssökande och anbud skall behandlas utan ovidkommande hänsyn. Begreppet affärsmässighet är inte närmare definierat i lagen och förekommer inte i EG-direktiven. Av prop. 1992/93:88 (s. 59 f.) framgår att 1 kap. 4 § LOU skall ha en koppling till gemenskapsrätten. I nyss nämnda bestämmelse föreskrivs också att anbudsgivare, anbudssökande och anbud skall behandlas utan ovidkommande hänsyn. Detta framgår även av 1 kap. 9 § regeringsformen där det föreskrivs att domstolar samt förvaltningsmyndigheter och andra som fullgör uppgifter inom den offentliga förvaltningen skall i sin verksamhet beakta allas likhet inför lagen samt iakttaga saklighet och opartiskhet.

EG-domstolen har slagit fast att det inom gemenskapsrätten gäller en allmän likabehandlingsprincip utöver de uttryckliga bestämmelser som återfinns i fördragen. Likabehandlingsprincipen i LOU är motiverad av allmänna rättssäkerhetsskäl, men syftar även till att förhindra att en snedvriden konkurrens uppkommer. Detta innebär t.ex. att upphandlingen inte får gynna eller missgynna vissa leverantörer på ett obehörigt sätt, eftersom detta skulle kunna snedvrída konkurrensen.

I 1 kap. 5 § LOU finns definitioner av olika begrepp, bl.a. definieras de olika upphandlingsformer som finns.

Med öppen upphandling avses upphandling där alla leverantörer får lämna anbud. Öppen upphandling tillämpas vid upphandling av varor, byggtreprenader och s.k. A-tjänster över tröskelvärdet. Alla intresserade leverantörer får lämna anbud. Huvudregeln är att anbud infordras genom annons och att anbuden prövas och antas utan förhandlingar med anbudsgivare.

Med selektiv upphandling menas upphandling där en upphandlande enhet inbjuder vissa leverantörer att lämna anbud.

Selektiv upphandling tillämpas vid upphandling av varor, byggtreprenader och A-tjänster över tröskelvärdet. Den upphandlande enheten inbjuder vissa leverantörer att lämna anbud. Huvudregeln är även här att anbud prövas och antas utan förhandlingar. En upphandlande enhet skall annonsera om förutsättningarna för anbudsansökan. I annonsen får anges hur många leverantörer som skall bjudas in. Kriterierna för urvalet av anbudssökande och vilka anbudssökande som inte vunnit framgång och skälen för detta skall dokumenteras.

Inom den klassiska sektorn skall öppen eller selektiv upphandling användas, om det inte finns förutsättningar att tillämpa förhandlad upphandling. Inom försörjningssektorerna får öppen, selektiv eller förhandlad upphandling användas.

Med förhandlad upphandling avses upphandling där en upphandlande enhet inbjuder vissa leverantörer att lämna anbud och den upphandlande enheten får förhandla med en eller flera anbudsgivare. Förhandlad upphandling tillämpas under vissa strikta förutsättningar vid upphandling av varor, byggtreprenader och A-tjänster över tröskelvärdet. Den upphandlande enheten inbjuder vissa leverantörer att lämna anbud och tar upp förhandling med en eller flera av dem. Förhandlad upphandling får, under förutsättning att de i förfrågningsunderlaget ursprungligen angivna kontraktsvillkoren inte väsentligen ändras, användas om

- anbud som lämnats vid öppen eller selektiv upphandling inte motsvarar de krav på föremålet för upphandlingen som ställts upp i förfrågningsunderlaget,

- det vid öppen eller selektiv upphandling inte lämnats några anbud eller inte lämnats några lämpliga anbud och en rapport lämnats till EG-kommissionen på dess begäran.

Inom försörjningssektorerna får förhandlad upphandling användas utan motsvarande begränsningar.

Med urvalsupphandling menas upphandling där alla leverantörer har rätt att ansöka om att få lämna anbud. Den upphandlande enheten inbjuder vissa leverantörer att lämna anbud och den upphandlande enheten får förhandla med en eller flera anbudsgivare. Denna upphandlingsform får användas endast vid upphandling som görs enligt 6 kap. LOU.

Med direktupphandling avses upphandling utan krav på anbud. Denna upphandlingsform får användas endast om upphandlingens värde är lågt eller om det finns synnerliga skäl såsom synnerlig brådskande orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses och

inte heller beror på den upphandlande enheten. Direktupphandling får användas endast vid upphandling som görs enligt 6 kap. LOU.

I 1 kap. 6 § LOU anges att termen ”upphandlande enhet” innefattar sådana bolag, föreningar, samfälligheter och stiftelser som har inrättats i syfte att täcka behov i det allmännas intresse, under förutsättning att behovet inte är av industriell eller kommersiell karaktär och

1. vars kapital huvudsakligen har tillskjutits av staten, en kommun, ett landsting eller en upphandlande enhet, eller

2. vars upphandling står under statlig eller kommunal tillsyn eller tillsyn av en annan upphandlande enhet eller

3. vars styrelse till mer än halva antalet ledamöter utses av staten, en kommun, ett landsting eller en annan upphandlande enhet.

I 1 kap. 7–11 §§ LOU finns bestämmelser om annonsering vid upphandling.

I 1 kap. 12–16 §§ LOU finns bestämmelser om tekniska specifikationer m.m.

I 1 kap. 16 a–c §§ LOU finns bestämmelser angående inbjudningar vid selektiv och förhandlad upphandling.

Förfrågningsunderlag är benämningen på det underlag som den upphandlande enheten tillhandahåller anbudsgivarna. Förfrågningsunderlaget omfattar dels de handlingar som lämnas ut i samband med att anbudstiden börjar löpa dels eventuella senare kompletteringar. En upphandlande enhet får enligt 1 kap. 16 § LOU varken i förfrågningsunderlaget eller i annat underlag för upphandlingen hänvisa till en särskild vara eller process på ett sådant sätt att vissa företag gynnas eller missgynnas.

De krav som får ställas på en leverantör anges i 1 kap. 17 § LOU. Där föreskrivs att en leverantör kan uteslutas från deltagande i upphandling bl.a. om han är i konkurs eller likvidation.

Enligt 1 kap. 19 § första stycket LOU skall anbud och ansökningar om att få lämna anbud lämnas skriftligen.

Försändelser med anbud skall enligt 1 kap. 20 § och 6 kap. 7 § LOU, så snart som möjligt efter anbudstidens utgång, öppnas vid en förrättning där minst två av den upphandlande enheten utsedda personer skall delta. Om anbudsgivare begär det skall enligt 1 kap. 20 § LOU en av handelskammaren utsedd person delta vid anbudsöppningen.

Enligt 1 kap. 22 § LOU skall en upphandlande enhet anta antingen

1. det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga, eller

2. det anbud som har lägst anbudspris.

Vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, skall enheten ta hänsyn till samtliga omständigheter såsom pris, leveranstid, driftkostnader, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service, tekniskt stöd, miljöpåverkan .m.m.

Upphandlingsdirektiven och LOU indelar tjänster i A- och B-tjänster. Upphandling av A-tjänster som överstiger tröskelvärdet styrs av relativt detaljerade procedurregler. Bestämmelserna finns i 5 kap. LOU. Upphandling av A-tjänster som understiger tröskelvärdet regleras i 6 kap. LOU. I en bilaga till LOU anges vilka tjänster som räknas som A-tjänster respektive B-tjänster.

A-tjänster är enligt bilagan:

1. Underhåll och reparation av motorfordon, hushållsartiklar och maskinutrustning
2. Landtransport, inkl. säkerhetstransporter, kurir och taxitransport, utom postbefordran
3. Lufttransport, utom postbefordran
4. Postbefordran till lands och i luften, utom sådana tjänster som avses i avdelning B 18
5. Telekommunikation med vissa undantag
6. Finansiella tjänster
  - a) Försäkringstjänster
  - b) Bank och förvaltningstjänster mot avgifter, provision, ränta och andra former av ersättningar med vissa undantag
7. Datatjänster och därmed anknutna tjänster
8. Tjänster för forskning och utveckling, som endast gäller den egna verksamheten och helt finansieras av den upphandlande enheten
9. Redovisning, revision och bokföring
10. Marknadsundersökningar inkl. opinionsmätningar
11. Konsulttjänster för administration och organisation av företag
12. Arkitekttjänster, ingenjör- och konstruktörtjänster, stadsplanerings- och landskapsarkitekturtjänster, anknutna vetenskapliga och tekniska konsulttjänster samt tjänster avseende teknisk provning och analys
13. Tjänster avseende annonsering (reklam)
14. Fastighetsförvaltning, inkl. städning och löpande underhåll
15. Förlags- och tryckeritjänster, som utförs mot ersättning

16. Tjänster för avloppsrening, sophantering, sanering och liknande verksamhet

B-tjänster är enligt bilagan:

17. Hotell- och restaurangtjänster

18. Rälsbunden transport

19. Sjötransport och annan vattenburen transport

20. Stuveritjänster, godshantering i terminal, på flygplats eller i hamnar

21. Juridiska tjänster

22. Arbetsförmedling, till personalvård anknutna tjänster

23. Säkerhets- och bevakningstjänster, utom säkerhets-transporter

24. Utbildning, inkl yrkesutbildning

25. Hälso- och sjukvård samt socialtjänst

26. Tjänster inom kultur, fritids- och idrottsverksamhet

27. Andra tjänster

I 2 kap. LOU finns regler om varuupphandling. I 2 kap 1 § föreskrivs om tröskelvärden. I bestämmelsen anges att bestämmelserna i 2 kap. tillämpas på sådan upphandling av varor som görs av en upphandlande enhet och beräknas uppgå till minst de belopp exklusive mervärdesskatt, som anges i andra stycket (tröskelvärde).

Bestämmelserna i 2 kap. LOU genomför rådets direktiv 93/96/EEG (varudirektivet).

I 3 kap. LOU regleras upphandling av byggentreprenad som beräknas uppgå till ett visst i det kapitlet angivet tröskelvärde. Bestämmelserna genomför rådets direktiv 93/97/EEG (byggdirektivet).

I 4 kap. LOU regleras upphandling inom vatten-, energi-, transport-, och telekommunikationsområdena. Bestämmelserna genomför rådets direktiv 93/98/EEG (försörjningsdirektivet). I 4 kap. 8 § LOU finns bestämmelser om tillämpliga tröskelvärden.

I 5 kap. LOU regleras upphandling av vissa tjänster som anges i en bilaga till lagen s.k. A-tjänster. Bestämmelserna genomför rådets direktiv 92/50/EEG (tjänstedirektivet). I 5 kap. 4 § LOU finns bestämmelser om tillämpliga tröskelvärden.

I 6 kap. LOU regleras upphandling utanför det direktivstyrda området, dvs. upphandling under de i 2–5 kap. angivna tröskelvärdena samt (oavsett värde) upphandling av tjänster som avses i avdelning B i bilagan till LOU. Reglerna i 6 kap. LOU gäller vidare för upphandling som avses i 1 kap. 3 § LOU, dvs.

upphandling som omfattas av sekretess eller andra särskilda begränsningar med hänsyn till rikets säkerhet och upphandling av försvarprodukter och tjänster som inte har civil användning och som omfattas av artikel 296 (tidigare artikel 223) av Romfördraget.

Av 6 kap. 2 § LOU följer att upphandling under tröskelvärdena, upphandling av B-tjänster oavsett värde, försvarsupphandlingar m.m. skall göras genom förenklad upphandling, urvalsupphandling eller, under vissa förutsättningar, förenklad upphandling eller direktupphandling.

Den förenklade upphandlingsformen innebär att alla intresserade producenter har rätt att delta. Anbudet skall vara skriftligt. Den upphandlande enheten får förhandla med en eller flera anbudsgivare.

Direktupphandling, som innebär att den upphandlande enheten vänder sig direkt till en leverantör utan att infordra ett skriftligt anbud, är tillåten om upphandlingens värde är lågt eller om det finns synnerliga skäl.

Reglerna om förenklad upphandling utgår från att den upphandlande enheten liksom vid öppen, selektiv och förhandlad upphandling tagit fram ett förfrågningsunderlag. En upphandlande enhet skall enligt 6 kap. 12 § LOU antingen anta det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga eller det anbud som har lägst anbudspris.

Bestämmelser om överprövning och skadestånd m.m. finns i 7 kap. LOU. En leverantör som anser att han lidit eller kan komma att lida skada på grund av att upphandlingsreglerna inte har följts, kan enligt 7 kap. 1 § LOU påkalla prövning hos länsrätten. Denna prövning måste, om det är fråga om direktupphandling, ske innan den upphandlande enheten slutit avtal med en leverantör eller, om det är fråga om en annan upphandlingsform, innan ett upphandlingskontrakt föreligger. Länsrätten kan alltså inte överpröva en framställning efter nämnda tidpunkt.

Den anbudsgivare som är missnöjd med ett upphandlingsbeslut har vidare möjlighet att hos tingsrätt begära att den upphandlande enheten förpliktas att utge skadestånd.

Som nämnts tidigare finns bestämmelser om offentlig upphandling också i förordningen (1998:78) om tekniska specifikationer vid offentlig upphandling, förordningen (1998:1364) om bevis vid offentlig upphandling, förordningen (2002:590) om standardformulär för annonsering vid offentlig

upphandling och i förordningen (2000:63) om tröskelvärden vid offentlig upphandling.

LOU har sedan den antogs ändrats vid tio tillfällen. Vissa av dessa ändringar har genomförts efter påpekande från kommissionen om bristande överensstämmelse mellan lagen och EG-direktiven.

Upphandlingskommittén lämnade i sitt delbetänkande, Effektivare offentlig upphandling – För fortsatt välfärd, trygghet och tillväxt (SOU 1999:139), vissa förslag till ändringar beträffande framför allt rättsmedlen och tillsynsfunktionen. Betänkandet ledde till vissa ändringar när det gäller upphandling enligt 6 kap. LOU avseende bl.a. krav på annonsering i elektronisk databas vid anbudsinfordran och ansökningsinbjudan samt reglerna om urvalsupphandling.

I slutbetänkandet Mera värde för pengarna (SOU 2001:31) lämnade kommittén förslag bl.a. beträffande köp mellan en kommun och ett kommunalt företag, krav på att verksamheten inte skall bedrivas i vinstsyfte, kundvalssystem och s.k. avknoppning. Vidare utredde kommittén innebörden av huvudregeln om affärs- mässighet och gjorde bedömningen att LOU trots huvudregeln medger att upphandlande enheter tar vissa samhällspolitiska hänsyn vid offentlig upphandling och att regeln inte bör ändras. Regeringen har delat kommitténs bedömning att huvudregeln om affärs- mässighet skall kvarstå i oförändrat skick (prop. 2001/02:142) medan övriga frågor bereds vidare inom Regeringskansliet.

### 3.3 EG-fördraget

I EG-fördraget (jfr SOU 1999:139 s. 57 f) finns det inte någon bestämmelse som direkt hänvisar till offentlig upphandling. Bestämmelserna om icke-diskriminering i artikel 12, om den fria rörligheten av varor i artikel 28, om etableringsrätt i artikel 43 och om fri rörlighet av tjänster i artikel 49 ligger dock till grund för EG-direktiven om offentlig upphandling. Endast i undantagsfall kan medlemsstaterna införa regler som utgör ett hinder mot den fria rörligheten av varor och tjänster.

De principer som EG-domstolen ofta åberopar i upphandlings- mål är krav på icke-diskriminering, likabehandling, transparens och öppenhet, proportionalitet och ömsesidigt erkännande.

Kravet på 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.

Kravet på likabehandling innebär att alla leverantörer skall ges så lika förutsättningar som möjligt.

Med transparens menas främst skyldigheten för den upphandlande enheten att lämna information om upphandlingar och det praktiska tillvägagångssätten vid dessa samt rättigheten för leverantörer att få tillgång till denna information så att de i förväg känner till vilka rättigheter och skyldigheter som föreligger.

Proportionalitetskravet innebär att den upphandlande enheten i en upphandling inte får ställa större krav på leverantören eller leveransen än som behövs och vad som är ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen. Kraven skall således ha ett naturligt samband med och stå i proportion till det behov som skall täckas.

Med ömsesidigt erkännande menas att intyg och certifikat som har utfärdats av en medlemsstats myndigheter skall anses som gällande också i andra medlemsstater

### 3.4 De nya EG-direktiven om upphandling

Det nya EG-direktivet om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster behandlar vad som brukar betecknas den klassiska sektorn. Detta direktiv har sammanfört de nu gällande direktiven om upphandling av varor, tjänster samt bygg- och anläggningsentreprenader till ett gemensamt direktiv.

Det nya EG-direktivet om samordning av förfarandena vid upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster behandlar försörjningssektorerna. Förutom sammanläggningen av de tre direktiven för den klassiska sektorn har redaktionella ändringar skett i syfte att göra dem mer lättlästa. De har omstrukturerats på ett sätt som mer kronologiskt följer upphandlingsprocessen och varje artikel har försetts med en egen rubrik.

Direktiven innehåller även flera ändringar och tillägg jämfört med de tidigare gällande direktiven.

Ett helt nytt förfarande införs inom den klassiska sektorn, s.k. konkurrenspräglad dialog. Förfarandet får användas i de fall det

inte är möjligt att i de tekniska specifikationerna ange vad som krävs för att tillgodose den upphandlande myndighetens behov. Förfarandet innefattar i huvudsak annonsering med angivande av myndighetens behov, kvalificering av sökandena och efter avslutad dialog, infordrande av anbud och utvärdering.

Vidare innehåller de nya direktiven regler som ger myndigheterna rätt att använda sig av elektroniska auktioner i vissa fall. Tilldelning av kontrakt kan ske efter en elektronisk auktion efter öppet, selektivt eller förhandlat förfarande med föregående annonsering eller efter "reopening" av ramavtal. Detta gäller för kontrakt som kan specificeras med tillräcklig exakthet. Förfarandet kan användas såväl om utvärderingsgrunden är lägsta pris som om den är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

Ett elektroniskt förfarande möjliggörs för köp av sådant som vanligen används och som är öppet för samtliga ekonomiska aktörer som uppfyller urvalskriterierna (dynamiska inköpssystem).

Nu nämnda regler om konkurrenspräglad dialog, elektroniska auktioner och dynamiska inköpssystem behöver inte obligatoriskt genomföras i nationell lagstiftning. Medlemsstaterna kan således välja att avstå från att införa dem.

Försörjningsdirektivet ges ett ändrat tillämpningsområde genom att det inte längre gäller för telekommunikationssektorn. Däremot omfattar direktivet verksamhet som avser posttjänster. När det gäller produktion av vatten, el, gas eller värme innebär direktivet en ändring i förhållande till det äldre direktivet på det sättet att en producent, som inte är en myndighet eller vad som i direktivet kallas ett offentligt företag, inte längre är att anse som en upphandlande enhet enbart på den grunden att leverans av vatten, el, gas eller värme sker till ett nät som drivs av ett företag som åtnjuter särskilda rättigheter eller ensamrätt.

Direktiven inför även nya tröskelvärden enligt följande.

För bygg- och anläggningsarbeten inom både den klassiska sektorn och försörjningssektorerna är tröskelvärdet 5 923 000 euro.

För varor och tjänster är tröskelvärdena vid upphandling inom den klassiska sektorn 154 000 euro för statliga myndigheter och 236 000 euro för andra upphandlande enheter och vid upphandling inom försörjningssektorerna 473 000 euro.

Enligt direktiven får ramavtal användas inom både den klassiska sektorn och försörjningssektorerna. Ett ramavtal skall anses som ett upphandlingskontrakt.

Elektronisk överföring medges i all kommunikation inom offentlig upphandling. Sker annonsering på elektronisk väg får fristen för anbudsinlämning och inlämning av ansökan kortas med 7 dagar.

Om förfrågningsunderlaget tillhandahålls elektroniskt får fristerna minskas med 5 dagar.

På grund av en obligatorisk regel skall de anbudsgivare och anbudssökande uteslutas från deltagande som dömts för brott avseende organiserad brottslighet, bestickning och bedrägeri enligt angivna rättsakter.

Enligt tidigare bestämmelser skall kriterierna anges i annonsen eller i förfrågningsunderlaget, "om möjligt" i angelägenhetsgrad med det viktigaste först enligt den upphandlande enhetens bedömning.

Enligt de nya direktiven skall obligatoriskt anges varje kriteriums vikt i annonsen eller i förfrågningsunderlaget. Nya regler om inköpscentraler dvs. upphandlande myndigheter som anskaffar varor eller tjänster avsedda för andra upphandlande enheter införs. Reglerna innebär undantag för upphandlande enheters köp från centralen.

Tjänstekoncessioner undantas uttryckligen från direktivens tillämpningsområde.

Undantag från direktivet kan medges inom försörjningssektorerna för upphandling inom avreglerad verksamhet, om verksamheten är direkt konkurrensutsatt på marknader med fritt tillträde.

## 4 Allmänna överväganden

### 4.1 Valet av metod för genomförandet av EG-direktiven

Utredningens uppdrag är att föreslå sådana ändringar av bestämmelserna om offentlig upphandling att dessa bestämmelser till sitt innehåll motsvarar innehållet i de två nya EG-direktiven på upphandlingsområdet. Detta resultat kan uppnås på olika sätt. Utredningen har övervägt om de nya direktiven skall genomföras genom ändringar och kompletteringar i LOU eller genom en eller flera nya lagar.

Den mest uppenbara förändringen i förhållande till de äldre direktiven är självfallet att de tre olika direktiven om upphandling av byggtreprenader, varor respektive tjänster samlats till ett direktiv, vilket i sig självt innebär en förenkling och en förbättring. I övrigt har en uttalad målsättning med de nya direktiven varit att tillgodose framställda krav på förenkling och modernisering (beaktandesats 1 i båda direktiven). Även om ambitionen – som kommer till uttryck i direktivens utformning – att detaljreglera förfarandena vid offentlig upphandling begränsat möjligheterna till förenklingar får konstateras att de nya direktiven har en mer logisk struktur än de äldre direktiven. De är därför något mer lättillgängliga, särskilt som de utformats så att bestämmelserna i stor utsträckning följer den kronologiska ordningen i ett upphandlingsförfarande.

Vad nu sagts innebär också att de nya direktiven innebär förbättringar i förhållande till LOU. Dessa förbättringar kan knappast helt tas till vara, om direktiven genomförs genom ändringar i LOU. Utredningen har därför valt bort detta alternativ.

Enligt utredningens mening ligger det ett mycket påtagligt värde i att genomförandet av de nya direktiven sker i så nära anslutning till direktiven som möjligt och lämpligt. Det finns redan av detta skäl inte anledning att samla de båda direktivens bestämmelser i en enda svensk lag, som alltså skulle reglera upphandlingen inom både

den klassiska sektorn och försörjningssektorerna. Vidare kan konstateras att de båda direktiven, även om de i stora delar innehåller likalydande bestämmelser, uppvisar väsentliga skillnader. Så t.ex. omfattar det klassiska direktivet endast upphandling som görs av myndigheter och organ som inrättats för att tillgodose behov i det allmännas intresse (vad utredningen valt att beteckna offentligt styrda organ) medan försörjningsdirektivet omfattar även upphandling som görs av företag över vilka en myndighet på visst sätt har ett bestämmande inflytande (offentliga företag). Vidare gäller direktivet inom den klassiska sektorn i princip all upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster medan direktivet inom försörjningssektorn gäller sådan upphandling, men endast om den görs för vissa angivna verksamheter. Bestämmelserna i de båda direktiven avser därför i allt väsentligt olika upphandlande organ medan leverantörerna naturligtvis kan vara verksamma inom båda direktivens områden.

Sammantaget anser utredningen att övervägande skäl talar för att genomförandet av de båda direktiven bör ske genom att två separata lagar införs, en för den klassiska sektorn och en för försörjningssektorerna.

LOU innehåller också bestämmelser om upphandling som inte omfattas av bestämmelserna i direktiven och om överprövning, skadestånd m.m. För dem som har att tillämpa bestämmelser om upphandling är det en fördel om samtliga bestämmelser som skall tillämpas finns samlade i en lag. I de delar de båda lagarna innehåller likalydande bestämmelser innebär metoden naturligtvis en i någon mening onödigt omfattande lagstiftning. Enligt utredningens mening talar dock starka skäl för att de två lagar om upphandling som bör införas skall innehålla en fullständig reglering av upphandlingen på respektive område.

Med den nu angivna utgångspunkten har utredningens arbete i allt väsentligt bestått i att omvandla direktivens artiklar till lagtext och att i de två lagarna föra in bestämmelser om upphandling som inte omfattas av direktiven och bestämmelser om överprövning, skadestånd m.m. Redovisningen av detta arbete sker därför huvudsakligen i form av förslag till lagtext med författningskommentarer.

## 4.2 Utformningen av den svenska lagstiftningen

Det sakliga innehållet i direktivens bestämmelser skall införlivas med de nationella rättsordningarna i samtliga EES-stater. Ett av syftena med den gemenskapsrättsliga regleringen av den offentliga upphandlingen är att tillgodose kravet på respekt för bl.a. principerna om fri rörlighet för varor och om frihet att tillhandahålla tjänster (se beaktandesats 2 i det klassiska direktivet). Deltagandet i upphandlingsförfaranden som omfattas av direktiven skall vara öppet för leverantörer inom EES enligt bestämmelser som i sak är lika i alla dessa länder. Enligt utredningens uppfattning skulle tillämpningen underlättas, om bestämmelserna om upphandling utformades i nära anslutning till direktivens bestämmelser. Utredningens lagförslag är så långt det varit möjligt och lämpligt utformade på det sättet.

Direktiven innehåller ett mycket stort antal bestämmelser, vilket medför att den föreslagna lagstiftningen blir omfattande. Till själva omfattningen av lagstiftningen får läggas att det är fråga om ett komplicerat regelverk. Vad nu sagts innebär, med hänsyn till den korta tid som utredningen getts för genomförandet av direktiven, att åtskilliga frågor fått behandlas mindre grundligt än som hade varit önskvärt.

Utredningen har vidare, på den korta tid som stått till förfogande för utredningsarbetet, inte kunnat undersöka hur genomförandet av direktiven avses ske i mer än några få medlemsstater. En redogörelse för hur direktiven genomförs i övriga nordiska länder lämnas i kapitel 4.4.

En svårighet som med viss regelbundenhet uppkommer vid genomförande av EG-direktiv är att vissa artiklar är svårtolkade. Ibland kan uppkommande tolkningsproblem lösas genom en jämförande granskning av andra språkversioner av ett direktiv, såsom då den svenska språkversionen innehåller en felaktig eller mindre lyckad översättning. I mycket begränsad omfattning kan ledning hämtas från de beaktandesatser som inleder direktiven. Det finns knappast heller något utrymme för nationella tillämpningsanvisningar i form av förarbetsuttalanden, eftersom direktiven inte innehåller några anvisningar till ledning för tillämpningen.

Direktiven bygger i viss utsträckning på innebörden av gemenskapsrätten så som den framgår av EG-domstolens praxis. Utredningen har tagit del av denna praxis men inte heller kunnat ägna praxisgenomgången den tid som den förtjänat.

Om den exakta innebörden av en otydlig, oprecis eller svårtolkad direktivbestämmelse inte kunnat fastställas har utredningen gjort en egen tolkning av innebörden eller fört in direktivbestämmelsen i lagtexten.

### 4.3 Val av termer och uttryck m.m.

Direktiven behandlar uttryckligen *förfarandet* vid upphandling. Att LOU reglerar förfarandet vid upphandling framgår av bestämmelsernas utformning men inte av t.ex. lagens rubrik.

Både i LOU och i direktiven används ordet *upphandling* för att beteckna dels hela den aktivitet som består i anskaffning av byggentreprenader, varor och tjänster (se t.ex. lagens rubrik, 1 kap. 1 och 2 §§ i lagen samt artikel 28 i det klassiska direktivet och artikel 40 i försörjningsdirektivet), dels varje enskild sådan anskaffning (se t.ex. 1 kap. 11 § i lagen samt artikel 30.1 i det klassiska direktivet och artikel 42.1 i försörjningsdirektivet).

När det gäller enskilda anskaffningar finns det dock en väsentlig skillnad mellan uttryckssätten i LOU och i direktiven. Direktiven utgår från resultatet av ett upphandlingsförfarande, nämligen tilldelningen av ett kontrakt avseende byggentreprenader, varor eller tjänster. Så t.ex. skall värdet av ett kontrakt ligga till grund för bedömningen av om tröskelvärdena uppnås (se t.ex. artikel 7 i det klassiska direktivet) och värdet av samtliga delkontrakt skall beaktas i det fall en planerad byggentreprenad eller ett projekt för köp av tjänster kan innebära att flera kontrakt tilldelas samtidigt (artikel 17.6 a i försörjningsdirektivet). I LOU används i motsvarande fall formuleringar som ”upphandling - - - som - - - beräknas uppgå till” (2 kap. 1 §) och ”Flera upphandlingar av varor av samma typ som skall göras samtidigt skall anses som endast en upphandling ...”.

I LOU används de angivna uttryckssätten inte helt konsekvent. I 3 kap. 4 § talas om att, vid beräkningen av *upphandlingens* värde, hänsyn skall tas till värdet av material m.m. som tillhandahålls av den upphandlande enheten. Enligt 5 kap. 9 § gäller detsamma vid beräkning av värdet av *ett upphandlingskontrakt*.

Det finns enligt utredningens uppfattning anledning att även på denna punkt i mycket stor utsträckning följa texten i direktivet. Detta innebär att både ”upphandling” och ”kontrakt” och olika sammansättningar av dessa ord används i de föreslagna lagarna. I

lagarnas rubriker används, framförallt av historiska skäl, ordet ”upphandling”. Även i vissa andra fall, bl. a för att beteckna hela den aktivitet som leder fram till tilldelning av kontrakt, används ”upphandling”.

I kommentarerna till de föreslagna paragraferna görs inte någon konsekvent skillnad mellan upphandling och tilldelning av kontrakt.

#### **4.4 Genomförandet av direktiven i övriga nordiska länder**

##### *Danmark*

I Danmark har de två nya EG-direktiven införlivats med dansk rätt genom två s.k. bekendtgørelser. De nya direktiven har bifogats som bilagor till bekendtgørelserna. Detta innebär att direktivtexten som sådan har blivit gällande rätt i Danmark efter ikraftträdandet av bekendtgørelserna. Ikraftträdandet skedde den 1 januari 2005. Detta innebär att offentlig upphandling som sker efter nämnda datum skall följa de nya direktiven. Den danska Konkurrencestyrelsen har utfärdat en vägledning till EG-direktiven om offentlig upphandling.

Nyheter som har införts genom de nya direktiven är bl.a. följande:

- regler om inköpscentraler
- möjlighet att använda konkurrenspräglad dialog
- ökat användande av ramavtal
- möjlighet att använda elektroniska inköpssystem
- möjlighet att använda sig av elektronisk auktion

Bestämmelser om ramavtal har införts i dansk rätt. Enligt danskt synsätt finns det tre typer av ramavtal; 1) ramavtal med enbart en leverantör, 2) ramavtal med flera leverantörer, där alla villkor är fastlagda i ramavtalet och 3) ramavtal med flera leverantörer, men där alla villkor inte är fastställda i avtalet.

När alla villkor är fastställda i avtalet föreligger inget behov av en förnyad konkurrensutsättning, Kontrakten tilldelas då med utgångspunkt i de villkor som redan har fastställts. Förnyad konkurrensutsättning måste dock ske om villkoren i ramavtalet behöver preciseras eller kompletteras.

I Danmark har man efter att ha haft kontakter med ett flertal intressenter beslutat att genomföra direktiven nästan i sin helhet.

Man har dock infört vissa begränsningar. Ramavtal får inte omfatta byggtreprenader. Elektroniska auktioner får inte användas vid projekteringar av byggnader och anläggningar. Bakgrunden härtill är att elektroniska auktioner lämpar sig endast för standardiserade inköp av varor och upphandling av enkla tjänster.

Försörjningsdirektivet har fått ett utvidgat användningsområde och omfattar även posttjänster. De nya tröskelvärdena som fastställs i direktiven skall användas från den 1 januari 2005.

Enligt EG-direktiven skall finnas möjlighet att ställa särskilda kontraktsvillkor för att tillvarata miljöhänsyn och sociala hänsyn. Det anges att kontraktsvillkoren skall vara förenliga med EG-rätten och de skall ha angetts vid annonseringsförfarandet. Som exempel på sociala villkor som kan ställas anges i Konkurrencestyrelsens vägledning bl.a. krav på att anställa långtidsarbetslösa, krav på att anställa fler handikappade osv.

### *Finland*

I Finland har ett förslag om implementering av EG-direktiven om offentlig upphandling lämnats av en arbetsgrupp som haft till uppgift att revidera upphandlingslagstiftningen. Arbetsgruppen har föreslagit att båda EG-direktiven skall införlivas i finsk rätt.

I Finland föreslås att den s.k. klassiska sektorn regleras i en lag och att försörjningssektorn regleras i en separat lag.

I förslaget finns regler som ger rätt för upphandlande myndighet/enhet att ställa särskilda villkor vad gäller sociala hänsyn och miljöhänsyn. I finsk rätt införs regler om inköpscentraler och regler om konkurrenspräglad dialog. Det finska lagförslaget innehåller även regler om upphandling under tröskelvärdena.

*Norge*

I Norge pågår arbetet med att införliva de nya EG-direktiven i norsk lagstiftning och man beräknar att de nya reglerna skall kunna träda i kraft den 1 februari 2006. Syftet med arbetet förutom att EG-direktiven skall införlivas i lagstiftningen är att försöka att skapa ett enklare regelsystem.

I Norge arbetar man även med ett regelsystem för upphandlingar under tröskelvärdena.

*Island*

I Island pågår liksom i övriga nordiska länder ett arbete med att införliva EG-direktiven i den nationella rättsordningen. Utredningen har inte kunnat inhämta närmare uppgifter om hur förslaget kommer att utformas.

## **AVDELNING II**

### **Offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster**

I denna avdelning behandlas bestämmelserna om offentlig upphandling inom den s.k. klassiska sektorn, dvs. upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster som inte görs för verksamheter inom områdena vatten, energi, transporter eller posttjänster. Denna avdelning består huvudsakligen av förslag till författningar med kommentarer. Några frågor behandlas mer utförligt nämligen sociala hänsyn som behandlas i kap. 5, miljöhänsyn som behandlas i kap. 12 och ramavtal som behandlas i kap. 10. Bestämmelserna i denna avdelning grundas på Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster, i denna avdelning kallat "direktivet", eller, när det behövs för att undvika missförstånd, "det klassiska direktivet". Med "försörjningsdirektivet" avses Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster. De områden som täcks av det klassiska direktivet och försörjningsdirektivet kallas i fortsättningen "den klassiska sektorn" respektive "försörjningssektorerna".

## 5 Allmänna bestämmelser

### Inledning

I detta kapitel behandlas tillämpningsområdet för lagen om offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster (1 kap. 1–4 §§ i lagen), den allmänna princip som skall iakttas vid all offentlig upphandling och som idag brukar betecknas som principen om affärsmässighet (1 kap. 5 § i lagen) och rätten i vissa fall att få delta i offentlig upphandling (1 kap. 6 och 7 §§).

I kapitlet behandlas även vilka sociala hänsyn som kan tas vid ett upphandlingsförfarande. Sociala hänsyn behandlas även i betänkandekapitel 12.

Miljöhänsyn som kan tas i samband med ett upphandlingsförfarande behandlas i betänkandekapitel 12. I kapitel 7 i betänkandet (3 kap. i lagen) behandlas de undantag från lagens tillämpning som skall gälla.

I artikel 5 i direktivet behandlas s.k. WTO-avtal. Artikeln lyder:

Vid tilldelning av offentliga kontrakt genom de upphandlande myndigheterna skall medlemsstaterna mellan sig tillämpa lika förmånliga villkor som de villkor som gäller för ekonomiska aktörer i tredje land enligt avtalet om offentlig upphandling som ingåtts inom ramen för de multilaterala förhandlingarna i Uruguayrundan (nedan kallat ”avtalet”). Medlemsstaterna skall därför i den rådgivande kommitté för offentlig upphandling som avses i artikel 77 samråda med varandra om vilka åtgärder som skall vidtas vid tillämpningen av avtalet.

Bestämmelsen innebär att om en förmånlig regel tillämpas vid upphandling från en leverantör i ett annat land än en medlemsstat skall motsvarande fördelaktiga regel användas vid upphandling från företag i en medlemsstat. Motsvarande bestämmelse finns i direktiv 92/50/EEG, 93/36/EEG och 93/37/EEG (ändrade genom direktiv 97/52/EG) men har inte tagits in i LOU.

Lagstiftningen om offentlig upphandling är generell och samma regler som gäller i förhållande till medlemsstater gäller vid upphandling från företag i medlemsstaterna och tredje land. Det finns därför inte något behov av att införa bestämmelsen om WTO-avtal i den nya lagen.

I artikel 6 i direktivet föreskrivs följande angående konfidentialitet:

Utan att det påverkar tillämpningen av bestämmelserna i detta direktiv, särskilt bestämmelserna om upplysnings- och informations-skyldigheter i fråga om ingångna kontrakt och gentemot anbudssökande och anbudsgivare enligt artikel 35.4 och artikel 41, och i enlighet med den nationella lagstiftning som gäller för den upphandlande myndigheten, får denna 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.

Någon motsvarande bestämmelse finns inte i LOU. I 6 kap. 2 § första stycket första meningen sekretesslagen (1980:100) sägs att sekretess gäller för uppgift som hänför sig till ärende angående förvärv, överlåtelse, upplåtelse eller användning av egendom, tjänst eller annan nyttighet, om det kan antas att det allmänna lider skada om uppgiften röjs. I andra meningen anges att vad som har sagts om tjänst inte avser arbete som för myndighets behov utförs av dess egen eller 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. Enligt 6 kap. 2 § tredje stycket samma lag får, om ett ärende angår upphandling, uppgift som rör anbud i en kommun, ett landsting eller en myndighet eller mellan statliga myndigheter inte i något fall lämnas till annan än den som har avgett anbudet eller erbjudandet förrän alla anbud eller erbjudanden offentliggörs eller beslut om leverantör och anbud fattats eller ärendet dessförinnan slutförts.

I 8 kap. 10 § sekretesslagen anges följande: Sekretess gäller hos myndighet för uppgift om affärs- eller driftförhållanden för enskild, som i annat fall än som avses i 8 och 9 §§ har trätt i affärsförbindelse med myndigheten, om det av särskild anledning kan antas att den enskilde lider skada om uppgiften röjs. Sekretess gäller också hos myndighet för uppgift om affärs- eller driftförhållanden för enskild som har trätt i affärsförbindelse med bolag, förening, samfällighet och stiftelse som driver affärsverksamhet och vari det allmänna genom myndigheten utövar ett

bestämmande inflytande eller bedriver revision, om det kan antas att den enskilde lider skada om uppgiften röjs. Sekretessen hos en myndighet som bedriver sådan revision gäller dock inte, om uppgiften ingår i beslut av myndigheten.

I prop. 1992/93:88 (s. 53 f.) diskuterades om de omfattande annonseringskrav som ställdes upp i LOU kunde komma i konflikt med sekretesslagen. Det anfördes att det nya systemet innebar en i många stycken utökad informationsplikt genom annonsering, rapportering m.m. De uppgifter som skulle offentliggöras ansågs emellertid inte vara så omfattande att de två lagverken stred mot varandra.

Även i prop. 2001/02:142 diskuterades sekretessfrågor i upphandlingsärenden (s. 54 f.). I propositionen föreslogs bl.a. de bestämmelser om brytande av den absoluta sekretess för anbud som nu gäller enligt 6 kap. 2 § tredje stycket sekretesslagen. Några andra ändringar av sekretessbestämmelserna föreslogs inte.

I de äldre direktiven finns en bestämmelse om konfidentialitet endast i artikel 15.2 i direktiv 93/36/EEG. Den innebär att de upphandlande myndigheterna skall till fullo respektera den konfidentiella naturen hos all information från leverantörerna. Motsvarande bestämmelse i det klassiska direktivet är som nyss angetts utformad på annat sätt.

Utredningen har för sin del inte kunnat finna att den ändring som det klassiska direktivet innebär i förhållande till det äldre direktivet ger anledning till något annat ställningstagande än det som gjorts i tidigare lagstiftningsärenden.

### **Särskilt om sociala hänsyn m.m.**

I utredningens direktiv anges att utredningens överväganden och förslag skall präglas av EG-direktivens grundläggande ekonomiska syften. Dock skall särskilt beaktas den svenska ståndpunkten beträffande miljöhänsyn och sociala hänsyn på så sätt att integrationen av sådana hänsyn väl återspeglas i de av utredningen föreslagna ändringarna. I förslaget nedan behandlas bestämmelser om reserverade kontrakt. I betänkandekapiel 12 behandlas bestämmelser om beskattning, miljöskydd och sociala hänsyn.

I kapitel 12 behandlas även bestämmelser om miljöskyddsåtgärder och miljömärkning. Även vid tilldelningsbeslut skall i vissa fall kunna tas sociala hänsyn. Tilldelningsbeslut behandlas i

betänkandekapitel 18. Som ovan anförts skall här lämnas en redogörelse för sociala hänsyn som kan tas vid ett upphandlingsförfarande.

Frågan om sociala hänsyn har behandlats bl.a. i prop. 2001/02:142. Av uttalanden i nämnda prop. s. 20 f. framgår bl.a. följande.

Frågan om offentlig upphandling kan användas i syfte att främja socialpolitiska och arbetsmarknadspolitiska målsättningar har ett samband med den allmänna rättsutvecklingen inom EU.

Gemenskapsrätten har historiskt sett grundat sig på ekonomiska hänsyn. Genom Amsterdamsfördraget lades grunden för en tydligare inriktning av bl.a. socialpolitiken och arbetsrätten i gemenskapen.

EG-fördragets kapitel om socialpolitik har utvidgats och förtydligats och det finns numera ett särskilt kapitel om sysselsättningspolitiken. De sociala målsättningarna har genom Amsterdamsfördraget fått en ökad tyngd i EG-fördragets övergripande målsättningsbestämmelser.

I artikel 2 i Amsterdamsfördraget anges exempelvis en hög nivå i fråga om sysselsättning och socialt skydd och jämställdhet mellan kvinnor och män samt en höjning av levnadsstandarden och livskvaliteten som målsättningar för unionen. Upprättandet av en gemensam marknad EMU och den fria rörligheten av varor, personer, tjänster och kapital anges vara ett medel för att uppnå detta mål.

I artikel 3 i EG-fördraget beskrivs gemenskapens verksamhetsområden, däribland en inre marknad, vilken kännetecknas av att hindren för fri rörlighet av varor, personer, tjänster och kapital avskaffas mellan medlemsstaterna. Genom Amsterdamsfördragets ikraftträdande den 1 maj 1998 gjordes ett tillägg till artikeln. Enligt tillägget skall arbete för jämställdhet mellan kvinnor och män integreras i alla gemenskapens verksamhetsområden, dvs. bl.a. den inre marknaden och den fria rörligheten.

I artikel 6 i EG-fördraget står att unionen bygger på bl.a. respekt för de grundläggande mänskliga fri och rättigheterna. Unionen skall som allmänna principer för gemenskapsrätten respektera de grundläggande rättigheterna såsom de garanteras i Europakonventionen.

Genom artikel 13 i EG-fördraget har gemenskapen fått en uttalad rättslig grund att vidta lämpliga åtgärder för att bekämpa diskriminering på grund av kön, etniskt ursprung, religion eller övertygelse, funktionshinder, ålder eller sexuell läggning.

EG-kommissionen presenterade den 10 oktober 2001 ett tolkningsmeddelande (KOM [2001] 566 slutlig/EGT nr C 333, 28/11/2001 s. 27-41) om gemenskapslagstiftning med tillämpning på offentlig upphandling och om möjligheterna att ta sociala hänsyn vid offentlig upphandling. Syftet med meddelandet är att identifiera vilka möjligheter som finns att beakta olika sociala hänsyn i upphandlingens olika faser. Av meddelandet framgår följande.

En upphandlande enhet har frihet att själv specificera krav på det som skall upphandlas under förutsättning att dessa krav inte på ett otillbörligt sätt styr mot en viss leverantör eller viss produkt. Exempelvis kan en kommun kräva att det datorprogram som upphandlas för den kommunala administrationen skall kunna användas av kommunens synskadade medarbetare.

En leverantör kan uteslutas från deltagande i offentlig upphandling bl.a. om han är dömd för brott i yrkesutövningen enligt lagakraftvunnen dom eller om han har gjort sig skyldig till ett allvarligt fel i yrkesutövningen. En leverantör kan vidare diskvalificeras om leverantören inte uppfyller ställda kvalifikationskriterier. Kvalifikationskriterierna är de kriterier som visar att en leverantör är en lämplig anbudsgivare. Kriterierna skall hänföra sig till leverantörens tekniska förmåga och kapacitet eller finansiella eller ekonomiska ställning. Krävs särskild kompetens eller särskild erfarenhet för att fullgöra ett kontrakt inom den sociala sektorn kan sådan kompetens eller erfarenhet användas som kriterium.

Sociala hänsyn som utvärderingskriterier kan användas vid fastställandet av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet i de fall sådana hänsyn medför en ekonomisk fördel för den upphandlande enheten och som är kopplad till föremålet för upphandlingen. Sociala hänsyn kan i vissa fall tillgodoses genom det av EG-domstolen utvecklade begreppet "tillkommande kriterium". Ett sådant kriterium kan användas som ett villkor på det sociala området om det överensstämmer med de gemenskapsrättsliga principerna och i de fall två eller flera likvärdiga anbud förekommer i upphandlingen. Kriterierna måste anges i annonsen om upphandling.

Sociala mål kan främjas genom att man använder sig av kontraktsvillkor, förutsatt att detta sker i överensstämmelse med gemenskapsrätten och i synnerhet inte har någon direkt eller indirekt diskriminerande effekt gentemot anbudsgivare från andra medlemsstater. De upphandlande enheterna får fastställa villkor för hur kontraktet skall utföras. Villkoren skall med hänsyn till kravet på öppenhet framgå av meddelandet om upphandling, så att alla anbudssökande eller anbudsgivare känner till dem. Den upphandlande enheten har en lång rad möjligheter att fastställa kontraktsvillkor av social karaktär. Kommissionen anger några exempel på sådana särskilda kontraktsvillkor som den upphandlande myndigheten får kräva av uppdragstagaren som gör det möjligt att ta sociala hänsyn:

- Krav på att anbudsgivaren i samband med kontraktets utförande skall anställa arbetslösa, särskilt långtidsarbetslösa, eller anordna utbildning för arbetslösa eller ungdomar.

- Krav på att anbudsgivaren vid kontraktets utförande skall vidta åtgärder för att främja jämställdhet mellan könen eller mångfald i fråga om ras och etniskt ursprung.

- Krav på att uppdragstagaren vid kontraktets utförande följer bestämmelserna i ILO:s (International Labour Organisation)

grundläggande konventioner i det fall dessa inte redan har genomförts i den nationella lagstiftningen.

- Krav på att uppdragstagaren för utförandet av kontraktet anställer ett större antal personer med funktionshinder än vad som krävs enligt den nationella lagstiftningen i den medlemsstat där kontraktet fullgörs eller i uppdragstagarens medlemsstat.

Kommissionen framhåller vidare att det förefaller svårare att tillämpa kontraktsvillkor som rör utförandet av varuupphandlingskontrakt. Sådana klausuler som innebär krav på ändring av organisationen, strukturen eller policyn inom ett företag som är etablerat i en annan medlemsstat skulle kunna vara diskriminerande eller medföra ett oberättigat handelshinder.

I prop. 2001/02:142 s. 42 f. föreslog regeringen, i avvaktan på nya EG-direktiv, att en upphandlande enhet fick ställa särskilda villkor som skall gälla för uppdragets utförande. Villkoren skall vid upphandling enligt 2–5 kap. lagen om offentlig upphandling anges i annonsen om upphandling. Vid upphandling enligt 6 kap. samma lag skall villkoren anges i annonsen med begäran om anbud eller i ansökningsinbjudan eller förfrågningsunderlaget. Regeringen anförde följande som skäl för sin ståndpunkt.

Särskilda kontraktsvillkor kan användas i olika syften. Ett enligt regeringens mening väsentligt syfte med villkoren kan vara att föreskriva särskilda arbets- eller anställningsvillkor för ett arbete som skall utföras. Således kan kontraktsvillkoren innefatta kollektivavtalsbestämmelser från sådana kollektivavtal som gäller på arbetsplatsen eller i den bransch som tjänsten eller bygg- eller anläggningsarbetet i fråga avser.

Regeringen fann det särskilt angeläget att de upphandlande enheterna utnyttjar möjligheten att genom särskilda kontraktsvillkor använda sig av antidiskrimineringsklausuler i upphandlingskontrakt. Klausulerna kan avse åtaganden från leverantören av helt skilda slag. Det kan exempelvis gälla generella åtaganden att följa gällande antidiskrimineringslagstiftning och att ha upprättat en jämställdhetsplan på arbetsplatsen. Sociala hänsyn kan även i viss utsträckning beaktas i själva upphandlingsprocessen. En förutsättning för att en anbudsgivare skall få delta i upphandlingen kan t.ex. vara att denne inte har gjort sig skyldig till en överträdelse av gällande diskrimineringslagstiftning. Kravet är då utformat som ett uteslutningskriterium och den leverantör som gjort sig skyldig till en sådan överträdelse kan komma att uteslutas från upphandlingen. Ett krav på antidiskriminering skulle även i särskilda fall kunna utgöra ett krav på leverantörens tekniska kapacitet att genomföra

uppdraget, dvs. vara uppställt som ett s.k. kvalificeringskriterium. Den leverantör som inte uppfyller villkoret kan komma att diskvalificeras i upphandlingen. Sociala hänsynstaganden kan i viss mån beaktas även vid anbudsutvärderingen. Att ett sådant utrymme finns följer av EG-domstolens praxis.

Sociala mål kan enligt artikel 26 (se betänkandekapitel 12) främjas genom att de upphandlande myndigheterna ställer upp kontraktsvillkor, förutsatt att detta sker i överensstämmelse med gemenskapsrätten, i synnerhet att kraven inte har någon direkt eller indirekt diskriminerande effekt gentemot anbudsgivare från andra medlemsstater (jfr beaktandesats 33 och ovan nämnda tolkningsmeddelande från kommissionen). Villkoren får bl. a. omfatta sociala hänsyn. Villkoren skall med hänsyn till kravet på öppenhet framgå av meddelandet om upphandling, så att alla anbudssökande eller anbudsgivare känner till dem. Den upphandlande myndigheten har stora möjligheter att fastställa kontraktsvillkor av social karaktär (jfr. prop. 2001/02:142 s. 21 f).

Det är enligt utredningens uppfattning svårt att med någon precision ange vilka sociala krav som är förenliga med gemenskapsrätten. Utredningen har därför valt att återge tidigare uttalanden i frågan utan att därigenom ta ställning till om uttalandena ger uttryck för vad som kan vara tillåtet.

I utredningens direktiv anges att regeringen avser att lämna tilläggsdirektiv till utredningen när det gäller frågan om de nya EG-direktiven är förenliga med ILO:s konvention nr 94. Utredningen kommer därmed att i nästa etapp av sitt arbete överväga vilka sociala hänsyn som kan tas vid ett upphandlingsförfarande.

I beaktandesats 28 anges följande:

Systematik och arbete är grundläggande faktorer när det gäller att garantera lika möjligheter för alla till social integration. Skyddade verkstäder och program för skyddad anställning bidrar härvid effektivt till att människor med funktionshinder kan komma in på eller återvända till arbetsmarknaden. Sådana verkstäder kan emellertid sakna möjligheter att få kontrakt under normala konkurrensförhållanden. Det är därför lämpligt att föreskriva att medlemsstaterna får reservera rätten att delta i upphandlingsförfaranden för sådana verkstäder eller föreskriva att kontrakten skall fullgöras inom ramen för skyddad anställning.

Tanken med dessa uttalanden kommer till uttryck i artikel 19 (se 8 § nedan). Enligt denna artikel får medlemsstaterna reservera deltagandet i offentliga upphandlingar för ”skyddade verkstäder”

eller föreskriva att kontrakten skall 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 numera inte någon verksamhet som betecknas ”skyddade verkstäder”. Den verksamhet som bedrivs av Samhall AB kan möjligen jämföras med sådana verkstäder men motsvarar närmast det som i direktiven kallas ”program för skyddad anställning”. Samhall erbjuder arbete åt arbetssökande personer som har ett eller flera funktionshinder.

I förordningen (2000:630) om särskilda insatser för personer med arbetshandikapp finns bestämmelser om skyddat arbete. I 32 § i förordning 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.

Enligt utredningens uppfattning ger bestämmelserna om reserverade kontrakt inte rätt för en upphandlande myndighet eller enhet att reservera kontrakt för endast inhemska skyddade verkstäder eller för endast inhemska program för skyddad anställning. Kravet på lika behandling och icke-diskriminering medför att en sådan begränsning inte kan anses tillåten. Eftersom det i andra medlemsländer kan finnas skyddade verkstäder finns det anledning att i lagen ta in bestämmelserna i direktivet i sak.

## Föreslagna bestämmelser med kommentarer

### Lagens tillämpningsområde

#### 1 §

Denna lag gäller, om inte annat följer av 2 eller 3 §, vid tilldelning av offentliga kontrakt som görs av en upphandlande myndighet och avser byggtreprenader, varor och tjänster samt vid byggkoncessioner och anordnande av projekttävlingar.

Genom lagen genomförs 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>1</sup>

---

<sup>1</sup> EGT L 134, 30.4.2004, s.114–240 (Celex 32004L018).

*Kommentar*

Paragrafens första stycke motsvarar i sak 1 kap. 2 § LOU men saknar motsvarighet i direktivet. Andra stycket innehåller endast en upplysning om att lagen genomför direktivet.

I motsats till direktivet, som börjar med ett stort antal definitioner, bör lagen inledas med bestämmelser som allmänt anger lagens tillämpningsområde.

Den grundläggande förutsättningen för att lagen skall gälla är att det är fråga om offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster. Denna förutsättning har tagits in i 1 §, medan definitionerna av begreppen upphandling och upphandlande myndighet finns i 2 kap.2 respektive 11 §. Den valda formuleringen i paragrafen innebär att lagen skulle gälla även upphandling inom försörjningssektorerna. En hänvisning har därför gjorts till 2 §, av vilken det framgår att lagen inte skall tillämpas på upphandling inom dessa sektorer.

Den offentliga upphandlingen inom den klassiska sektorn är inte relaterad till vissa verksamheter som är fallet inom försörjningssektorerna. Bestämmelserna i lagen gäller varje anskaffning som en upphandlande myndighet gör, om den inte är särskilt undantagen.

Direktivet skiljer mellan å ena sidan upphandling (av varor, byggtreprenader och tjänster) och å andra sidan anordnande av projekttävlingar. Projekttävlingar skiljer sig från upphandling genom att de inte alltid syftar till tilldelning av kontrakt.

Skillnaden framgår av direktivets definitioner av varu-, byggtreprenad- och tjänstekontrakt, som inte omfattar projekttävlingar. I artiklarna 66–74 finns särskilda bestämmelser om tröskelvärden, annonsering m.m. beträffande projekttävlingar.

Upphandling av tjänster följer enligt direktivet olika regler beroende på om det är fråga om tjänster som anges i bilaga II A (s.k. A-tjänster) eller tjänster som anges i bilaga II B (s.k. B-tjänster).

Denna indelning av tjänster i olika kategorier förklaras i beaktandesats 19. Där anges att full tillämpning av direktivet under en övergångstid bör begränsas till kontrakt för vilka bestämmelserna kommer att göra det möjligt att utnyttja alla möjligheter till att öka handeln över gränserna. Kontrakt för andra tjänster måste övervakas under denna övergångsperiod innan beslut fattas om full tillämpning av direktivet.

Enligt artikel 20 skall kontrakt avseende tjänster förtecknade i bilaga II A tilldelas i enlighet med artiklarna 23–55, vilket innebär att bestämmelserna i efterföljande artiklar om bl.a. byggtrenprenader och om projekttävlingar på tjänsteområdet inte skall tillämpas.

Med den i direktivet valda tekniken skulle det kunna ifrågasättas, om bestämmelserna i artiklarna 1–19 skall tillämpas vid upphandling av A-tjänster. Om så inte skulle vara fallet kommer bl.a. artikel 1.9 om upphandlande myndigheter, artikel 2 om principerna för tilldelning av kontrakt och artikel 7 om tröskelvärden inte att vara tillämpliga, vilket inte rimligtvis kan vara avsikten. Sannolikt är väl avsikten i stället att alla bestämmelser som i direktivet finns före artikel 20 skall gälla också i fråga om upphandling av A-tjänster medan av de bestämmelser som kommer efter det kapitlet endast de i artikel 20 angivna bestämmelserna skall tillämpas.

Med samma resonemang skulle B-tjänster, som enligt artikel 21 skall omfattas endast av bestämmelserna i artikel 23 och artikel 35.4, ändå omfattas av artiklarna 1–19. Artiklarna 20 och 21 är formulerade på olika sätt. I artikel 20 föreskrivs att kontrakt avseende A-tjänster *skall tilldelas* enligt artiklarna 23–55 medan enligt artikel 21 kontrakt avseende B-tjänster *omfattas* endast av bestämmelserna i artikel 23 och artikel 35.4. Denna skillnad torde dock kunna förklaras med att någon reglering av förfarandet för tilldelning av kontrakt avseende B-tjänster inte är avsedd, utöver vad som följer av hänvisningen till de två nämnda artiklarna. Av samma skäl som anförts beträffande A-tjänster bör även beträffande B-tjänster artiklarna 1–19 i princip tillämpas.

Paragrafens första stycke bör utformas så att det generellt reglerar i princip alla offentlig upphandling. I 2 § undantas sedan upphandling inom försörjningssektorerna och i 3 § undantas upphandling under tröskelvärdena, upphandling av B-tjänster och upphandling som omfattas av sekretess eller andra begränsningar med hänsyn till rikets säkerhet och upphandling av vissa försvarsprodukter delvis från lagens tillämpning. Vidare anges där att bestämmelserna om byggkoncessioner och projekttävlingar inte skall tillämpas på A-tjänster.

## 2 §

**Denna lag gäller inte vid tilldelning av kontrakt som**

**1. omfattas av lagen (0000:00) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, eller**

2. är undantagen enligt 4 kap. 5 § tredje stycket, 5 kap. 2, 13 eller 14 § i den lagen.

Utan hinder av första stycket tillämpas denna lag vid tilldelning av kontrakt som görs av en upphandlande myndighet som bedriver sådan verksamhet enligt lagen om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster som avser tillhandahållande av tjänster som anges i 4 kap. 6–8 §§ i den lagen.

#### *Kommentar*

Paragrafen motsvarar artikel 12 första stycket i direktivet.

Artikel 12 första stycket lyder:

Detta direktiv skall inte tillämpas på offentliga kontrakt inom ramen för direktiv 2004/17/EG som tilldelas av upphandlande myndigheter vilka utövar en eller flera av de verksamheter som anges i artiklarna 3–7 i det direktivet i syfte att utöva denna verksamhet, eller på offentliga kontrakt som enligt artikel 5.2 och artiklarna 19, 26 och 30 i det direktivet undantas från dess tillämpningsområde.

Att undantaget i artikel 12 första stycket och i 2 § i lagen begränsas till upphandling som görs av myndigheter föranleds av att det endast är myndigheter som har att tillämpa bestämmelserna om upphandling inom den klassiska sektorn.

De undantag som avses i punkt 2 i paragrafen gäller upphandling som görs för konkurrensutsatt busstransportverksamhet (4 kap. 5 § tredje stycket, artikel 5.2 i försörjningsdirektivet), för återförsäljning eller uthyrning som utövas av någon utan särskild rättighet eller ensamrätt (5 kap. 2 §, artikel 19 i försörjningsdirektivet), för verksamhet som avser bl.a. tillhandahållande av nät för gas, värme, el eller vatten, om upphandlingen gäller vatten, energi eller bränslen (5 kap. 13 §, artikel 26 i försörjningsdirektivet) och för verksamhet som är konkurrensutsatt (5 kap. 14 §, artikel 30 i försörjningsdirektivet).

I försörjningsdirektivet finns även undantag från direktivets tillämpningsområde som motsvarar undantag som görs i det klassiska direktivet. Dessa avser:

– bygg- eller tjänstekoncessioner som beviljas av en upphandlande enhet som utför en eller flera av de verksamheter som avses i artiklarna 3–7, om koncessionerna tilldelas för utövande av dessa verksamheter (artikel 18 i försörjningsdirektivet och 5 kap. 1 § i

motsvarande lag respektive artikel 17 och artikel 57 första stycket 1 i det klassiska direktivet och 15 kap. 2 § i motsvarande lag,

– upphandling av försvarsprodukter m.m. (artikel 21 i försörjningsdirektivet och 5 kap. 4 § i motsvarande lag respektive artikel 14 i det klassiska direktivet och 3 kap. 2 § i motsvarande lag),

– upphandling enligt internationella avtal (artikel 22 i försörjningsdirektivet och 5 kap. 5 § i motsvarande lag respektive artikel 15 i det klassiska direktivet och 3 kap. 3 § i motsvarande lag),

– förvärv av fastigheter m.m. eller av t.ex. vissa finansiella tjänster (artikel 24 i försörjningsdirektivet och 5 kap. 11 § i motsvarande lag respektive artikel 16 i det klassiska direktivet och 3 kap. 4 § i motsvarande lag), och

– upphandling av tjänster från en annan upphandlande enhet som har ensamrätt att utföra tjänsten (artikel 25 i försörjningsdirektivet och 5 kap. 12 § i motsvarande lag respektive artikel 18 i det klassiska direktivet och 3 kap. 6 § i motsvarande lag).

Enligt försörjningsdirektivet är ytterligare upphandlingar undantagna från direktivets tillämpningsområde. Det gäller

– upphandling som en upphandlande enhet gör för något annat än utövande av en verksamhet som avses i försörjningsdirektivet eller för viss verksamhet som bedrivs utanför gemenskapens område (artikel 20 i försörjningsdirektivet och 5 kap. 3 § första stycket i motsvarande lag), och

– upphandling från anslutna företag eller samriskföretag (artikel 23 i försörjningsdirektivet och 5 kap. 6 § i motsvarande lag).

Med den teknik som valts i artikel 12 i det klassiska direktivet uppkommer naturligt frågan om sådan upphandling som är undantagen enligt försörjningsdirektivet men som inte särskilt anges i artikeln i stället skall omfattas av det klassiska direktivet, om övriga förutsättningar härför är uppfyllda. Det kan konstateras att artikel 20 i försörjningsdirektivet reglerar två situationer. Den ena avser det fallet att en upphandlande enhet inom försörjningssektorerna gör en upphandling för en annan verksamhet än en sådan som avses i försörjningsdirektivet. I den situationen får avsikten antas vara att den upphandlande enheten, om den är att anse som en myndighet, skall följa bestämmelserna i det klassiska direktivet. I den andra situationen, som avser det fallet att en upphandlande enhet gör en upphandling för utövande av verksamhet i tredje land, saknas, såvitt kan förstås, anledning att tillämpa bestämmelserna i det klassiska direktivet i stället för de i försörjningsdirektivet.

Undantaget i artikel 23 i försörjningsdirektivet avser anskaffningar från anknutna företag och samriskföretag. Det finns ingen för utredningen begriplig anledning till att sådana anskaffningar i stället skulle omfattas av det klassiska direktivet.

Formuleringen ”tilldelning av kontrakt - - - som omfattas av lagen (0000:00) - - -” är avsedd att ha samma innebörd som den i direktivet använda formuleringen ”offentliga kontrakt som tilldelas inom ramen för direktiv 2004/17/EG - - -”.

Paragrafen har i enlighet med vad som nu sagts och med redaktionella ändringar utformats i enlighet bestämmelsen i direktivet.

Utredningen föreslår att möjligheten att skjuta upp ikraftträdandet av tillämpningen av lagen om upphandling inom försörjningssektorerna beträffande posttjänster skall utnyttjas. Som en följd härav har i andra stycket angetts att den nu behandlade lagen skall tillämpas på verksamhet som avser tillhandahållande av posttjänster och andra tjänster som avses i 4 kap. 6–8 §§ lagen om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster.

### 3 §

**I fråga om tilldelning av offentliga kontrakt som avser tjänster som anges i bilaga 3 till denna lag, andra kontrakt, vars värde understiger de tröskelvärden som anges i lagen, och kontrakt som avses i 3 kap. 2 §, gäller lagen endast i den utsträckning som följer av 17 och 18 kap.**

**I fråga om tilldelning av offentliga kontrakt som avser tjänster som anges i bilaga 2 till denna lag tillämpas inte 15 och 16 kap.**

**Ett kontrakt som avser både tjänster som anges i bilaga 2 och tjänster som anges i bilaga 3 skall, om värdet av de förstnämnda tjänsterna överstiger värdet av de sistnämnda i sin helhet anses vara en upphandling av tjänster som anges i bilaga 2 och i annat fall i sin helhet anses vara en upphandling av tjänster som anges i bilaga 3.**

#### *Kommentar*

Enligt 6 kap LOU skall lagens bestämmelser i viss utsträckning gälla även vid upphandling under tröskelvärdena, vid upphandling av s.k. B-tjänster samt vid upphandling som omfattas av sekretess

eller andra begränsningar med hänsyn till rikets säkerhet och upphandling av vissa försvarsprodukter (6 kap. 1 § och 1 kap. 3 § andra stycket LOU). I den föreslagna lagen har undantag gjorts för upphandling av sist nämnt slag i 3 kap. 2 § och en hänvisning dit görs i paragrafens första stycke.

Enligt artikel 21 skall B-tjänster omfattas endast av bestämmelserna i artikel 23 och artikel 35.4. Detta har beaktats vid utformningen av 17 kap. 1 §.

Den begränsning som framgår av artikel 20 har tagits in i paragrafens andra stycke.

Tredje stycket i paragrafen motsvarar artikel 22 i direktivet och 5 kap. 3 § andra stycket LOU. Det har med redaktionella ändringar utformats i enlighet med bestämmelsen i direktivet.

#### 4 §

**Vad som avses med upphandling anges i 2 kap. 2 §.**

**Vad som avses med upphandlande myndighet anges i 2 kap. 11 §.**

#### *Kommentar*

Direktivet innehåller inte någon direkt motsvarighet till 4 §. I 1 kap. 2 § LOU anges att lagen gäller vid upphandling som görs av vissa angivna rättssubjekt.

### Principer för tilldelning av kontrakt

#### 5 §

**Tilldelning av offentliga kontrakt skall göras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns. Upphandlande myndigheter skall behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt. Genomförandet av upphandlingsförfarandet skall ske med iakttagande av öppenhet.**

#### *Kommentar*

Paragrafen motsvarar artikel 2 i direktivet och 1 kap. 4 § LOU. Enligt artikel 2 skall upphandlande myndigheter behandla ekonomiska aktörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt och förfara på ett öppet sätt.

Enligt 1 kap. 4 § LOU skall upphandling göras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och även i övrigt genomföras affärsmässigt. Anbudsgivare, anbudssökande och anbud skall behandlas utan ovidkommande hänsyn.

I artikel 3.2 i direktiv 92/50/EEG sägs att de upphandlande myndigheterna skall säkerställa att ingen diskriminering förekommer mellan olika tjänsteleverantörer. Motsvarande bestämmelse finns i direktiv 93/36/EEG (artikel 5.7), i direktiv 93/37/EEG (artikel 6.6) och i direktiv 93/38/EEG (artikel 4.2).

Utredningen skall enligt sina direktiv överväga om huvudregeln om affärsmässighet bör ändras eller ersättas med den nya direktivbestämmelsen, dock med den utgångspunkten att det skall vara möjligt att ta miljöhänsyn och sociala hänsyn vid tilldelning av kontrakt i enlighet med vad som anges i de nya direktiven.

Frågan om utformningen av den centrala bestämmelsen i 1 kap. 4 § LOU om att affärsmässighet skall iakttas vid offentlig upphandling har behandlats utförligt i upphandlingskommitténs slutbetänkande SOU 2001:31 Mera värde för pengarna (s. 69–87 och 285–289). Kommittén diskuterade denna fråga mot bakgrund bl.a. av att det gjorts gällande att det nationella kravet på affärsmässighet, i förhållande till gemenskapsrätten, begränsar möjligheterna att ta andra hänsyn än rent ekonomiska hänsyn vid upphandling.

Kommittén anförde, efter att ha redogjort för principerna om likabehandling, icke-diskriminering, öppenhet, förutsebarhet, ömsesidigt erkännande och proportionalitet (s. 82–85) att EG-kommissionen enligt vad som upplysts ansett att direktiven hade införlivats i svensk rätt (s. 86).

Kommittén övervägde (s. 287) att modifiera eller helt ersätta affärsmässighetsbegreppet med en direkt hänvisning till de grundläggande gemenskapsrättsliga principer som ger EG-direktiven om offentlig upphandling sitt materiella innehåll. En sådan ändring skulle göra klart att upphandlande enheter kunde ta hänsyn till andra än rent ekonomiska faktorer vid sin upphandling. Det fanns enligt kommittén en risk för att ett borttagande av begreppet affärsmässighet skulle sända ut felaktiga signaler och kunna tolkas så att det inte längre fanns något krav på att de upphandlande enheterna skulle göra sitt yttersta för att se till att skattemedlen används så effektivt som möjligt (s. 288).

Kommittén bedömde att en modifiering eller ett borttagande av begreppet affärsmässighet inte med säkerhet skulle ge något större

utrymme att tillgodose andra än rent ekonomiska mål i förhållande till vad som gällde enligt gemenskapsrätten (s. 288). Kommittén föreslog därför ingen ändring av begreppet.

I prop. 2001/02:142 avvisades ett under remissbehandlingen av kommitténs betänkande framfört önskemål om att upphandling skulle göras enligt gemenskapsrätten samt principerna om likabehandling, icke-diskriminering, ömsesidigt erkännande, öppenhet, förutsebarhet och proportionalitet. Som skäl för ställningstagandet angavs att bestämmelserna i EG-fördraget och sekundärrätten efter Sveriges anslutning till EU gällde som svensk rätt med den effekt de har enligt EG-rätten och att de nämnda principerna konkretiserats i direktiven och genomförts genom LOU, varför det tedde sig främmande att ange att de skulle gälla vid tillämpning av lagen. Enligt regeringens bedömning skulle en hänvisning till principerna inte innebära ett förtydligande av möjligheten att ta sociala eller arbetsmarknadspolitiska hänsyn eller miljöhänsyn eftersom sådana hänsyn, med undantag för principerna om icke-diskriminering och likabehandling, hade sin grund i andra än dessa principer. Någon ändring av bestämmelsen i 1 kap. 4 § LOU föreslogs inte.

Som redovisats i avsnitt 4.2 anser utredningen att lagförslagen så långt det är möjligt och lämpligt bör utformas i nära anslutning till direktivens bestämmelser. Med denna inställning är det naturligt för utredningen att i enlighet med direktiven för utredningens arbete överväga att utforma bestämmelsen om ”affärsmässighet” i upphandlingsärenden i närmare överensstämmelse med bestämmelsen i artikel 2 i direktivet.

Utredningen gör i denna del följande bedömning.

Från gemenskapsrättslig utgångspunkt får regleringen av förfarandet vid offentlig upphandling antas vara avsedd att bidra till genomförandet av den gemensamma marknaden genom att företag i alla medlemsstater skall kunna konkurrera på lika villkor om offentliga kontrakt i medlemsstaterna. Den ökade konkurrens detta kan medföra borde i princip få till effekt att möjligheterna för de upphandlande myndigheterna att ingå affärsmässigt fördelaktiga kontrakt om upphandling förbättras.

Som framgår av vad som angetts ovan kunde, enligt vad som anfördes i Upphandlingskommitténs slutbetänkande, skäl åberopas både för att behålla och att slopa användningen i LOU av begreppet affärsmässighet. Så är i och för sig fortfarande fallet. I förhållande till vad som då gällde har dock en ändring inträtt

genom att bestämmelsen om principerna för tilldelning av kontrakt i det nya direktivet är utformad på ett annat sätt än i de äldre direktiven. I beaktandesats 1 anges att direktivet bygger på EG-domstolens praxis, som tydliggör de upphandlande myndigheternas möjligheter att tillgodose den berörda allmänhetens behov även på miljöområdet och det sociala området. Av artikel 53 i direktivet (liksom av artikel 36.1 a i direktiv 92/50/EEG och artikel 26.1 b i direktiv 93/36/EEG) framgår att estetiska egenskaper, dvs. en faktor som inte är av direkt ekonomisk natur, kan få inverka på valet av anbud, om det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet skall antas. I artikel 53 har införts ytterligare en faktor av samma karaktär, nämligen miljöegenskaper. Vidare framgår av artikel 19 att en upphandlande myndighet kan föreskriva bl.a. att ett offentligt kontrakt skall fullgöras inom ramen för program för skyddad anställning.

Enligt utredningens mening ligger den väsentliga betydelsen av begreppet affärsmässighet i att den kräver att möjligheterna att utnyttja konkurrens skall tas till vara. Att en upphandlande myndighet i ett upphandlingsärende skall iaktta vissa principer, t.ex. om likabehandling, icke-diskriminering, öppenhet och ömsesidigt godkännande, framgår av olika artiklar i direktivet och av den föreslagna lagen. Vidare framgår vad som skall iakttas vid tilldelning av kontrakt.

Utredningen har mot denna bakgrund kommit till den slutsatsen att det inte längre finns anledning att behålla anknytningen till ett affärsmässighetsbegrepp.

I fråga om utformningen av den nya bestämmelsen kan följande anföras.

Artikel 2 i direktivet skall ses i förhållande till beaktandesats 2 i direktivet. I beaktandesatsen anför:

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

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

Det framgår inte av direktivet av vilken anledning man valt att lyfta fram just principerna om likabehandling, icke-diskriminering och öppenhet. En förklaring kan vara att de av EG-domstolen ansetts vara tillämpliga i upphandlingsärenden. I C 243/89 (Storabältdomen) anges principen om likabehandling och i C 87/94 (Wallonska bussarna) åberopas principerna om likabehandling och transparens.

Övriga principer i EG-fördraget kommer dock till uttryck genom andra bestämmelser i direktivet och i den föreslagna lagen, jfr t.ex. 8 kap. 10 § och 12 kap. 3 § i den föreslagna lagen.

Enligt utredningens mening kan någon vägande invändning inte riktas mot innehållet i artikel 2. För att betona vad utredningen menar är den väsentliga innebörden av affärsmässighetsbegreppet bör bestämmelsen dock kompletteras med ett krav på att de konkurrensmöjligheter som finns skall utnyttjas.

Utredningen föreslår därför att paragrafen inleds med en mening av denna innebörd och i övrigt med redaktionella ändringar utformas i överensstämmelse med bestämmelsen i direktivet. Det faktum att paragrafen utformas i nära överensstämmelse med direktivet skall dock inte innebära någon ändring av rättsläget när det gäller vad som skall iakttas vid en upphandling.

Enligt utredningens bedömning ger den föreslagna utformningen av 5 § möjlighet för en upphandlande myndighet att ta sociala hänsyn och miljöhänsyn i den omfattning som direktivet medger. Som den är utformad förhindrar den, tillsammans med andra bestämmelser i lagen, på samma sätt som den nuvarande bestämmelsen i LOU, att en upphandlande myndighet tar ovidkommande hänsyn vid tilldelning av kontrakt, t.ex. genom att förbehålla kontrakt för lokala företag.

## Rätten att få delta i ett upphandlingsförfarande

### 6 §

En anbudssökande eller anbudsgivare, som är etablerad i en stat som är bunden av avtalet om Europeiska ekonomiska samarbetsområdet (EES-stat) och enligt gällande bestämmelser i den staten har rätt att leverera den tjänst som kontraktet avser, får inte uteslutas från upphandlingsförfarandet endast på grund av krav på att leverantören skall vara antingen en fysisk eller en juridisk person.

Juridiska personer kan, när det gäller offentliga tjänste- och byggtrepreneuradkontrakt eller offentliga varukontrakt som också omfattar tjänster eller monterings- och installationsarbeten, åläggas att i anbudet eller anbudsansökan uppge namn och yrkeskvalifikationer på de personer som skall utföra tjänsterna.

### *Kommentar*

Paragrafen motsvarar artikel 4.1 i direktivet men saknar motsvarighet i LOU.

I artikel 4.1 första stycket föreskrivs att ett krav inte får ställas på att anbudssökande eller anbudsgivare skall vara antingen fysiska eller juridiska personer. Bestämmelsen kan knappast syfta på ett krav som innebär att andra deltagare än sådana som är fysiska eller juridiska personer utesluts från deltagande, eftersom det måste förutsättas att deltagarna har rättshandlingsförmåga. Innebörden får i stället antas vara att ett krav på att alla som skall delta i upphandlingen skall vara fysiska personer eller att alla skall vara juridiska personer inte är tillåtet. Inom försörjningssektorerna finns en motsvarande bestämmelse i artikel 33.2 i direktiv 93/38/EEG men har inte införts i LOU.

Första stycket i paragrafen har utformats i enlighet med den troliga innebörden av artikel 4.1 första stycket.

I övrigt har paragrafen, med redaktionella ändringar, utformats i överensstämmelse med direktivet.

### 7 §

Grupper av leverantörer har rätt att lämna anbud och att ansöka om att få lämna anbud. Den upphandlande myndigheten får inte föreskriva att sådana grupper skall anta en bestämd juridisk

form för att få lämna anbud eller förhandla. Myndigheten får dock föreskriva att den utsedda gruppen skall anta en viss juridisk form när den blivit tilldelad kontraktet, om det krävs för att kontraktet skall kunna fullgöras korrekt.

#### *Kommentar*

Paragrafen motsvarar artikel 4.2 i direktivet och 1 kap. 23 a § LOU. Den har med redaktionella ändringar utformats i överensstämmelse med bestämmelserna i direktivet.

### Reserverade kontrakt

#### 8 §

En upphandlande myndighet får reservera deltagandet i offentliga upphandlingsförfaranden för skyddade verkstäder eller föreskriva att kontrakten skall 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.

Denna begränsning skall nämnas i annonsen om upphandling.

#### *Kommentar*

Paragrafen motsvarar artikel 19 i direktivet men saknar motsvarighet i LOU. Frågan berörs också i beaktandesats 33 i direktivet. I avsnitt 5.2 behandlas frågan om vilka sociala hänsyn som kan tas vid upphandlingsförfarandet mer utförligt.

Paragrafen har med redaktionella ändringar utformats i överensstämmelse med bestämmelserna i direktivet.

### Beviljande av särskilda rättigheter eller ensamrätt

#### 9 §

Om en upphandlande myndighet beviljar någon annan enhet än en upphandlande myndighet särskilda rättigheter eller ensamrätt att utöva offentlig tjänsteverksamhet, skall den

handling varigenom denna rätt beviljas innehålla en bestämmelse om att den aktuella enheten i fråga om varukontrakt som den tilldelar tredje man skall iaktta principen om icke-diskriminering på grund av nationalitet.

*Kommentar*

Paragrafen motsvarar artikel 3 i direktivet och har utformats i enlighet med bestämmelsen i direktivet.

## 6 Definitioner

Bestämmelserna i LOU och i direktivet är omfattande och detaljerade. Termer, uttryck och begrepp som används är i många fall specifika för upphandlingsområdet. Deras innebörd bör därför klargöras. Så har också skett såväl i LOU (1 kap. 5 och 6 §§) som i det klassiska direktivet (artikel 1). Definitionerna bör tas in i 2 kap. i lagen.

Till skillnad från vad som är fallet i LOU och i direktivet bör varje definition tas in i en särskild paragraf i 2 kap.

Begrepp som behöver definieras och som används endast på något ställe i lagen definieras i anslutning till den eller de bestämmelser där begreppet förekommer. Detta gäller t.ex. definitionerna av upphandlingsförfaranden som kan användas endast vid upphandling som inte omfattas av direktivets bestämmelser.

Begreppen tas i princip upp i samma ordning som i direktivet och alltså inte i bokstavsordning.

I direktivet finns definitioner av *dynamiskt inköpssystem*, *elektronisk auktion* och *konkurrenspräglad dialog*. Enligt utredningens direktiv skall utredningen först i en andra etapp behandla dessa frågor. Några definitioner av dessa begrepp tas därför inte in i detta lagförslag.

En definition av påskyndat förfarande finns i 1 kap. 5 § elfte stycket LOU ("sådan förfarande som avses i 2 kap. 15 §, 3 kap. 20 § och 5 kap. 22 §") men inte i direktivet. Däremot används termen i artikel 40.4. Någon definition bör inte tas in i 2 kap. i denna lag.

LOU innehåller också en definition av ansökningsinbjudan ("underlag varigenom den upphandlande myndigheten inbjuder leverantörer att ansöka om att få lämna anbud vid urvalsupphandling"). Eftersom urvalsupphandling är ett förfarande som kan användas endast vid upphandling under tröskelvärdena m.m. bör definitionen inte tas in i 2 kap. i denna lag.

## Föreslagna bestämmelser med kommentarer

### 1 §

I detta kapitel finns definitioner av vissa begrepp som används i denna lag. Det finns definitioner också i andra kapitel.

#### *Kommentar*

Som exempel på definitioner som finns på andra ställen kan nämnas definitionerna av urvalsupphandling och direktupphandling som finns i 17 kap.

### 2 §

Med *upphandling* avses anskaffning av varor, byggtreprenader eller tjänster mot ersättning samt leasing, hyra eller hyrköp av varor.

#### *Kommentar*

Upphandling definieras inte i direktivet. I 1 kap. 5 § första stycket LOU finns följande definition:

Upphandling: köp, leasing, hyra eller hyrköp av varor, byggtreprenader eller tjänster.

Eftersom upphandling naturligt nog är ett centralt begrepp i lagen bör en definition finnas i lagen.

Den nuvarande definitionen i LOU har en mindre lyckad språklig utformning. Den kan läsas så att köp, leasing etc. kan avse såväl varor som byggtreprenader och tjänster, vilket är oegentligt. Den kan också läsas så att termen upphandling har dels betydelsen köp, leasing etc. av varor, dels betydelsen byggtreprenader eller tjänster, vilket också är oegentligt.

Definitionen bör utformas så att den motsvarar vad som synes ha varit avsikten med definitionen i LOU. För att utesluta benefika förvärv bör anges att upphandling skall avse förvärv mot ersättning. Motsvarande tillägg synes inte vara nödvändigt när det gäller leasing, hyra eller hyrköp av varor, eftersom sådana transaktioner sker mot ersättning.

### 3 §

Med *offentligt kontrakt* avses i denna lag ett skriftligt kontrakt som

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

#### *Kommentar*

Definitionen av offentliga kontrakt finns i artikel 1.2 a i direktivet. En definition av upphandlingskontrakt finns i 1 kap. 5 § fjärde stycket LOU.

I förhållande till direktivet har två avvikelser gjorts. I stället för det i direktivet intagna kravet på att ett kontrakt skall innehålla ekonomiska villkor anges att tillhandahållandet enligt kontraktet skall ske mot ersättning. Det behöver inte heller anges att det skall vara fråga om utförande av byggtreprenad, leverans av varor eller tillhandahållande av tjänster ”i den mening som avses i detta direktiv”.

Enligt bestämmelsen i LOU skall ett skriftligt avtal om upphandling undertecknas av parterna eller signeras av dem med en elektronisk signatur. Även om det ligger i sakens natur att ett skriftligt avtal om upphandling undertecknas eller signeras av avtalsparterna bör en motsvarande formulering tas in i paragrafen.

### 4 §

Med *offentligt byggtreprenadkontrakt* avses ett offentligt kontrakt avseende byggtreprenad som gäller

1. utförande eller både projektering och utförande av arbete som är hänförligt till en verksamhet som anges i bilaga 1 till denna lag,
2. ett byggnadsverk, eller
3. utförande, oavsett på vilket sätt, av ett byggnadsverk enligt krav som ställts upp av den upphandlande myndigheten. Med *byggnadsverk* avses det samlade resultatet av bygg- och anläggningsarbeten, om resultatet kan självständigt fullgöra en teknisk och ekonomisk funktion.

*Kommentar*

Enligt motsvarande bestämmelser i direktivet (artikel 1.2 b) avses med byggentreprenadkontrakt:

kontrakt som avser antingen utförande eller såväl projektering som utförande av sådana byggentreprenader som avser verksamheter som omfattas av bilaga XI, eller av en byggentreprenad eller utförande, oavsett form, av en byggentreprenad som tillgodoser de behov som den upphandlande enheten har specificerat. Med byggentreprenad avses ett resultat av bygg- och anläggningsarbeten som i sig fyller en ekonomisk eller teknisk funktion.

I LOU (1 kap. 5 § femte stycket) har termen byggentreprenad betydelsen:

utförande eller både projektering och utförande av ett arbete, som kan hänföras till en verksamhet som anges i avdelning C i bilagan till denna lag, eller ett byggnads- eller anläggningsarbete i sin helhet, vars resultat självständigt kan fullgöra en teknisk och ekonomisk funktion.

Det kan anmärkas att definitionerna av byggentreprenadkontrakt och byggentreprenad i direktiv 93/37/EEG i sak överensstämmer med definitionerna i det nya direktivet. Bestämmelsen i LOU skiljer sig från bestämmelserna i det äldre direktivet på det sättet att definitionen i LOU inte uttryckligen omfattar utförande, oavsett form, av en byggentreprenad som tillgodoser de behov som den upphandlande enheten har specificerat.

Definitionerna av begreppen byggentreprenadkontrakt och byggentreprenad är svårtillgängliga. Svårigheterna beror delvis på att de i den svenska språkversionen av direktivet fått en mindre lyckad utformning. Byggentreprenadkontrakt anges vara kontrakt som avser utförande (eller projektering och utförande) av byggentreprenader. Men byggentreprenad definieras som ett resultat av bygg- och anläggningsarbeten som i sig fyller en ekonomisk eller teknisk funktion. Denna definition av byggentreprenad medför att åtskilliga arbeten, som uppenbarligen är bygg- eller anläggningsarbeten och som därför omfattas av uppräknningen av verksamheter i bilaga I till direktivet, inte skulle anses vara det enligt den svenska språkversionen av direktivet, eftersom resultatet av arbetena inte i sig självt fyller en ekonomisk eller teknisk funktion. Det gäller t.ex. markarbeten, som resulterar i en grop avsedd för grunden till en byggnad.

När direktivet i den svenska språkversionen betecknar resultatet av bygg- och anläggningsarbeten som en byggentreprenad talar de engelska, franska och tyska språkversionerna om "a work", "un ouvrage" respektive "ein Bauwerk". En motsvarighet till dessa utländska ord skulle kunna vara "byggnadsverk".

Vidare skulle i definitionens första del orden "sådana byggentreprenader som avser en av de verksamheter som avses i bilaga I" kunna bytas ut mot "sådana arbeten som är hänförliga till en verksamhet som avses i bilaga 1".

Den senare delen av definitionen av offentliga byggentreprenadkontrakt ("utförande, oavsett form, av en byggentreprenad - -") synes vara avsedd att täcka bl.a. det fallet att en upphandlande myndighet i stället för att uppdra åt en leverantör att uppföra en byggnad på myndighetens mark väljer att träffa avtal med leverantören om att denne skall uppföra byggnaden på egen mark enligt myndighetens önskemål för att därefter överlåta eller hyra ut fastigheten till myndigheten. Vidare tycks den göra klart, att direktivet skall gälla även i det fallet uppdraget att utföra en bygg- eller anläggningsentreprenad lämnas av en mellanhand för myndighetens räkning. I detta senare fall skulle myndighetens uppdrag till mellanhanden annars kunna ses som en tjänsteupphandling och inte som en upphandling av en entreprenad.

I stället för "oavsett form" bör i bättre överensstämmelse med de danska, engelska, franska och tyska språkversionerna av direktivet användas uttrycket "oavsett på vilket sätt".

## 5 §

Med *offentligt varukontrakt* avses ett offentligt kontrakt som gäller varor och som inte omfattas av ett byggentreprenadkontrakt.

Ett kontrakt skall behandlas som ett varukontrakt även om det omfattar ett underordnat inslag av monterings- och installationsarbeten avseende varorna.

### *Kommentar*

Bestämmelsen motsvarar i sak artikel 1.2 c i direktivet. LOU innehåller ingen särskild definition av offentligt varukontrakt.

Eftersom upphandling definieras särskilt i 2 § behöver i denna paragraf inte anges vilka slags transaktioner avseende varor det är fråga om.

**6 §**

Med *offentligt tjänstekontrakt* avses ett offentligt kontrakt som gäller utförande av sådana tjänster som anges i bilaga 2 till denna lag och som inte utgör ett kontrakt som anges i 4 eller 5 §§.

Ett offentligt kontrakt som avser såväl varor som tjänster enligt bilaga 2 skall behandlas som ett tjänstekontrakt, om värdet av tjänsterna är högre än värdet av varorna.

Ett offentligt kontrakt som avser tjänster som anges i bilaga 2 och som omfattar sådan verksamhet enligt bilaga 1 till denna lag som endast är underordnad verksamhet i förhållande till kontraktets huvudändamål, skall behandlas som ett tjänstekontrakt.

*Kommentar*

Paragrafen motsvarar med redaktionella ändringar artikel 1.2 d i direktivet. LOU innehåller ingen särskild definition av offentligt tjänstekontrakt.

**7 §**

Med *byggkoncession* avses ett kontrakt av samma slag som ett byggentreprenadkontrakt men som innebär att ersättning utgår endast i form av en rätt att utnyttja anläggningen eller i form av dels en sådan rätt, dels betalning.

*Kommentar*

Paragrafen motsvarar artikel 1.3 i direktivet och 1 kap. 5 § sjätte stycket LOU.

Paragrafen har med redaktionella ändringar utformats i enlighet med direktivet.

**8 §**

Med *ramavtal* avses ett avtal som ingås mellan en eller flera upphandlande myndigheter och en eller flera leverantörer i syfte att fastställa villkoren för senare tilldelning av kontrakt under en given tidsperiod, särskilt i fråga om tänkt pris och, i tillämpliga fall, uppskattad kvantitet.

*Kommentar*

Paragrafen motsvarar artikel 1.5 i direktivet och 1 kap. 5 § åttonde stycket LOU. Några uttryckliga bestämmelser om användning av ramavtal finns inte i LOU utöver vad som föreskrivs i 4 kap. 10 § andra stycket (om beräkning av värdet av ett ramavtal) och i 4 kap. 16 § andra stycket 9 (en upphandlande enhet får avstå från annonsering om det gäller avrop mot ett gällande ramavtal, som upphandlats enligt bestämmelserna i LOU).

Enligt direktivets definition syftar ramavtal till att ”fastställa villkoren för tilldelning av kontrakt” medan syftet enligt LOU är att ”fastställa samtliga villkor för avrop”. Användningen i direktivet av den bestämda pluralformen ”villkoren” innebär med vanligt språkbruk detsamma som samtliga villkor. Någon skillnad i sak torde därför inte föreligga mellan direktivet och LOU på denna punkt. Enligt artikel 32.3 första stycket skall kontrakt som bygger på ett ramavtal som ingåtts med en enda leverantör tilldelas i enlighet med villkoren i ramavtalet. Då ett ramavtal ingåtts med mer än en leverantör förutsätts i artikel 32.4 andra stycket andra strecksatsen att alla villkor inte behöver ha fastställts i ett ramavtal. Av visst intresse i detta sammanhang är också artikel 32.2 tredje stycket. Där anges att parterna inte får väsentligen ändra villkoren i ett ramavtal när tilldelning av kontrakt som bygger på ramavtalet sker.

Det kan också påpekas att beaktandesats 11 förutsätter att ett ramavtal inte behöver innehålla alla villkor för tilldelning av kontrakt.

Tilldelning av kontrakt som grundar sig på ett ramavtal som ingåtts med mer än en leverantör kan, om tilldelningen sker genom tillämpning av villkoren i ramavtalet, enligt artikel 32.4 andra stycket första strecksatsen ske utan förnyad inbjudan att lämna anbud. Om inte alla villkor är fastställda i ramavtalet skall enligt artikel 32.4 andra stycket andra strecksatsen en förnyad inbjudan lämnas.

Frågan om den närmare innebörden av direktivets bestämmelser om ramavtal behandlas i betänkandekapitel 10.

**9 §**

Med *leverantör* avses den som på marknaden tillhandahåller byggentreprenader, varor eller tjänster.

Med *leverantör* avses också grupper av leverantörer.

*Kommentar*

Paragrafen motsvarar i sak artikel 1.8 första stycket i direktivet. En definition av leverantör finns i 1 kap. 5 § sjunde stycket LOU.

I andra stycket i artikel 1.8 förklaras att termen ”ekonomisk aktör” betecknar såväl en varuleverantör som en tjänsteleverantör och en entreprenör och att termen används endast i syfte att förenkla texten. Enligt utredningens uppfattning kan texten förenklas genom att ”leverantör” används som en samlingsbeteckning för entreprenörer och leverantörer och alltså – i enlighet med vad som normalt tillämpas i Sverige – beteckna alla som ingår ett upphandlingskontrakt med en upphandlande myndighet.

I artikel 1.8 första stycket används också termen ”offentlig enhet” utan någon förklaring. De danska, engelska och tyska språkversionerna innehåller samma term (”offentlig enhed,” ”public entity” respektive ”öffentliche Einrichtungen”).

Med termen kan sannolikt avses myndigheter och delar av myndigheter samt sådana offentligt styrda organ som avses i 12 §, i artikel 1.9 kallade ”offentligt styrda organ”. I den svenska språkversionen används ”byggentreprenader” i enlighet med definitionerna av ”byggentreprenadkontrakt” och ”byggentreprenad”. Som angetts i kommentarerna till 4 § är dessa definitioner mindre lyckade. I överensstämmelse med vad som anförts i anslutning till 4 § bör även här användas begreppen ”byggentreprenad” och ”byggnadsverk”.

**10 §**

**Med *anbudssökande* avses en leverantör som ansöker om att få delta i ett selektivt eller förhandlat upphandlingsförfarande.**

*Kommentar*

I artikel 1.8 tredje stycket i direktivet definieras anbudsgivare och anbudssökande. I LOU definieras anbudssökande och anbudsgivare i 1 kap. 5 §. Någon tvekan om vad som avses med anbudsgivare kan knappast uppkomma. Det framstår därför som överflödigt att definiera detta begrepp. Anbudssökande är däremot ett begrepp som har en särskild betydelse i direktivet. Den där givna definitionen bör därför med redaktionella ändringar tas in i lagen.

**11 §**

Med *upphandlande myndigheter* avses utöver myndigheter även beslutande församlingar i kommuner och landsting, offentligt styrda organ som avses i 12 § samt sammanslutningar av en eller flera myndigheter eller ett eller flera sådana organ.

*Kommentar*

Motsvarande bestämmelse finns i artikel 1.9 i direktivet och i 1 kap. 5 § tredje stycket LOU.

Paragrafen innehåller vad som föreskrivs i direktivet och därutöver vissa ytterligare bestämmelser i enlighet med bestämmelsen i LOU.

I bestämmelsen används begreppet upphandlande myndighet i stället för upphandlande enhet. I LOU används begreppet upphandlande enhet. Anledningen till att begreppet upphandlande myndighet används i denna lag är att denna lag till skillnad mot vad som gäller enligt LOU omfattar endast upphandling som görs av myndigheter och organ som inrättats för att tillgodose behov i det allmännas intresse (vad utredningen valt att beteckna offentligt styrda organ) medan lagen som reglerar försörjningssektorerna omfattar även upphandling som görs av företag över vilka en myndighet har ett bestämmande inflytande (offentliga företag).

Enligt LOU avses med upphandlande enhet bl.a. statliga, kommunala och andra myndigheter. I 1 kap. 8 § regeringsformen anges att det för den offentliga förvaltningen finns statliga och kommunala förvaltningsmyndigheter. Av 1 § förvaltningslagen (1986:223) framgår att lagen gäller bl.a. för förvaltningsmyndigheters handläggning av ärenden. Regeringen är en myndighet men anses inte som en förvaltningsmyndighet. Genom att i lagen använda ordet "myndighet" uppnås att statliga myndigheter, inräknat regeringen, samt kommunala och landstingskommunala myndigheter kommer att anses som upphandlande myndigheter enligt lagen.

Av 11 kap. 7 § regeringsformen följer att kommuns beslutande organ inte är myndigheter. Enligt 1 kap. 7 § regeringsformen finns det primärkommuner och landstingskommuner. Enligt 1 kap. 1 § kommunallagen (1991:900) är Sverige indelat i kommuner och landsting. Vad nu sagts medför enligt utredningens mening att det är lämpligt att även i fortsättningen ange att beslutande församlingar i kommuner och landsting är upphandlande enheter.

Vissa av riksdagens organ anses som myndigheter. Det gäller t.ex. riksdagens förvaltningskontor och riksdagens ombudsmän. Riksdagen som beslutande församling omfattas dock inte av bestämmelserna i LOU och bör inte heller omfattas av den nya lagen.

Enligt LOU anses Svenska kyrkans församlingar och kyrkliga samfälligheter som upphandlande myndigheter i fråga om verksamhet som bedrivs enligt begravningslagen.

Fram till de ändrade relationerna mellan staten och kyrkan den 1 januari 2000 omfattades Svenska kyrkan av LOU. I samband därmed ändrades definitionen av upphandlande enhet i 1 kap. 5 och 6 §§ LOU så, att kyrkliga kommuner utgick ur definitionen. De nya bestämmelserna inkluderar enbart Svenska kyrkans församlingar och kyrkliga samfälligheter i fråga om verksamhet som bedrivs enligt begravningslagen (1990:1144). Ändringen motiverades (prop.1998/99:38, sid. 100 f.) med att ansvaret för en väl fungerande begravningsverksamhet ytterst vilar på samhället och att huvudmannskapet för begravningsverksamheten är en samhällsuppgift som till den helt övervägande delen anförtros Svenska kyrkans församlingar och kyrkliga samfälligheter. Frågan om huvudmannskapet liksom om skyldigheten att betala begravningsavgift regleras i begravningslagen. Mot denna bakgrund fann regeringen att lagen om offentlig upphandling skulle vara tillämplig på Svenska kyrkan och dess organisatoriska delar i fråga om begravningsverksamheten.

Svenska kyrkans församlingar och kyrkliga samfälligheter kan emellertid komma att omfattas av definitionen av upphandlande myndighet såsom offentligt styrda organ enligt 12 § detta kapitel. För den händelse en församling eller samfällighet bedöms ha inrättats för att tillgodose ett behov i det allmännas intresse och behovet inte är av industriellt eller kommersiellt intresse samt till största delen finansieras av det allmänna skall denna anses utgöra en upphandlande myndighet som omfattas av lagen. Vid bedömningen huruvida församlingen eller samfälligheten till största delen finansieras av det allmänna skall självfallet beaktas inkomsterna av verksamheten som bedrivs enligt begravningslagen. Utredningen anser därför att det inte finns skäl att särskilt reglera begravningsverksamheten för kyrkans del. Svenska kyrkans församlingar och kyrkliga samfälligheter har därför uteslutits ur definitionen av upphandlande myndighet.

I direktivet jämställs offentligt styrda organ med myndigheter. Det är i någon mån tveksamt om dessa organ bör betecknas som myndigheter. Det är dock enligt utredningens mening naturligt på grund av bestämmelsernas uppbyggnad att i lagen beteckna dem som myndigheter.

## 12§

Med *offentligt styrda organ* avses sådana bolag, föreningar, samfälligheter och stiftelser som har inrättats i syfte att täcka behov i det allmännas intresse, under förutsättning att behovet inte är av industriell eller kommersiell karaktär, och

1. som till största delen finansieras av staten, en kommun, ett landsting eller ett annat offentligt styrt organ,

2. vars verksamhet står under kontroll av staten, en kommun, ett landsting eller ett annat offentligt styrt organ, eller

3. i vars förvaltningsorgan, styrelseorgan eller övervakande organ mer än halva antalet ledamöter utses av staten, en kommun, ett landsting eller ett annat offentligt styrt organ.

### *Kommentar*

Paragrafen motsvarar artikel 1.9 andra stycket i direktivet och 1 kap. 6 § LOU.

Även om direktivets begrepp "offentligrättsligt organ" inte används i LOU motsvarar bestämmelserna i LOU i stort sett direktivets. Begreppet bör definieras i den nya lagen.

I direktivet anges att med offentligt styrt organ avses sådana bolag, föreningar, samfälligheter och stiftelser som *särskilt* har inrättats i syfte att täcka behov i det allmännas intresse. I förslaget har ordet *särskilt* utelämnats mot bakgrund bl.a. av EG-domstolens dom i mål nr C 470/99. En fråga i målet var om en enhet som *inte* tillkommit i det särskilda syftet att tillgodose allmänna intressen men som vid tidpunkten för avgörandet tillgodosåg dessa intressen, kunde anses vara en upphandlande enhet i det då gällande byggtreprenaddirektivets mening. EG-domstolen hänvisade till tidigare rättspraxis och betonade särskilt vikten av en ändamålsenlig verkan av byggtreprenaddirektivet. En sådan verkan skulle inte bibehållas till fullo om direktivet inte var tillämpligt på en enhet som uppfyllde samtliga villkor för att vara en upphandlande enhet, men som inte anförtrotts uppgifter av

allmänt intresse vid bildandet utan först senare. Den ifrågavarande enheten ansågs vara en upphandlande enhet.

I direktivet anges att ett offentligt styrt organ skall vara en juridisk person. Någon sådan bestämmelse finns inte i LOU. De i LOU uppräknade associationsrättsliga figurerna är juridiska (och inte fysiska) personer och uppräknningen tycks för lagstiftningens ändamål vara fullständig. Det är väl dessutom närmast självklart att det måste vara fråga om personer med rättshandlingsförmåga, eftersom det är fråga om att ingå avtal om offentlig upphandling.

I 1 kap. 6 § 1 och 3 LOU talas om staten, en kommun, ett landsting och en annan upphandlande enhet. I 1 kap. 6 § 2 talas endast om statlig eller kommunal tillsyn och tillsyn av en annan upphandlande enhet. Det förefaller mer konsekvent att även här nämna landsting.

I 1 kap. 6 § 1 bör direktivets uttryck ”till största delen finansieras av” sättas in i stället för LOU:s uttryck ”vars kapital huvudsakligen har tillskjutits av”. Vidare bör i p. 2 LOU:s uttryck ”vars *upphandling* står under - - - *tillsyn*” bytas ut mot direktivets uttryck ”vars *verksamhet* står under *kontroll*”.

I lagen om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster finns motsvarande definition i 3 kap. 3 §.

### 13 §

Med *inköpscentral* avses en upphandlande myndighet som

1. förvärvar varor eller tjänster som är avsedda för andra upphandlande myndigheter, eller
2. ingår kontrakt eller träffar ramavtal om byggtreprenader, varor eller tjänster som är avsedda för andra upphandlande myndigheter.

#### *Kommentar*

Motsvarande bestämmelser finns i artikel 1.10 i direktivet. LOU innehåller inga bestämmelser om inköpscentraler.

Paragrafen har utformats i huvudsak i enlighet med bestämmelserna i direktivet. I den funktion som en inköpscentral har ligger att centralen handlar upp varor, tjänster och byggtreprenader som är avsedda i huvudsak för andra upphandlande myndigheter. Definitionen blir tydligare om ordet ”andra” läggs till före upphandlande myndigheter.

**14 §**

Med *förfrågningsunderlag* avses underlag för anbud, som en upphandlande myndighet tillhandahåller en leverantör.

*Kommentar*

Direktivet innehåller ingen definition av förfrågningsunderlag. I LOU finns en definition i 1 kap. 5 § tionde stycket. Denna definition bör tas in i lagen.

**15 §**

Med *öppet upphandlingsförfarande* avses ett förfarande där alla leverantörer får lämna anbud.

*Kommentar*

Paragrafen motsvarar artikel 1.11 a i direktivet och 1 kap. 5 § fjortonde stycket LOU.

I stället för begreppet ”ekonomisk aktör” som används i direktivet har i paragrafen valts ”leverantör”. Någon anledning att som i direktivet begränsa deltagandet till ekonomiska aktörer som är ”intresserade” finns inte.

**16 §**

Med *selektivt upphandlingsförfarande* avses ett förfarande där alla leverantörer kan ansöka om att få delta och endast anbudsökande som inbjuds av den upphandlande myndigheten att delta får lämna anbud.

*Kommentar*

Paragrafen motsvarar artikel 1.11 b i direktivet och 1 kap. 5 § femtonde stycket LOU.

I stället för begreppet ”ekonomisk aktör” som används i direktivet har i paragrafen valts ”leverantör”.

**17 §**

Med *förhandlat upphandlingsförfarande* avses ett förfarande där den upphandlande myndigheten inbjuder utvalda leverantörer att lämna anbud och förhandlar om kontraktsvillkoren med en eller flera av dem.

*Kommentar*

Paragrafen motsvarar artikel 1.11 d i direktivet och 1 kap. 5 § sextonde stycket LOU. Den bör utformas i nära överensstämmelse med bestämmelsen i direktivet.

**18 §**

Med *projekttävling* avses en tävling med eller utan priser, främst inom områdena byggnads- och landskapsplanering, arkitekt- eller ingenjörsarbete eller databehandling, som gör det möjligt för en upphandlande myndighet att förvärva en ritning eller en projektbeskrivning som en jury utsett till vinnande bidrag i tävlingen.

*Kommentar*

Paragrafen motsvarar artikel 1.11 e i direktivet och 5 kap. 28 § LOU. Definitionen av formgivningstävlingar finns i 1 kap. 5 § nionde stycket LOU.

Det i direktivet använda begreppet projekttävling bör väljas i stället för det i LOU använda begreppet formgivningstävling. Ett av de områden på vilket projekttävlingar enligt direktivet kan komma i fråga är databehandling, där det inte faller sig naturligt att tala om formgivning.

I direktivet anges att förfarandet med projekttävlingar skall innebära att den upphandlande myndigheten får en ritning eller en projektbeskrivning som utsetts till vinnande bidrag i tävlingen. I LOU sägs att en formgivningstävling är en tävling som genomförs i syfte att ge arrangören möjlighet att från de tävlande förvärva ett tävlingsbidrag. Någon avgörande skillnad mellan de två texterna finns inte. Paragrafen har dock i denna del utformats efter mönster av den engelska språkversionen, där det sägs att sådana tävlingar skall "enable the contracting entity to acquire - -".

I direktivet har vissa exempel angetts på områden där projekttävlingar kan förekomma. Som ett ytterligare exempel kan nämnas tävlingar som avser konstnärlig utsmyckning av offentliga utrymmen.

De i den svenska språkversionen valda motsvarigheterna till direktivets exempel framstår inte som helt lyckade. Stads- och landskapsplanering förefaller vara ett naturligare val än stads- och landsbygdsplanering. Vad som avses med formgivningsteknik är

oklart. I de danska, engelska och tyska språkversionerna motsvaras ordet av ”ingeniørarbejde”, ”engineering” respektive ”Bauwesen”. I paragrafen har valts den danska formuleringen.

Den exemplifiering som lämnas i direktivet kan tas in i en bilaga till lagen.

Det i LOU använda uttrycket ”till grund för utförande av en bestämd uppgift” saknar motsvarighet i direktivet och bör därför inte tas in i paragrafen.

### 19 §

Med *skriftlig* avses att en enhet av ord eller siffror kan läsas, återges och sedan meddelas. Denna enhet kan innehålla uppgifter som går att överföra och lagra med elektroniska medel.

#### *Kommentar*

LOU innehåller ingen definition av vad som avses med skriftlig.

I artikel 1.12 i direktivet definieras ”skriftlig” på följande sätt:

Varje enhet av ord eller siffror som kan läsas, återges och sedan meddelas. Denna enhet kan innehålla uppgifter som går att överföra och lagra med elektroniska medel.

En definition av vad som avses med skriftlig fyller knappast något påtagligt behov. Den enklaste definitionen torde vara att ett skriftligt meddelande är ett meddelande som inte är muntligt. Någon särskild nackdel kan det dock inte medföra att i lagen föra in en definition som väsentligen överensstämmer med direktivets.

### 20 §

Med *elektroniska medel* avses medel som utnyttjar elektronik för behandling och lagring av data och medel som sänder, överför och mottar via kabel, radiovågor, på optisk eller någon annan elektromagnetisk väg.

#### *Kommentar*

Paragrafen motsvarar artikel 1.13 i direktivet. LOU innehåller ingen motsvarande bestämmelse.

Det förefaller onödigt att som i direktivet särskilt ange att digital kompression är att anse som behandling av data. Även utan ett

sådant tillägg bör en sådan åtgärd kunna innefattas i begreppet databehandling.

I övrigt har paragrafen utformats i enlighet med bestämmelsen i direktivet.

#### 21 §

Med *gemensam terminologi vid offentlig upphandling* avses den tillämpliga nomenklatur vid offentlig upphandling som antagits genom förordning EG nr 2195/2002 av den 5 november 2002 (CPV-nomenklaturen). Om den nomenklatur som används i bilagorna 1 eller 2 till denna lag avviker från CPV-nomenklaturen skall den nomenklatur som används i respektive bilaga ha företräde.

#### *Kommentar*

Definitionen av den gemensamma nomenklaturen finns i artikel 1.14 i direktivet och lyder:

Gemensam terminologi vid offentlig upphandling, nedan kallad CPV (Common Procurement Vocabulary): den tillämpliga nomenklatur vid offentlig upphandling som antagits genom förordning (EG) nr 2195/2002, samtidigt som den står i överensstämmelse med övrig befintlig nomenklatur.

Om det finns olika tolkningar av tillämpningsområdet för detta direktiv till följd av eventuella skillnader mellan CPV-nomenklaturen och NACE-nomenklaturen enligt bilaga I eller mellan CPV-nomenklaturen och CPC-nomenklaturen (provisorisk version) enligt bilaga II, skall NACE respektive CPC ha företräde.

LOU innehåller ingen motsvarande bestämmelse.

Det finns anledning att bestämma vad som avses med gemensam terminologi vid upphandling. Definitionen i paragrafen är avsedd att i sak motsvara direktivets definition. Det i artikel 1.14 första stycket använda uttrycket ”samtidigt som den står i överensstämmelse med övrig befintlig nomenklatur” får uppfattas som en upplysning om att sådan överensstämmelse föreligger. Något behov av att föra in denna del av bestämmelsen i lagen finns därför inte.

Andra stycket i artikel 1.14 är onödigt krångligt utformat. Utan att någon ändring i sak är avsedd föreslås att bestämmelsen utformas på ett enklare sätt.

## 7 Undantag från lagens tillämpningsområde

I detta kapitel behandlas undantagen från lagens tillämpningsområde. Undantagen gäller upphandling inom telekommunikationsområdet (1 §), upphandling som omfattas av sekretess eller kräver särskilda säkerhetsåtgärder (2 §), upphandling som görs enligt internationella regler (3 §) och vissa särskilda undantag (4-6 §§).

Bestämmelserna finns intagna i 3 kap. i lagen.

### Föreslagna bestämmelser med kommentarer

#### Teletjänster

##### 1 §

**Denna lag tillämpas inte på offentliga kontrakt som huvudsakligen syftar till att ge en upphandlande myndighet möjlighet att tillhandahålla eller driva publika telenät eller att för allmänheten tillhandahålla en eller flera teletjänster.**

#### *Kommentar*

Paragrafen motsvaras av artikel 13 i direktivet och är med redaktionella ändringar utformad i enlighet med artikeln. Det finns ingen motsvarighet till bestämmelsen i LOU.

Vad som enligt direktivet förstås med publika telenät och teletjänster framgår av artikel 15 a respektive 15 d. Dessa definitioner bör, utan att de tas in i lagen, tjäna till ledning för tillämpningen av paragrafen.

**Kontrakt som avser försvarsprodukter eller kräver sekretess eller särskilda säkerhetsåtgärder****2 §**

I fråga om offentliga kontrakt som

1. tilldelas av upphandlande myndigheter på försvarsområdet, och som avser varor eller tjänster som omfattas av artikel 296 i EG-fördraget, eller
2. omfattas av sekretess eller andra särskilda begränsningar med hänsyn till rikets säkerhet, tillämpas endast 17 och 18 kap.

*Kommentar*

Paragrafen motsvarar artiklarna 10 och 14 i direktivet och 1 kap. 3 § andra stycket LOU. I motsats till artikel 10 i direktivet, som föreskriver att detta skall tillämpas med förbehåll för artikel 296 i EG-fördraget, har punkt 1 i paragrafen utformats som ett undantag från lagen i det aktuella fallet.

Paragrafen har, utan att någon saklig skillnad i förhållande till direktivet avsetts, utformats i nära överensstämmelse med bestämmelserna i LOU. Upphandling som är undantagen enligt denna paragraf skall som idag är fallet enligt LOU omfattas av bestämmelser motsvarande dem som är intagna i 6 kap. LOU. Av 1 kap. 2 § andra stycket och 1 kap. 3 § andra stycket LOU följer att bestämmelserna i 7 kap. 1–10 §§ om överprövning, skadestånd och tillsyn gäller även i fråga om upphandling som är undantagen enligt den nu behandlade paragrafen men som omfattas av 6 kap. Genom hänvisningen till 17 och 18 kap. uppnås samma resultat.

**Kontrakt som tilldelas enligt andra internationella regler****3 §**

Denna lag gäller inte vid tilldelning av kontrakt som omfattas av andra förfaranderegler och som görs i enlighet med

1. ett internationellt avtal som i överensstämmelse med EG-fördraget ingåtts mellan en EES-stat och ett eller flera tredje länder och som omfattar varor och byggtreprenader avsedda att utnyttjas i samband med att avtalsstaterna gemensamt uppför eller driver en anläggning, eller tjänster avsedda att utnyttjas i

samband med att avtalsstaterna gemensamt genomför eller driver ett projekt,

2. ett internationellt avtal som slutits i samband med stationering av trupper,

3. en internationell organisations särskilda förfarande.

Avtal enligt första stycket 1 skall skickas till kommissionen.

#### *Kommentar*

Motsvarande bestämmelser finns i artikel 15 i direktivet och i 1 kap. 3 § LOU.

Paragrafen har utformats i enlighet med direktivtexten med följande avvikelser.

I artikel 15 a anges att kommissionen kan rådfråga den rådgivande kommitté för offentlig upphandling som avses i artikel 77 beträffande sådana avtal som skall lämnas till kommissionen. Bestämmelsen behöver uppenbarligen inte tas in i nationell lag.

När det gäller avtal om stationering av trupper avser undantaget enligt artikel 15 b kontrakt som tilldelas ”företag i en medlemsstat eller ett tredje land”. Denna precisering är onödig, eftersom det inte finns några andra stater.

Det är tveksamt om skyldigheten enligt paragrafens andra stycke att till kommissionen ge in avtal behövs. Skyldigheten föreskrivs i artikel 15 a. Det är fråga om avtal som ingås mellan stater och skyldigheten synes därför åvila medlemsstaten.

Bestämmelsen i artikel 15 a överensstämmer inte helt med motsvarande bestämmelse i försörjningsdirektivet. Bestämmelsen i det senare direktivet omfattar upphandling av varor, byggtreprenader, tjänster eller projekttävlingar för att signatärstaterna gemensamt skall genomföra eller driva ett projekt. Denna skillnad återspeglas i de föreslagna paragraferna.

#### **Förvärv av fastighet m.m.**

##### **4 §**

**Denna lag tillämpas inte vid tilldelning av offentliga kontrakt som avser**

**1. förvärv av fastighet, arrenderätt, hyresrätt, bostadsrätt, tomträtt, servitutsrätt eller annan rättighet till fastighet, oavsett finansieringsform,**

2. anskaffning, utveckling, produktion eller samproduktion av programmaterial avsett för sändning som utförs av radio- och TV-bolag samt kontrakt om sändningstid,

3. skiljemanna- och förlikningsuppdrag,

4. finansiella tjänster i samband med utfärdande, försäljning, förvärv eller överlåtelse av värdepapper eller andra finansiella instrument, däribland transaktioner för att förse en upphandlande myndighet med pengar eller kapital,

5. anställningskontrakt,

6. forsknings- och utvecklingstjänster, med undantag av sådana vars resultat endast tillkommer en upphandlande myndighet i dess egen verksamhet, förutsatt att den tillhandahållna tjänsten helt och hållet betalas av den upphandlande myndigheten, eller

7. verksamhet som rör förvaltning av statsskulden eller som avser tjänster från Sveriges Riksbank.

Med fastighet enligt första stycket 1 avses vad som enligt jordabalken utgör eller tillhör fastighet samt befintliga byggnader som tillhör någon annan än ägaren till jorden.

#### *Kommentar*

Motsvarande bestämmelser finns i artikel 16 i direktivet och i 5 kap. 1 § andra stycket LOU.

Artikel 16 innebär att undantag görs för förvärv eller hyra, oavsett finansieringsform, av mark, befintliga byggnader eller annan fast egendom eller rättigheter till sådan egendom.

Enligt jordabalken är fast egendom jord. Denna är indelad i fastigheter. Till fastighet hör byggnad, ledning, stängsel och annan anläggning som anbragts i eller ovan jord för stadigvarande bruk, på rot stående träd och andra växter samt naturlig gödsel. Till byggnad hör fast inredning m.m. Till fastighet hör vidare s.k. industri-tillbehör. Byggnad som tillhör någon annan än ägaren till jorden hör enligt jordabalken inte till fastighet.

Med fastighet i punkt 1 i paragrafen avses vad som enligt jordabalken utgör fastighet. Även byggnad på annans mark, som enligt jordabalken är lös egendom, bör enligt lagen anses som fastighet.

Det är oklart vad som i artikeln avses med undantaget för ”befintliga byggnader”. Förvärv av en befintlig byggnad, oavsett om förvärvet sker med eller utan marken, är enligt den föreslagna

paragrafen förvärv av fastighet. Sannolikt avses ett fall, som berörts i anslutning till definitionen av byggtreprenadkontrakt i 2 kap. 4 §. Det kan vara fråga om en myndighet som behöver lokaler och som i stället för att låta uppföra en byggnad på egen mark låter ett byggföretag uppföra en byggnad efter myndighetens anvisningar på mark som inte ägs av myndigheten för att sedan förvärva fastigheten med den uppförda byggnaden. Det kan också vara fråga om en myndighet som avser att hyra lokaler och som i stället för att först göra det och sedan låta bygga om dem uppdrar åt fastighetsägaren att låta utföra ombyggnaden efter myndighetens anvisningar och sedan hyra lokalerna.

Enligt utredningens mening leder definitionen av byggtreprenadkontrakt till att de fall som nu beskrivits blir att anse som byggtreprenader och därför omfattade av lagens bestämmelser om offentlig upphandling. Det faktum att direktivet använder uttrycket ”befintlig” byggnad i artikel 16 syftar enligt utredningens mening till att klargöra att undantaget inte omfattar byggtreprenadkontrakt. Undantaget i 4 § 1 skall således inte omfatta byggtreprenadkontrakt.

Uppräkningen av olika rättigheter med anknytning till fastigheter är avsedd att motsvara direktivets hyra av eller rättigheter till fast egendom.

I direktivet anges särskilt att det skall omfatta finansiella tjänster i anslutning till upphandling som avser fast egendom. Enligt utredningens mening kan undantaget för upphandling som avser fast egendom inte omfatta sådana finansiella tjänster. Det behöver därför inte särskilt påpekas.

Undantaget för centralbankstjänster regleras i direktivet tillsammans med de undantagna finansiella tjänsterna i artikel 16 d. I LOU har undantaget för centralbankstjänster tagits in i en särskild punkt (punkt 8). Denna modell bör behållas och punkten utformas i överensstämmelse med bestämmelsen i LOU.

## 5 §

I fråga om tjänstekoncessioner gäller endast 1 kap. 9 §.

Med tjänstekoncession avses ett offentligt kontrakt av samma slag som ett tjänstekontrakt men där ersättning för tjänsterna utgår i form av en rätt att utnyttja tjänsterna eller i form av dels en sådan rätt, dels betalning.

*Kommentar*

Första stycket i paragrafen motsvarar artikel 17 i direktivet. Av artikeln framgår att direktivet inte skall tillämpas på tjänstekoncessioner. Detta undantag skall dock inte påverka tillämpningen av artikel 3, vilket innebär att den i den artikeln angivna principen om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet skall tillämpas. Några bestämmelser om tjänstekoncessioner finns inte i LOU.

I paragrafens andra stycke har definitionen av tjänstekoncession i artikel 1.4 i direktivet tagits in.

Paragrafen har med redaktionella ändringar utformats i enlighet med direktivet.

**6 §**

**Denna lag gäller inte vid offentliga tjänstekontrakt som tilldelas en annan upphandlande myndighet som på grund av lag eller annan författning, som är förenlig med EG-fördraget, har ensamrätt att utföra tjänsten.**

*Kommentar*

Paragrafen motsvarar artikel 18 i direktivet och 5 kap. 2 § LOU.

I artikel 18 anges att upphandlingen också kan göras från en sammanslutning av upphandlande myndigheter. En sammanslutning av upphandlande myndigheter anses enligt 2 kap.11 § som en upphandlande myndighet. Det är därför tillräckligt att i paragrafen nämna upphandlande myndighet.

Paragrafen har i övrigt med redaktionella ändringar utformats i överensstämmelse med bestämmelsen i direktivet.

## 8 Tröskelvärden

I detta kapitel behandlas bestämmelserna om tröskelvärden och om hur de skall beräknas. Innebörden av att det finns tröskelvärden är att direktivets bestämmelser skall tillämpas endast om en upphandlings värde överstiger det tillämpliga tröskelvärdet. I direktivet har tröskelvärden fastställts till olika belopp beroende på om det är fråga om upphandling av varor eller tjänster eller om upphandling av byggtreprenader. I fråga om varor och tjänster gäller tröskelvärdena 154 000 euro eller 236 000 euro för olika slag av upphandling och för byggtreprenader gäller tröskelvärdet 5 923 000 euro.

Bestämmelserna om tröskelvärden har tagits in i 4 kap. i lagen.

### Föreslagna bestämmelser med kommentarer

#### Tröskelvärdenas storlek

##### 1 §

Denna lag skall tillämpas på offentliga kontrakt vars värde exklusive mervärdesskatt beräknas uppgå till minst:

1. 154 000 euro, om kontraktet avser

a) varor och tilldelas av en central statlig myndighet, i fråga om sådana myndigheter inom försvarsområdet dock endast då kontraktet avser varor som anges i bilaga 4 till denna lag.

b) tjänster och tilldelas av en central statlig myndighet, om inte annat följer av andra stycket,

2. 236 000 euro i andra fall än som avses i 1,

3. 5 923 000 euro, om kontraktet avser byggtreprenader.

Vid upphandling som görs av en myndighet som anges i första stycket 1 b och avser sådana tjänster som omfattas av kategori 8 i bilaga 2 till denna lag, telekommunikationstjänster i kategori 5, vilkas positioner i CPV motsvarar referensnumren CPC 7524,

7525 och 7526 eller sådana tjänster som anges i bilaga 3 till denna lag tillämpas tröskelvärdet 236 000 euro.

Regeringen meddelar föreskrifter om vilka myndigheter som omfattas av första stycket 1 a respektive 1 b.

#### *Kommentar*

Bestämmelser om tröskelvärden finns i artikel 7 i direktivet och i 2 kap. 1 §, 3 kap. 1 § och 5 kap 4 § LOU.

Artikel 7 har enligt förordning EG/1874/2004<sup>1</sup> följande lydelse:

Detta direktiv skall tillämpas på offentliga kontrakt som inte skall undantas enligt undantagen i artiklarna 10 och 11 och 12–18 och vars värde exklusive mervärdesskatt beräknas uppgå till minst följande tröskelvärden

a) 154 000 euro för andra offentliga varu- eller tjänstekontrakt än dem som omfattas av punkt b tredje strecksatsen som tilldelas av upphandlande myndigheter som är centrala statliga myndigheter enligt bilaga IV; för upphandlande myndigheter på försvarsområdet skall detta gälla bara vid kontrakt som avser produkter som omfattas av bilaga V.

b) 236 000 euro

– för offentliga varu- och tjänstekontrakt som tilldelas av upphandlande myndigheter som inte finns förtecknade i bilaga IV,

– för offentliga varukontrakt som tilldelas av upphandlande myndigheter på försvarsområdet som finns förtecknade i bilaga IV, om dessa kontrakt gäller varor som inte anges i bilaga V,

– för offentliga tjänstekontrakt som tilldelas av en upphandlande myndighet för tjänster i kategori 8 i bilaga II A, telekommunikations-tjänster i kategori 5, vilkas positioner i CPV motsvarar referensnumren CPC 7524,7525 och 7526 och/eller de tjänster som finns i bilaga II B.

c) 5 923 000 euro för offentliga byggtreprenadkontrakt.

När det gäller kontrakt som tilldelas av statliga myndigheter skiljer direktivet dels mellan civila myndigheter och myndigheter inom försvarsområdet, dels mellan centrala och andra myndigheter.

För *centrala civila statliga myndigheter* gäller tröskelvärdet 154 000 euro generellt vid upphandling av både varor och tjänster, utom när det gäller tjänster som anges i artikel 7 b tredje strecksatsen (forsknings- och utvecklingstjänster, telekommunikationstjänster och tjänster som avges i bilaga II B till direktivet då tröskelvärdet 236 000 euro gäller artikel 7 a). Det högre tröskel-

---

<sup>1</sup> Celex 3200R1874.

värdet gäller också kontrakt som tilldelas av *andra än centrala civila statliga myndigheter* (artikel 7 b första strecksatsen).

För *varukontrakt* som tilldelas av *centrala statliga myndigheter på försvarsområdet* gäller enligt artikel 7 a tröskelvärdet 154 000 euro, om kontraktet gäller varor som omfattas av bilaga V till direktivet (dvs. sådana varor som inte har en enbart militär användning) och i andra fall tröskelvärdet 236 000 euro (artikel 7 b andra strecksatsen). Vad som gäller för *tjänstekontrakt* som tilldelas av *centrala statliga myndigheter på försvarsområdet* är enligt direktivet oklart. Som artikel 7 a får förstås skall tröskelvärdet 154 000 euro gälla för kontrakt som tilldelas av sådana myndigheter endast när det gäller varor med även civil användning och alltså varken för tjänster i allmänhet eller, med den utformning bestämmelsen fått, för tjänster som avses i artikel 7 b tredje strecksatsen. Att tröskelvärdet 236 000 euro skall gälla för tjänstekontrakt som tilldelas av andra än centrala försvarsmyndigheter framgår av artikel 7 b första strecksatsen.

Det förefaller enligt utredningens uppfattning ligga närmast till hands att se bestämmelsen om att det högre tröskelvärdet skall tillämpas för varukontrakt som tilldelas av centrala civila statliga myndigheter som en ”normalbestämmelse”. Bestämmelsen om det högre tröskelvärdet för den militära varuupphandlingen framstår då som en avvikelse från normalbestämmelsen. I brist på en uttrycklig bestämmelse med annat innehåll bör därför, som utredningen uppfattar det, det normala vara att tröskelvärdet 154 000 euro skall tillämpas för tjänstekontrakt som tilldelas av centrala militära myndigheter. Dock bör det högre tröskelvärdet tillämpas i fråga om sådana tjänster som anges i artikel 7 b tredje strecksatsen.

För varu- eller tjänstekontrakt som tilldelas av andra än statliga myndigheter gäller tröskelvärdet 236 000 euro och för kontrakt som avser byggentreprenader gäller tröskelvärdet 5 923 000 euro.

Den nu gjorda genomgången tyder på att bestämmelserna i artikel 7 med oförändrat sakligt innehåll kan utformas på ett enklare sätt än som gjorts i direktivet. Enligt utredningens mening kan i ett första stycke i paragrafen anges de fall i vilka tröskelvärdet 154 000 euro skall tillämpas och en hänvisning göras till den avvikelse härifrån som föreskrivs i artikel 7 b tredje strecksatsen (andra stycket i paragrafen). I alla övriga fall synes tröskelvärdet 236 000 euro vara tillämpligt vid upphandling av varor eller tjänster.

Paragrafen har utformats på detta enklare sätt.

I direktivet anges uttryckligen att det skall tillämpas på ”offentliga kontrakt som inte skall undantas enligt undantagen i 10 och 11 och 12–18”. Någon motsvarighet till denna bestämmelse har inte tagits in i paragrafen. Även utan en sådan föreskrift är det enligt utredningens mening klart att lagen inte skall tillämpas på sådan upphandling som är undantagen enligt särskilda bestämmelser i lagen.

I artikel 7 hänvisas till bilaga IV till direktivet. Bilagan innehåller en förteckning land för land över centrala statliga myndigheter. Förteckningen har enligt vad som anges i den upprättats i vägledande syfte. Det bör överlåtas åt regeringen att föreskriva vilka statliga myndigheter som skall anses som centrala statliga myndigheter.

## 2 §

Denna lag skall tillämpas på kontrakt som tilldelas av någon annan än en upphandlande myndighet eller av en upphandlande myndighet för någon annans räkning, om minst hälften av kostnaden för kontraktet täcks av direkta bidrag från en myndighet och kontraktet avser

1. en byggtrepenad eller uppförande av sjukhus, anläggningar för sport, rekreation och fritid, skol- eller universitetsbyggnader eller byggnader för administrationsändamål och har ett beräknat värde, exklusive mervärdesskatt, om minst 5 923 000 euro, eller

2. tjänster som har samband med en byggtrepenad som avses i punkt 1 och har ett beräknat värde, exklusive mervärdesskatt, om minst 154 000 euro.

Det ankommer på den myndighet som lämnar ett bidrag som avses i första stycket att se till att bestämmelserna i denna lag tillämpas om kontrakt tilldelas av någon annan än myndigheten.

### *Kommentar*

Motsvarande bestämmelser finns i artikel 8 i direktivet och i 1 kap. 25 § LOU.

Artikel 8 lyder:

Detta direktiv skall tillämpas på tilldelning av

a) kontrakt som får direkta bidrag på mer än 50 procent av finansieringen från upphandlande myndigheter och vars uppskattade värde, exklusive mervärdesskatt, uppgår till minst 5 923 000 euro,

- om dessa kontrakt gäller byggtreprenader som avses i bilaga 1,
  - om dessa kontrakt avser uppförande av sjukhus, anläggningar för sport, rekreation och fritid, skol- eller universitetsbyggnader eller byggnader för administrationsändamål
- b) tjänstekontrakt som får direkta bidrag på mer än 50 procent av finansieringen från upphandlande myndigheter och vars uppskattade värde, exklusive mervärdesskatt, uppgår till minst 154 000 euro om dessa kontrakt är förbundna med byggtreprenadkontrakt enligt led a.

Medlemsstaterna skall vidta nödvändiga åtgärder för att de upphandlande myndigheter som beviljar dessa bidrag ser till att detta direktiv iakttas om kontrakten tilldelas av en eller flera andra enheter, eller iakttas detta direktiv när den själv tilldelar kontrakten i de andra enheternas namn och för deras räkning.

Bestämmelsen i 1 kap. 25 § LOU lyder:

Om en eller flera upphandlande enheter till mer än hälften bidrar till kostnaden för byggtreprenad som avser verksamhet som hör till grupp 502 i avdelning C i bilagan till denna lag, eller som rör uppförande av sjukhus, anläggningar för sport, rekreation och fritid, skol- eller universitetsbyggnader eller byggnader för administrationsändamål och som upphandlas av någon annan skall enheten se till att bestämmelserna i 3 och 5 kap. iakttas vid upphandlingen.

Bestämmelsen i 1 kap. 25 § LOU har utformats i överensstämmelse med bl.a. artikel 2 i direktiv 93/37/EEG. Dessa äldre bestämmelser riktar sig uttryckligen till upphandlande myndigheter som inte själva genomför en upphandling utan bidrar till en upphandling som genomförs av någon annan. Enligt utredningens mening blir den sammanlagda effekten av de två styckena i artikeln i det klassiska direktivet densamma som uttryckligen anges i de äldre bestämmelserna. Paragrafen bör därför, i förtydligande syfte, utformas så att denna effekt kommer till tydligare uttryck.

Andra stycket i paragrafen reglerar uttryckligen endast det fallet att någon annan än den upphandlande myndigheten tilldelar kontrakt. Att bestämmelserna i lagen skall iakttas om det är den upphandlande myndigheten som gör tilldelningen för någon annans räkning följer direkt av första stycket och behöver därför inte särskild anges i andra stycket.

I de äldre bestämmelserna begränsas tillämpningen när det gäller byggtreprenader till entreprenader som hör till grupp 502 av den allmänna näringsgrensindelningen, nämligen "Konstruktionsarbete: vägar, broar, järnvägar etc.". Någon motsvarande begränsning finns

inte i det nya direktivet och föreslås därför inte heller i den nya lagen.

### Beräkning av värdet av ett kontrakt

#### 3 §

Värdet av kontrakt som avses i 1 eller 2 § skall beräknas till det totala belopp, exklusive mervärdesskatt, som skall betalas enligt kontraktet. Vid beräkningen skall options- och förlängningsklausuler beaktas som om de utnyttjats. Vidare skall i värdet inräknas de premier och ersättningar som den upphandlande myndigheten planerar att betala till anbudssökande eller anbudsgivare.

#### *Kommentar*

Motsvarande bestämmelser finns i artikel 9.1 i direktivet och i 2 kap. 1 §, 3 kap. 1 § och 5 kap. 1 § LOU. Bestämmelser om options- och förlängningsklausuler finns i 2 kap. 3 § tredje stycket (varor) och 5 kap. 7 § fjärde stycket (tjänster). De senare bestämmelserna innebär att sådana klausuler skall beaktas som om de utnyttjats.

Paragrafen har utformats i nära överensstämmelse med direktivet. Beträffande options- och förlängningsklausuler har valts den formulering som finns i LOU.

I den nya lagen anges, i motsats till vad som är fallet beträffande direktivtexten, inte uttryckligen att värdet skall grundas på det belopp som skall betalas enligt den upphandlande enhetens "egen uppskattning". Det förefaller närmast självklart att så måste vara fallet. Någon saklig avvikelse från direktivtexten är inte avsedd.

#### 4 §

Beräkningen av värdet av ett kontrakt skall avse värdet vid den tidpunkt då en annons om upphandlingen enligt 9 kap. 1 § skickas ut eller, om en sådan annons inte krävs, vid den tidpunkt då den upphandlande myndigheten inleder förfarandet för val av leverantör.

*Kommentar*

Paragrafen motsvarar artikel 9.2 i direktivet.

Någon motsvarighet till denna bestämmelse finns inte i försörjningsdirektivet.

**Förbud mot kringgående av tröskelvärden****5 §**

En byggtreprenad eller en planerad anskaffning av en viss mängd varor och eller tjänster får inte delas upp i avsikt att kringgå tillämpningen av denna lag.

*Kommentar*

Paragrafen motsvarar artikel 9.3 i direktivet. I LOU finns motsvarande bestämmelser i 2 kap. 4 §, 3 kap. 2 § tredje stycket och 5 kap. 8 §. Paragrafen har med redaktionella ändringar utformats i överensstämmelse med bestämmelsen i direktivet.

**Byggtreprenadkontrakt****6 §**

I värdet av en byggtreprenad skall inräknas kostnaden för entreprenaden och värdet av varor som den upphandlande myndigheten tillhandahåller entreprenören för att entreprenaden skall kunna fullgöras.

*Kommentar*

Paragrafen motsvarar artikel 9.4 i direktivet och 3 kap. 4 § LOU. Den har med redaktionella ändringar utformats i överensstämmelse med bestämmelsen i direktivet.

Enligt försörjningsdirektivet (artikel 17.4) skall även tjänster som tillhandahålls av den upphandlande myndigheten räknas in i värdet av entreprenaden. Vidare finns i försörjningsdirektivet (artikel 17.5) en bestämmelse som innebär att varor och tjänster som inte krävs för ett visst byggtreprenadkontrakt inte får läggas till värdet av entreprenaden, om upphandlingen av dessa varor och

tjänster då skulle undantas från direktivets tillämpningsområde. Några motsvarigheter till dessa bestämmelser finns inte i det klassiska direktivet och har inte heller tagits in i den nya lagen.

### Upphandling genom delkontrakt

#### 7 §

Om en planerad byggtreprenad eller anskaffning av tjänster eller av likartade varor kan innebära att flera kontrakt tilldelas samtidigt i form av delkontrakt skall det sammanlagda värdet av delkontrakten beaktas vid tillämpning av 1 §. Om tröskelvärdet då överskrids skall varje enskild tilldelning av kontrakt göras enligt bestämmelserna i denna lag.

Första stycket behöver inte tillämpas i fråga om ett delkontrakt vars värde exklusive mervärdesskatt understiger 80 000 euro när det gäller tjänster eller varor och 1 000 000 euro när det gäller byggtreprenader, förutsatt att det sammanlagda värdet av sådana delkontrakt inte överstiger 20 procent av det sammanlagda värdet av alla delkontrakten.

#### *Kommentar*

Paragrafen motsvarar artikel 9.5 i direktivet. I LOU finns motsvarande bestämmelser i 2 kap. 5 §, 3 kap. 2 § första och andra styckena och 5 kap. 5 §.

Artikel 9.5 a och b är till största delen likalydande. I paragrafen har de skrivits samman. I övrigt har paragrafen med redaktionella ändringar utformats i överensstämmelse med bestämmelserna i direktivet.

### Kontrakt som löper på viss tid eller på obestämd tid

#### 8 §

För upphandlingskontrakt som avser leasing, hyra eller hyrköp av varor och löper på bestämd tid om högst tolv månader skall värdet av kontraktet beräknas till kostnaden för kontraktet under löptiden.

För upphandlingskontrakt som avser längre tid skall värdet beräknas till den totala kostnaden inklusive varans uppskattade restvärde.

För upphandlingskontrakt som löper på obestämd tid eller vars löptid inte kan bestämmas skall värdet beräknas till månadskostnaden multiplicerad med talet 48.

#### *Kommentar*

Paragrafen motsvarar artikel 9.6 i direktivet och 2 kap. 3 § första stycket LOU. Den har med redaktionella ändringar utformats i överensstämmelse med bestämmelserna i direktivet.

**Varu- eller tjänstekontrakt som regelbundet återkommer eller som skall förnyas**

#### **9 §**

Värdet av varu- eller tjänstekontrakt som regelbundet återkommer eller som skall förnyas inom en viss tid, skall beräknas med ledning av

1. det verkliga värdet av en följd av liknande kontrakt som tilldelats 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 på det ursprungliga kontraktet, eller

2. det beräknade värdet av en följd av kontrakt som tilldelats under den tolv månadersperiod eller, om räkenskapsåret är längre än tolv månader, under det räkenskapsår som följer på det första kontraktet.

Valet av beräkningsmetod får inte göras i avsikt att kringgå bestämmelserna i detta kapitel.

#### *Kommentar*

Paragrafen motsvarar artikel 9.7 i direktivet och 2 kap. 3 § andra stycket LOU. Den har med redaktionella ändringar utformats i överensstämmelse med bestämmelserna i direktivet.

## Vissa tjänstekontrakt

### 10 §

För offentliga tjänstekontrakt skall värdet av kontraktet beräknas med utgångspunkt i

1. när det gäller försäkringstjänster: den premie som skall betalas och andra former av ersättning,
2. när det gäller banktjänster och andra finansiella tjänster: arvoden, provisioner, ränta och andra former av ersättning, och
3. när det gäller kontrakt som avser projektering: arvoden eller den provision som skall betalas och andra former av ersättning.

#### *Kommentar*

Paragrafen motsvarar artikel 9.8 a i direktivet och 5 kap. 10 § LOU. Den har med redaktionella ändringar utformats i överensstämmelse med bestämmelserna i direktivet.

### 11 §

I det fall ett tjänstekontrakt tilldelas utan att något totalpris anges skall värdet utgöras av det fulla värdet av tjänsterna under kontraktets löptid, om denna är högst 48 månader och till månadsvärdet multiplicerat med talet 48, om löptiden är längre eller om kontraktet löper på obestämd tid.

Värdet av ett ramavtal skall beräknas till det högsta värdet exklusive mervärdesskatt av de kontrakt som planeras under avtalets löptid.

#### *Kommentar*

Paragrafen motsvarar artikel 9.8 b i direktivet och 5 kap. 7 § LOU. Den har med redaktionella ändringar utformats i överensstämmelse med bestämmelserna i direktivet.

## 9 Upphandlingsförfaranden

I detta kapitel behandlas de olika upphandlingsförfaranden som får tillämpas.

De huvudsakliga upphandlingsförfarandena öppen och selektiv upphandling anges i 1 §. Därutöver kan förhandlad upphandling förekomma enligt vad som föreskrivs i 3–10 §§. Särskilda bestämmelser gäller för förhandlad upphandling med föregående annonsering (3–6 §§) och för förhandlad upphandling utan sådan annonsering (7–10 §§).

I direktivet har införts ett nytt upphandlingsförfarandet ”konkurrenspräglad dialog” (artikel 29), och två nya elektroniska processer, ”dynamiska inköpssystem” (artikel 33) och ”elektroniska auktioner” (artikel 54). Medlemsstaterna är fria att välja om förfarandet och processerna skall få användas. Enligt utredningens direktiv skall utredningens överväganden i dessa delar redovisas i en andra etapp. I detta betänkande behandlas de därför inte.

I artikel 34 i direktivet finns bestämmelser om upphandling av byggtreprenader som avser socialt betingade bostadsprojekt. En motsvarande bestämmelse finns i artikel 9 i direktiv 93/37/EEG men har inte tagits in i LOU. Enligt utredningens mening finns det inte anledning att ta in en motsvarighet till bestämmelserna i den nya lagen.

Bestämmelserna i det nya direktivet är i huvudsak oförändrade i förhållande till tidigare direktiv. Konkurrenspräglad dialog, dynamiska inköpssystem och elektroniska auktioner har införts liksom vissa nya bestämmelser om förhandlad upphandling efter föregående annonsering (artikel 30.2–30.4).

Bestämmelserna finns intagna i 5 kap. i lagen.

## Föreslagna bestämmelser med kommentarer

### Användning av öppet, selektivt och förhandlat förfarande

#### 1 §

Öppet eller selektivt upphandlingsförfarande skall användas, om inte annat följer av 2 §.

#### 2 §

Förhandlat upphandlingsförfarande får användas under de förutsättningar och på det sätt som anges i 3– 10 §§.

#### *Kommentar till 1 och 2 §§*

Paragraferna överensstämmer med artikel 28 i direktivet och med 2 kap. 8 §, 3 kap. 12 § och 5 kap. 14 § LOU. Även enligt de angivna bestämmelserna i LOU gäller som huvudregel att öppet eller selektivt förfarande skall användas, om inte de särskilda bestämmelserna om förhandlat förfarande är tillämpliga.

### Förhandlat förfarande med föregående annonsering

#### 3 §

Förhandlat förfarande med föregående annonsering får användas

1. om de anbud som lämnats vid ett öppet eller ett selektivt förfarande är ogiltiga eller inte kan godtas med hänsyn till vad som föreskrivs i 1 kap. 6 § andra stycket, 8 kap. 11 § tredje stycket, 13 och 14 §§, 12 kap. 2 §, 13 kap. eller 14 kap. 3 §, dock endast om de ursprungliga villkoren för kontraktet inte ändrats väsentligt,

#### *Kommentar*

Motsvarande bestämmelser finns i artikel 30.1 a första stycket och i 2 kap. 10 §, 3 kap. 17 § första stycket och 5 kap. 19 § första stycket LOU.

Bestämmelsen i artikel 30.1 a första stycket anger att ett förhandlat förfarande med föregående annonsering får tillämpas om ett anbud är ogiltigt eller inte kan godtas med hänsyn till vissa angivna bestämmelser, under förutsättning att de ursprungliga

villkoren för upphandlingen inte ändrats väsentlig. Enligt artikel 30.1 a andra stycket får den upphandlande myndigheten avstå från annonsering om den förhandlar med alla anbudsgivare som uppfyller de krav som ställs på leverantörers personliga ställning, yrkeskompetens m.m. och som har lämnat formellt riktiga anbud. Vidare framgår av artikel 30.2 att avsikten med det förhandlade förfarandet är att anbudena skall anpassas till den upphandlande myndighetens krav och få fram det bästa anbudet.

Som bestämmelsen är utformad i den svenska språkversionen av direktivet innebär den att den upphandlande myndigheten får övergå till förhandlat förfarande så snart *ett* av de lämnade anbudena är ogiltigt eller inte godtagbart och detta även om det finns andra anbud som är giltiga och kan godtas. En sådan innebörd av bestämmelsen kan rimligen inte vara avsedd. Avsikten måste i stället vara att ett förhandlat förfarande får användas då det vid en öppen eller selektiv upphandling inte lämnats *något* anbud som kan antas, oavsett om detta beror på brister hos anbudsgivarna eller brister i anbudena. De danska, engelska och tyska språkversionerna stöder denna uppfattning.

Den i direktivet uppställda förutsättningen för användningen av ett sådant förhandlat förfarande är att de ursprungliga villkoren inte ändrats väsentligt. En ytterligare förutsättning, som inte uttryckligen anges, är naturligtvis att den upphandlande myndigheten bedömer att något av de lämnade anbudena, efter förhandling men utan väsentlig ändring av villkoren, kan komma att godtas.

Punkt 1 i paragrafen har utformats i enlighet med vad som antagits vara den avsedda innebörden av direktivets bestämmelser.

I artikel 30.1 a talas om anbud som inte kan godtas ”med hänsyn till nationella bestämmelser som överensstämmer med vad som föreskrivs i artiklarna 4, 24, 25 och 27 samt i kapitel VII”. Den föreskrift i artikel 4 som åsyftas är sannolikt den i punkt 1 andra stycket. Där anges att juridiska personer kan åläggas att i vissa fall uppge namn och yrkeskvalifikationer på personer som skall utföra en tjänst som omfattas av upphandlingen. Hänvisningen till artikel 24 avser (sannolikt) första stycket punkt 3 i artikeln. Där föreskrivs att en upphandlande myndighet som tillåter alternativa anbud skall ange de minikrav som ställs på sådana anbud och särskilda villkor som gäller för redovisningen av anbudena. Enligt artikel 25 kan en leverantör åläggas att ange hur stor del av ett kontrakt som han avser att lägga ut på underentreprenörer och vilka entreprenörer som föreslås. I artikel 27 föreskrivs att en upphandlande myndighet

som lämnat information om skyldigheter som avser bl.a. miljöskydd och arbetarskydd skall kräva av en anbudssökande eller en anbudsgivare att hans anbud har utformats med hänsyn till dessa skyldigheter.

Kapitel VII i avdelning II i direktivet (innehåller artiklarna 44–55) slutligen behandlar kontroll av deltagare i upphandling, kvalitativa urvalskriterier och kontraktstilldelning. Såvitt kan förstås avser hänvisningen

- krav på miniminivåer för anbudssökandes eller anbudsgivares kapacitet (artikel 44.2 första stycket),
- rätten att utesluta en anbudssökande eller en anbudsgivare som är i konkurs m.m. (artikel 45.2),
- krav på behörighet, särskilt tillstånd m.m. (artikel 46),
- krav på bevis om en anbudssökandes eller anbudsgivares ekonomiska och finansiella ställning (artikel 47),
- krav på bevis om en anbudssökandes eller anbudsgivares tekniska eller yrkesmässiga kapacitet (artikel 48),
- krav på bevis om att kvalitetssäkringsstandarder iakttas (artikel 49),
- krav på bevis om att miljöledningsstandarder iakttas (artikel 50),
- anmodan att komplettera handlingar och upplysningar (artikel 51),
- krav på bevis om registrering i en officiell förteckning eller om certifiering (artikel 52),
- krav på förklaring av onormalt låga anbud (artikel 55).

Artikel 53, som också omfattas av hänvisningen, behandlar tilldelningsgrunderna och synes inte vara av intresse i detta sammanhang. Artikel 54 reglerar användningen av elektroniska auktioner, som inte behandlas av utredningen i detta betänkande.

Enligt 2 kap. 10 § första stycket, 3 kap. 17 § första stycket och 5 kap. 19 § första stycket 1 LOU får förhandlad upphandling användas, om anbud som lämnats vid öppen eller selektiv upphandling ”inte motsvarar de krav på föremålet för upphandlingen som ställts upp i underlaget”. Denna formulering täcker inte vad som föreskrivs i artikel 30.1 a första stycket i direktivet.

Punkt 1 i paragrafen har utformats så att en hänvisning görs till 8 kap. och i övrigt till de bestämmelser i lagen som kan antas bäst motsvara hänvisningarna till olika artiklar i direktivet.

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

*Kommentar*

Punkten motsvarar artikel 30.1 b och 5 kap. 16 § 1 LOU.

I direktivet föreskrivs att bestämmelsen får användas ”i undantagsfall”. I den föreslagna lagtexten har i stället ”på grund av särskilda omständigheter” använts. Någon skillnad i sak är inte avsedd. I övrigt har punkten med redaktionella ändringar utformats i överensstämmelse med bestämmelsen i direktivet.

**3. i fråga om tjänster av sådan art att det inte går att utarbeta tillräckligt exakt förfrågningsunderlag för att kunna genomföra upphandlingen genom att välja det bästa anbudet enligt bestämmelserna för öppna eller selektiva förfaranden, eller**

*Kommentar*

Punkten motsvarar artikel 30.1 c samt 3 kap. 14 § 2 och 5 kap. 16 § 2 LOU.

I direktivet anges som exempel på tjänster som kan falla in under bestämmelsen tjänster inom kategori 6 i bilaga II A till direktivet, som omfattar finansiella tjänster, och intellektuella tjänster, t.ex. projektering av anläggningar.

I punkt 3 har valts att inte ange dessa (eller andra) exempel på tjänster. Avsikten med utformningen av den föreslagna punkt 3 är att den trots detta skall ha samma innebörd som direktivets bestämmelse. Finansiella tjänster och intellektuella tjänster av olika slag, däribland projektering av anläggningar, skall alltså kunna omfattas av bestämmelsen i punkten, liksom andra jämförbara tjänster.

I övrigt har punkten med redaktionella ändringar utformats i överensstämmelse med bestämmelsen i direktivet.

**4. i fråga om byggtreprenad, om entreprenaden endast har forsknings-, provnings- eller utvecklingsändamål och inte syftar till att nå lönsamhet eller att täcka forsknings- och utvecklingskostnader.**

*Kommentar*

Punkten motsvarar artikel 30.1 d och 3 kap. 14 § 1 LOU.

Som bestämmelsen språkligt är utformad är det oklart om lönsamheten eller kostnadstäckningen avser den upphandlande myndigheten eller leverantören. I sak kan det inte gärna vara fråga om någon annan än den upphandlande myndigheten som avses. Det innebär att det som upphandlas inte får vara avsett att användas av den upphandlande myndigheten i ekonomiska syften. Vad som avses kan enligt utredningens mening vara att myndigheten exempelvis lägger ut ett uppdrag att utveckla en ny produktions-teknik.

Bestämmelsen avser endast byggtreprenader. En liknande bestämmelse som avser varor finns i artikel 31.2 a i direktivet (se 8 § 1 nedan). Även i försörjningsdirektivet finns en motsvarande bestämmelse (artikel 40.3 b). De tre bestämmelserna är inte enhetligt utformade och har inte heller samma sakliga innehåll.

Punkten har med redaktionella ändringar utformats i enlighet med bestämmelsen i direktivet.

**4 §**

I fall som avses i 3 § 1 får en upphandlande myndighet avstå från att annonsera om upphandling, om den i ett förhandlat förfarande inbegriper endast anbudsgivare som uppfyller kraven i 12 och 13 kap. och som i ett föregående öppet eller selektivt förfarande har lämnat anbud som uppfyller de formella kraven för anbuds förfarandet. I förfarandet får inte delta andra än sådana anbudsgivare.

*Kommentar*

Paragrafen motsvarar artikel 30.1 a andra stycket i direktivet samt 2 kap. 10 § andra stycket, 3 kap. 17 § andra stycket och 5 kap. 19 § andra stycket LOU.

I den svenska språkversionen sägs att det förhandlade förfarandet skall inbegripa "endast alla anbudsgivare". Avsikten, som framgår tydligare av de danska, engelska och tyska språkversionerna, är att alla anbudsgivare, som uppfyller kraven, men inga andra skall få delta i det förhandlade förfarandet. Denna tanke uttrycks tydligare i den föreslagna paragrafen.

Paragrafen har i övrigt med redaktionella ändringar utformats i enlighet med bestämmelsen i direktivet.

### 5 §

Vid förhandlat förfarande enligt 3 § skall en upphandlande myndighet förhandla med anbudsgivarna om de anbud som de har lämnat, för att anpassa anbuden till de krav som myndigheten har angivit i annonsen om upphandling, förfrågningsunderlaget och de eventuella kompletterande handlingarna och för att få fram det bästa anbudet i enlighet med 14 kap. 1 §.

Myndigheten skall under förhandlingarna behandla samtliga anbudsgivare lika.

#### *Kommentar*

Paragrafen motsvarar artikel 30.2 och 30.3 i direktivet men saknar direkt motsvarighet i LOU.

Kravet på likabehandling av anbudsgivarna torde följa redan av 1 kap. 3 §. Det är dock lämpligt att en erinran om likabehandlingskravet tas in även i denna paragraf, eftersom förhandlingar av naturliga skäl inte sker med alla anbudsgivare på en gång.

I andra meningen i artikel 30.3 betonas att den upphandlande myndigheten i synnerhet inte skall särbehandla någon genom att lämna ut information som kan gynna vissa anbudsgivare i förhållande till andra. Enligt utredningens mening behöver detta exempel inte särskilt markeras.

### 6 §

En upphandlande myndighet får föreskriva att förhandlat förfarande enligt 3 § skall äga rum i successiva steg för att minska det antal anbud som förhandlingen skall omfatta. Därvid skall de tilldelningskriterier tillämpas som anges i annonsen om upphandlingen eller i förfrågningsunderlaget. I annonsen eller i förfrågningsunderlaget skall anges om denna möjlighet kommer att utnyttjas.

*Kommentar*

Paragrafen motsvarar artiklarna 30.4 och 44.4 i direktivet men saknar motsvarighet i LOU och i äldre direktiv. Den har med redaktionella ändringar utformats i enlighet med bestämmelserna i direktivet.

**Förhandlat förfarande utan föregående annonsering****7 §**

En upphandlande myndighet får använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering vid tilldelning av kontrakt som avser byggentreprenader, varor eller tjänster om

1. det vid ett öppet eller selektivt förfarande inte lämnats några anbud eller inte lämnats några lämpliga anbud eller inte lämnats några ansökningar om att få lämna anbud, under förutsättning att de ursprungliga villkoren för kontraktet inte ändrats väsentligt och att en rapport lämnas till Europeiska gemenskapernas kommission, om den begär det,

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

3. det är absolut nödvändigt att genomföra upphandlingen, men synnerlig brådska, orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses av och inte heller kan hänföras till den upphandlande myndigheten, gör det omöjligt att hålla tidsfristerna vid öppet, selektivt eller förhandlat förfarande med föregående annonsering.

*Kommentar*

Paragrafen motsvarar artikel 31.1 i direktivet samt 2 kap. 11 § första stycket 1, 3 och 4, 3 kap. 15 § första stycket 1 och 2 och 5 kap. 17 § första stycket 1 och 2 LOU. Den har med redaktionella ändringar utformats i enlighet med bestämmelserna i direktivet.

**8 §**

En upphandlande myndighet får använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering för tilldelning av varukontrakt, om

1. det gäller en vara som framställs endast för forsknings-, utvecklings-, studie- eller experimentändamål och det inte är fråga om serietillverkning för att visa om varan är marknads-mässig eller om att täcka forsknings- och utvecklingskostnader,

*Kommentar*

Punkten motsvarar artikel 31.2 a i direktivet och 2 kap. 11 § första stycket 2 LOU

I den svenska språkversionen av punkt 1 sägs att bestämmelsen inte skall avse ”tillverkning i en omfattning som syftar till att göra produkten lönsam”. Detta uttrycks i de danska, engelska och tyska språkversionerna i stället så att bestämmelsen inte skall omfatta ”serieproduktion til påvisning af varens handelsmæssige levedygtighed”, ”quantity production to establish commercial viability” respektive ”Serienfertigung zum Nachweis der Marktfähigkeit der Erzeugnisses”. Enligt utredningens mening ger utformningen av bestämmelsen i dessa andra språkversioner bättre uttryck för vad som kan antas vara den avsedda innebörden av bestämmelsen. Vad som täcks av bestämmelsen i punkten skulle då vara exempelvis att myndigheten lägger ut ett uppdrag att utveckla en ny produkt och tillhandahålla en prototyp av produkten. Däremot omfattas inte det fallet att kontraktet gäller varor i t.ex. en provserie avsedd för att undersöka marknaden för varorna.

Punkten har med redaktionella ändringar utformats i enlighet med bestämmelserna i direktivets andra nämnda språkversioner.

2. det gäller kompletterande leveranser av varor från den ursprungliga leverantören, under förutsättning att varorna är avsedda antingen som delersättning för eller tillägg till tidigare leveranser, och ett byte av leverantör skulle medföra att myndigheten tvingades anskaffa varor som skulle vara tekniskt oförenliga med de först anskaffade eller leda till oproportionerliga tekniska svårigheter avseende drift och underhåll,

*Kommentar*

Punkten motsvarar artikel 31.2 b i direktivet och 2 kap. 11 § första stycket 5 LOU. Den har med redaktionella ändringar utformats i överensstämmelse med bestämmelsen i direktivet. Beträffande kommentarer hänvisas till kommentaren till motsvarande

bestämmelse i lagen om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (7 kap. 2 § 5, kapitel 29 i betänkandet).

**3. det gäller varor som noteras och omsätts på en råvarumarknad,**

*Kommentar*

Punkten motsvarar artikel 31.2 c i direktivet men finns varken i äldre direktiv eller i LOU. Den har med redaktionella ändringar utformats i överensstämmelse med bestämmelsen i direktivet

**4. det är möjligt att anskaffa varor på särskilt förmånliga villkor, antingen från en varuleverantör som har för avsikt att lägga ner sin affärsverksamhet eller från konkursförvaltare eller likvidatorer, efter uppgörelse med fordringsägare eller motsvarande förfarande,**

Kontrakt som avser leveranser som anges i första stycket 2 och återkommande kontrakt av samma slag får löpa under längre tid än tre år endast om det finns särskilda skäl.

*Kommentar*

Punkten motsvarar artikel 31.2 d i direktivet och 2 kap. 11 § andra stycket LOU. Den har med redaktionella ändringar utformats i överensstämmelse med bestämmelsen i direktivet

**9 §**

En upphandlande myndighet får använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering för tilldelning av kontrakt som avser byggtreprenader eller tjänster om det gäller

1. kompletterande byggtreprenader eller tjänster som inte ingår i ett ursprungligt projekt eller i ett ursprungligt kontrakt, under förutsättning att kompletteringarna på grund av oförutsedda omständigheter blivit nödvändiga för arbetets utförande, att de skall utföras av den ursprunglige leverantören, att de inte utan stora tekniska eller ekonomiska olägenheter för den upphandlande myndigheten kan skiljas från det ursprungliga upphandlingskontraktet eller att de, om de kan

avskiljas, är absolut nödvändiga för att de ursprungliga tjänsterna skall kunna slutföras, eller

2. nya arbeten som består enbart av en upprepning av liknande byggtreprenader eller tjänster under förutsättning att de nya arbetena ingår i ett projekt som tidigare varit föremål för ett öppet eller selektivt upphandlingsförfarande, att arbetena tilldelas samma leverantör som tidigare tilldelats upphandlingskontraktet, att värdet av de nya arbetena ingått i tröskelvärdeberäkningen och att de annonserats i samband med det ursprungliga projektet, varvid angivits att förhandlat förfarande kan 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.

#### *Kommentar*

Paragrafen motsvarar artikel 31.4 i direktivet. Paragrafens första stycke motsvaras i LOU av 3 kap. 15 § första stycket 3 och 4 och 5 kap. 17 § första stycket 3 och 4. Paragrafens andra stycke motsvaras av 3 kap. 15 § andra stycket och 5 kap. 17 § andra stycket LOU och bestämmelser motsvarande dess tredje stycke finns i 3 kap. 15 § första stycket 4 och 5 kap. 17 § första stycket 4 LOU.

Paragrafen har med redaktionella ändringar utformats i överensstämmelse med bestämmelserna i direktivet.

#### 10 §

En upphandlande myndighet får använda förhandlat upphandlingsförfarande utan föregående annonsering om det är fråga om tilldelning av tjänstekontrakt som följer på en projektävling som anordnats enligt denna lag, under förutsättning att kontraktet enligt tävlingsreglerna skall tilldelas vinnaren eller en av vinnarna av tävlingen.

Om en tävling avslutats med att mer än en vinnare utsetts skall vinnarna inbjudas att delta i förhandlingarna.

*Kommentar*

Paragrafen motsvarar artikel 31.3 i direktivet och (avseende byggentreprenader) 5 kap. 33 § LOU. Den har med redaktionella ändringar utformats i enlighet med bestämmelserna i direktivet.

Det kan anmärkas att det finns en skillnad mellan bestämmelserna i direktivet och i LOU. Den senare bestämmelsen innebär att, om juryn bedömt att fler utföranden kan komma i fråga, förhandlingen skall ”avse samtliga bidrag”. Det får förutsättas att bestämmelsen inte skall läsas bokstavigt, eftersom det skulle innebära att samtliga deltagare – och inte bara de vinnande bidragen – skall ingå i förhandlingen.

**Begränsning av antalet deltagare i upphandlingsförfaranden****11 §**

Vid selektivt upphandlingsförfarande och vid förhandlat upphandlingsförfarande med föregående annonsering får den upphandlande myndigheten begränsa antalet lämpliga anbudssökande som den kommer att inbjuda att delta i förfarandet genom att lämna anbud respektive att förhandla, under förutsättning att det finns tillräckligt många lämpliga anbudssökande.

Den upphandlande myndigheten skall i annonsen ange

1. vilka objektiva och icke-diskriminerande kriterier eller regler som den kommer att tillämpa vid valet av deltagare,

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

3. de miniminivåer som kan ha fastställts i fråga om deltagarnas ekonomiska, finansiella, tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Miniminivåerna för den kapacitet som krävs för ett bestämt kontrakt skall ha samband med kontraktsföremålet och stå i proportion till detta.

*Kommentar*

Första stycket och andra stycket 1 och 2 i paragrafen motsvarar artikel 44.3 första stycket i direktivet. Andra stycket 3 i paragrafen motsvarar artikel 44.2 första, andra och tredje styckena i direktivet. Någon motsvarighet till paragrafen finns inte i LOU.

Bestämmelser om den kapacitet som avses i andra stycket 3 finns i 13 kap. i lagen (se kapitel 17 i betänkandet).

Paragrafen har med redaktionella ändringar utformats i överensstämmelse med bestämmelserna i direktivet.

#### 12 §

Det lägsta antalet deltagare skall vid selektivt förfarande vara fem och vid förhandlat förfarande med föregående annonsering tre. Antalet deltagare skall dock alltid vara tillräckligt stort för att verklig konkurrens skall kunna garanteras.

#### *Kommentar*

Paragrafen motsvarar artikel 44.3 andra stycket i direktivet. Den saknar motsvarighet i LOU.

Enligt andra meningen i artikel 44.3 andra stycket skall antalet anbudssökande under alla omständigheter vara tillräckligt stort för att verklig konkurrens skall kunna garanteras. Den rimliga innebörden av denna bestämmelse är att det i vissa fall kan krävas fler deltagare än fem respektive tre för att uppnå verklig konkurrens. Enligt utredningens mening kan bestämmelsen också tolkas på detta sätt.

Paragrafen har med redaktionella ändringar utformats i överensstämmelse med bestämmelserna i direktivet.

#### 13 §

En upphandlande myndighet skall inbjuda minst så många deltagare som det lägsta antal som fastställts på förhand.

Om antalet anbudssökande, som uppfyller de urvalskriterier som avses i 11 § andra stycket 1 och de miniminivåer som avses i 11 § andra stycket 3, är lägre än det minsta antal deltagare som inbjudits enligt 11 § andra stycket 2 får den upphandlande myndigheten fortsätta förfarandet genom att inbjuda den eller de anbudssökande som har begärt att få delta och som har den erforderliga kapaciteten.

#### *Kommentar*

Paragrafen motsvarar artikel 44.3 tredje stycket i direktivet.

Av bestämmelsen i direktivet framgår att den upphandlande myndigheten alltid måste upprätthålla kravet på deltagarnas

ekonomiska, finansiella, tekniska och yrkesmässiga kapacitet, vilket framstår som naturligt. Däremot kan avvikelser behöva göras från de fastställda urvalskriterierna. I sista meningen i artikel 44.3 tredje stycket i direktivet sägs att den upphandlande myndigheten inte i detta förfarande får inbegripa andra ekonomiska aktörer som inte har begärt att få delta eller anbudssökande som inte har den erforderliga kapaciteten. En sådan begränsning följer enligt utredningens mening av att den upphandlande myndigheten enligt den föreslagna utformningen av paragrafens andra stycke får inbjuda endast sådana anbudssökande som har begärt att få delta och som har den erforderliga kapaciteten.

Paragrafen har i övrigt med redaktionella ändringar utformats i överensstämmelse med bestämmelserna i direktivet.

## 10 Ramavtal

### Allmänna överväganden

I detta kapitel behandlas ramavtal. Bestämmelser om dessa finns i 6 kap. i lagen.

Varken direktiven 92/50/EEG, 93/36/EEG eller 93/37/EEG eller LOU innehåller några bestämmelser om användning av ramavtal vid upphandling av byggtreprenader, varor eller tjänster. Först genom det nya direktivet om upphandling inom den klassiska sektorn har sådana bestämmelser införts inom denna sektor.

Definitionen av ramavtal enligt LOU är ”avtal som ingås mellan en upphandlande enhet och en eller flera leverantörer i syfte att fastställa samtliga villkor för avrop som görs under en viss period” (1 kap. 5 § åttonde stycket). I övrigt innehåller LOU endast två bestämmelser om ramavtal, nämligen 4 kap. 10 § andra stycket (om beräkning av värdet av ett ramavtal) och 4 kap. 16 § andra stycket 9 (en upphandlande enhet får avstå från annonsering om det gäller avrop mot ett gällande ramavtal, som upphandlats enligt bestämmelserna i LOU). Förklaringen till denna knapphändiga reglering av ramavtal i LOU torde vara att ingående av ramavtal ansetts som en upphandling och därför faller under de vanliga bestämmelserna om upphandling.

Den omständigheten att ramavtal inte alls regleras i 2, 3 eller 5 kap. LOU och att direktiven 92/50/EEG, 93/36/EEG och 93/37/EEG inte innehåller några bestämmelser om ramavtal har medfört tvekan om ramavtal alls får användas vid upphandling inom den klassiska sektorn. Denna tveksamhet undanröjs i fortsättningen, eftersom det klassiska direktivet innehåller regler om ramavtal. Det kan också konstateras att ramavtal faktiskt förekommer i stor utsträckning över hela upphandlingsområdet.

Det nya direktivet innehåller som nyss nämnts bestämmelser om ramavtal, men det ankommer på varje enskild medlemsstat att avgöra om möjligheten att använda ramavtal skall införas i den

nationella lagstiftningen. Redan den nuvarande omfattande användningen av ramavtal talar enligt utredningens mening för att det finns anledning att utnyttja denna möjlighet. De ramavtal som nu förekommer är av mycket skiftande innehåll. Det kan vara fråga om allt från ramavtal som ingås mellan en myndighet och en leverantör och avser myndighetens egna återkommande anskaffningar av enkla varor eller tjänster till avtal som ingås mellan en myndighet och flera leverantörer och ger ett stort antal andra myndigheter möjlighet att anskaffa mycket komplicerade varor eller tjänster. De villkor som de olika ramavtalen innehåller varierar därför kraftigt. Dessa förhållanden är dock inte skäl till att avstå från möjligheten att använda ramavtal.

Det har under utredningsarbetet framförts kritik mot viss användning av ramavtal, särskilt när det gäller upphandling av komplicerade varor och tjänster och av intellektuella tjänster, t.ex. arkitekttjänster. När det gäller varor och tjänster på datorområdet har hävdats att ett rikstäckande ramavtal inte i tillräcklig omfattning kan ta hänsyn till skillnader i behov mellan olika myndigheter, att små myndigheter därför riskerar att inte göra de bästa inköpen och att det är svårt för lokala eller regionala företag att konkurrera med stora företag när även t.ex. små statliga myndigheter och små kommuner är skyldiga att göra sina anskaffningar på grundval av ramavtal. I fråga om t.ex. arkitekttjänster har framförts att upphandlande enheter många gånger tecknar ramavtal med ett stort antal leverantörer, kanske alla som finns på en viss ort, varefter tjänster beställs av någon av dem, oftast helt formlost.

Enligt utredningens mening finns det, även om kritiken mot användningen av ramavtal i vissa fall kan ha fog för sig, inte heller av det skälet anledning att avstå från möjligheten att använda ramavtal. I den mån kritiken är befogad får den beaktas genom att den faktiska användningen av ramavtal anpassas till vad som är lämpligt och ändamålsenligt, vilket bl.a. innebär att det i situationer där användandet av ramavtal lämpar sig mindre väl kan vara lämpligt att ingå en annan typ av avtal.

Av detta ställningstagande följer att det i den föreslagna lagen skall föras in bestämmelser om ramavtal. En medlemsstat som väljer att i den nationella lagstiftningen införa bestämmelser om ramavtal är skyldig att anpassa dessa bestämmelser till vad som i direktiven föreskrivs om ramavtal.

De bestämmelser i direktivet som behandlar ramavtal är artikel 1.5, artikel 9.9 och artikel 32.

Artikel 1.5 innehåller definitionen av ramavtal och lyder:

*ramavtal*: ett avtal som ingås mellan en eller flera upphandlande myndigheter och en eller flera ekonomiska aktörer i syfte att fastställa villkoren för tilldelning av kontrakt under en given tidsperiod, särskilt i fråga om tänkt pris och, i tillämpliga fall, uppskattad kvantitet.

I artikel 9.9 sägs beträffande tröskelvärdet för ramavtal att värdet skall beräknas till det högsta värde exklusive mervärdesskatt av samtliga planerade kontakt under ramavtalets hela löptid. Av bestämmelsen framgår inte uttryckligen om beräkningen, när ramavtalet gäller för mer än en upphandlande myndighet, skall avse varje sådan myndighets eller alla myndigheters anskaffningar. Enligt utredningens mening står det senare i bäst överensstämmelse med syftet med bestämmelserna.

I beaktandesats 11 i det klassiska direktivet sägs:

En gemenskapsdefinition av ramavtal skall fastställas, liksom särskilda regler för ramavtal som ingås för kontrakt som omfattas av detta direktiv. Enligt dessa regler får en upphandlande myndighet när den ingår ett ramavtal i enlighet med bestämmelserna i detta direktiv om bland annat offentliggörande, tidsfrister och villkor för anbudsgivning, under ramavtalets löptid ingå kontrakt som grundas på sådana ramavtal antingen genom att tillämpa villkoren i ramavtalet eller, om inte samtliga villkor fastställts i förväg, genom att på nytt inbjuda parterna i ramavtalet att lämna anbud utan fastställda villkor. En ny inbjudan att lämna anbud bör genomföras enligt vissa regler som syftar till att garantera den nödvändiga flexibiliteten och iakttagandet av de allmänna principerna, bland annat principen om likabehandling. Ramavtalets löptid bör därför begränsas och bör inte kunna överstiga fyra år, utom i fall som är vederbörligen styrkta av de upphandlande myndigheterna.

När det i definitionen av ramavtal talas om att ”fastställa villkoren för tilldelning av kontrakt” medför detta med vanligt språkbruk att samtliga villkor skall vara fastställda. Detta kan dock inte gärna vara avsikten. Eftersom ett ramavtal är avsett att användas vid en senare anskaffning av något som omfattas av avtalet kan leveranstiderna typiskt sett inte fastställas redan i ramavtalet. Vanligen torde inte heller den kvantitet som skall levereras och platsen där varan skall avlämnas eller tjänsten utföras kunna bestämmas i ramavtalet. Om ett ramavtal avser t.ex. konsulttjänster eller byggnads- eller

anläggningsarbeten måste vad som skall utföras preciseras i varje enskilt fall.

Det får antas att i vart fall priset på det som är föremål för ramavtalet skall vara bestämt i avtalet (jfr direktivets formulering ”särskilt i fråga om tänkt pris”). När det gäller t.ex. konsulttjänster eller byggnads- eller anläggningsarbeten torde ramavtalet sällan kunna innehålla ett totalpris, eftersom tjänsternas omfattning bestäms i varje enskilt fall. Det pris som kan fastställas är exempelvis ett pris per timme eller någon annan enhet. Det bör också vara möjligt att t.ex. bestämma ett pris grundat på en prislista med angivande av de rabatter som användningen av ramavtalet berättigar till. Enligt artikel 32.2 första stycket andra meningen skall valet av parter i ramavtalet ske med tillämpning av de tilldelningsgrunder som anges i artikel 53 (det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet eller det anbud som har det lägsta priset). Vid tilldelning av kontrakt som bygger på ett ramavtal får parterna enligt artikel 32.2 tredje stycket inte väsentligen ändra villkoren i ramavtalet. Motsvarande bestämmelser har tagits in i 6 kap. 2 § andra stycket och 6 kap. 3 § andra stycket i lagen.

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. Enligt artikel 32.2 femte stycket får en upphandlande myndighet inte använda ramavtal på otillbörligt sätt eller på ett sådant sätt att konkurrensen förhindras, begränsas eller snedvrids.

Även om definitionen av ramavtal, med det ovan nämnda undantaget, förutsätter att alla villkor för anskaffningar i enlighet med ramavtalet är bestämda i avtalet, framgår det av såväl beaktandesats 11 som artikel 32.4 andra stycket andra strecksatsen, att ett ramavtal kan föreligga, även om inte alla villkor har fastställts i avtalet. Det förfarande för senare tilldelning av kontrakt som skall användas är dock olika, om alla nödvändiga villkor är fastställda i ramavtalet och om de inte är det.

Om ett ramavtal ingåtts med en enda leverantör skall enligt artikel 32.3 första stycket i direktivet kontrakt som bygger på detta ramavtal tilldelas i enlighet med villkoren i ramavtalet. Vid tilldelningen av sådana kontrakt får den upphandlande myndigheten enligt andra stycket i samma artikel skriftligen samråda med den leverantör som är part i ramavtalet och vid behov anmoda denne att komplettera sitt anbud. Däremot får enligt artikel 32.2 tredje

stycket i direktivet villkoren i ramavtalet inte väsentligen ändras vid tilldelning av kontrakt som bygger på avtalet.

Vad det samråd och den komplettering som nämns i artikel 32.3 skall avse framgår inte av direktivet. Enligt utredningens uppfattning medger bestämmelsen dock knappast att någon avvikelse sker från de villkor som ingår i ramavtalet. Det kan sannolikt vara fråga om att närmare ange vad t.ex. en konsulttjänst skall avse eller hur en sådan tjänst skall utföras.

Då ett ramavtal ingåtts med mer än en leverantör skall enligt artikel 32.4 andra stycket andra strecksatsen tilldelningen av kontrakt som grundar sig på ramavtalet ske *antingen* genom tillämpning av villkoren i ramavtalet utan förnyad inbjudan att lämna anbud, *eller*, om alla villkor inte är fastställda i ramavtalet, efter det att parterna blivit föremål för förnyad inbjudan att lämna anbud.

Direktivet innehåller inga särskilda bestämmelser om vad som skall iakttas av en upphandlande myndighet i det fall tilldelning av kontrakt enligt direktivet får ske utan förnyad inbjudan att lämna anbud. De leverantörer som ingått avtalet har ett berättigat intresse av att tilldelningen av kontrakt görs med iakttagande av de principer som styr den offentliga upphandlingen, t.ex. principerna om icke-diskriminering, likabehandling och öppenhet. Även från mer allmänna utgångspunkter finns det ett intresse av att dessa principer iakttas vid tilldelningen av kontrakt. Möjligheterna att välja leverantör på grunder som inte är objektiva strider mot grundtankarna bakom regleringen av den offentliga upphandlingen och skapar osäkerhet hos leverantörerna.

Enligt utredningens mening krävs det, i det fall tilldelning av kontrakt görs utan att det i direktivet ställs upp krav på förnyad konkurrensutsättning, att en faktisk konkurrens mellan leverantörer utnyttjas så att beslut om tilldelning av kontrakt inte fattas godtyckligt. Det avgörande skall vara att den upphandlande myndigheten *i det enskilda* fallet måste välja den leverantör som lämnat det bästa anbudet. Detta resultat kan i vissa fall uppnås genom att någon form av rangordning sker eller genom utformningen av innehållet i ramavtalen.

Man kan tänka sig det enkla fallet att leverantörer har lämnat anbud på olika mängder av en viss vara och att en leverantör lämnat det bästa anbudet vid köp av 100 exemplar vid varje tillfälle och en annan leverantör det bästa anbudet vid köp av 1 000 exemplar av

varan. I den situationen kan valet av leverantör göras med utgångspunkt i bl.a. den mängd som skall köpas vid det aktuella tillfället.

Om ett ramavtal utformas med en rangordning eller annars utformas på ett sådant sätt att det går att avgöra vilket anbud som i ett visst givet fall är det bästa blir det också i viss mån möjligt för de leverantörer som ingår ramavtalet att planera sin verksamhet.

Det kan förekomma att en upphandlande myndighet träffar ramavtal med ett stort antal leverantörer, kanske flertalet leverantörer av vissa varor eller tjänster på en ort eller i en bransch. En frihet att välja vilken leverantör som helst av dem som ingått avtalet skulle uppenbarligen strida mot de principer på vilka regleringen av den offentliga upphandlingen bygger.

En särskild svårighet uppkommer om den upphandlande myndigheten inte helt på egen hand kan bestämma vad myndigheten kan behöva. Detta gäller t.ex. i det fall en patient eller annan vård- eller omsorgstagare kan utöva inflytande på de tjänster eller varor som myndigheten skall tillhandahålla. För att tillgodose de enskilda önskemål som kan framföras måste en upphandlande myndighet, om den ingått ett ramavtal som täcker vad som efterfrågas, kunna avvika från vad som annars kan framstå som det bästa anbudet, och i stället anskaffa den vara eller tjänst som efterfrågas.

Vad som nu sagts innebär inte att det enligt utredningens mening är motiverat att avstå från att kräva att en rangordning bestäms i ett ramavtal. I de fall detta inte är möjligt eller är förenat med påtagliga nackdelar bör dock eftersträvas en annan ordning som tillgodoser kraven på en öppen och icke-diskriminerande upphandling. Det bör vara möjligt att med andra metoder åstadkomma detta resultat. Detta krav kan tillgodoses t.ex. genom att de leverantörer som ingått ramavtalet fortlöpande tillhandahåller tillräckliga uppgifter om sortiment, priser, leveransvillkor m.m. på ett sådant sätt att den upphandlande myndigheten vid varje tillfälle har möjlighet att välja den leverantör som bäst kan tillgodose myndighetens behov. En sådan metod förefaller kunna tillämpas framför allt när det gäller upphandling av homogena varor med priser som förändras snabbt.

Vad som nu sagts gäller bl.a. om en kommun i ett regelmässigt upphandlingsförfarande ingått ett ramavtal med några leverantörer av t.ex. dagligvaror. Det kan från kommunens utgångspunkt i ett sådant fall vara olämpligt att fastställa en rangordning mellan leverantörerna. De olika leverantörernas priser på olika produkter

kan variera mycket snabbt och det ligger därför i kommunens intresse att utnyttja de konkurrensmöjligheter som föreligger..

Bestämmelserna på denna punkt bör också medge att hänsyn vid ingåendet av ramavtal tas till individers möjlighet att påverka valet av tjänster eller varor som skall tillhandhållas av en upphandlande myndighet.

I det fall alla villkor inte har fastställts i ramavtalet och en förnyad inbjudan att lämna anbud därför krävs fyller en rangordning ingen funktion. Den upphandlande myndigheten skall enligt artikel 32.4 andra stycket andra strecksatsen lämna en förnyad inbjudan till parterna att lämna anbud och därefter skriftligen samråda med de leverantörer som är i stånd att genomföra kontraktet. Den förnyade inbjudan skall alltså lämnas till samtliga leverantörer som ingått ramavtalet. Den upphandlande myndigheten får därefter, såvitt framgår av direktivet, välja ut de leverantörer som den anser kan genomföra kontraktet och samråda med dessa.

I det fortsatta förfarandet gäller enligt artikel 32.2 andra stycket och 32.4 andra stycket andra strecksatsen b)–d) att den upphandlande myndigheten skall fastställa en tillräcklig tidsfrist, hålla anbuden hemliga till dess tidsfristen gått ut och tilldela kontraktet till den anbudsgivare som har lämnat det bästa anbudet på grundval av de tilldelningskriterier som anges i förfrågningsunderlaget till ramavtalet.

Regleringen i artikel 32 av förfarandet vid förnyad inbjudan att lämna anbud medför att övriga bestämmelser i direktivet om annonsering, tidsfrister, information, kommunikation m.m. inte skall tillämpas. Detta följer av artikel 32.2, i vilken anges att en upphandlande myndighet som ämnar sluta ett ramavtal skall följa de förfarandebestämmelser som anges i direktivet i alla faser fram till (men alltså inte inkluderande) tilldelningen av kontrakt som grundar sig på ramavtalet.

I artikel 32.4 andra stycket andra strecksatsen d) anges att den upphandlande myndigheten skall tilldela varje kontrakt till den anbudsgivare som har lämnat det bästa anbudet på grundval av de tilldelningskriterier som anges i förfrågningsunderlaget till ramavtalet.

Enligt artikel 9.9 är tröskelvärde för ramavtal det högsta uppskattade värdet exklusive mervärdesskatt av samtliga planerade kontrakt under ramavtalets hela löptid. Några särskilda bestämmelser om tröskelvärden vid tilldelning av kontrakt som

grundar sig på ett ramavtal har inte meddelats. Bestämmelserna om tilldelning av kontrakt som grundar sig på ramavtal skall därför tillämpas, oavsett värdet av det enskilda kontraktet.

Förfarandet med ramavtal och tilldelning av kontrakt som grundar sig på ramavtal kräver särskilda överväganden när det gäller överprövning av olika beslut. Dessa förhållanden anser utredningen att ta upp i en andra etapp av utredningsarbetet och de tas därför inte upp i detta betänkande.

### Föreslagna bestämmelser med kommentarer

#### 1 §

**En upphandlande myndighet får sluta ramavtal.**

#### *Kommentar*

Enligt artikel 32.1 får medlemsstaterna avgöra om de vill tillåta användning av ramavtal.

Ramavtal används, som redan nämnts, i stor omfattning i Sverige utan direkt stöd av bestämmelserna i LOU. När ett uttryckligt stöd för användning av ramavtal nu finns i det klassiska direktivet bör möjligheten att tillåta detta utnyttjas. I 1 § införs denna möjlighet.

#### 2 §

**En upphandlande myndighet som skall sluta ett ramavtal skall följa de bestämmelser som anges i denna lag fram till tilldelningen av kontrakt som grundar sig på ramavtalet.**

Valet av parter i ramavtalet skall ske med tillämpning av de tilldelningsgrunder som anges i 14 kap. 1–3 §§.

#### *Kommentar*

Paragrafen motsvarar artikel 32.2 första stycket i direktivet. Den har med redaktionella ändringar utformats i överensstämmelse med bestämmelsen i direktivet.

#### 3 §

**Kontrakt får tilldelas enligt 8 eller 9 § endast om den upphandlande myndigheten och leverantören från början varit parter i avtalet.**

Vid tilldelning av kontrakt som bygger på ett ramavtal får parterna inte i något fall väsentligen ändra villkoren i detta ramavtal.

*Kommentar*

Paragrafen motsvarar artikel 32.2 andra stycket andra meningen och artikel 32.2 tredje stycket i direktivet. Den har med redaktionella ändringar utformats i överensstämmelse med bestämmelserna i direktivet.

**4 §**

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

*Kommentar*

Paragrafen motsvarar artikel 32.2 fjärde stycket i direktivet. Enligt den bestämmelsen får ett ramavtal ”inte löpa längre än fyra år, utom i vederbörligen styrkta undantagsfall, särskilt genom föremålet för ramavtalet”.

Det är oklart vad som menas med ”vederbörligen styrkta undantagsfall, särskilt genom föremålet för ramavtalet”. Beaktandesats 11 ger ingen ledning vid tolkningen av bestämmelsen. Enligt utredningens uppfattning bör ett krav på att särskilda skäl skall finnas kunna motsvara direktivets undantagsfall. Det är dock svårt att ange något exempel på vad som kan utgöra ett särskilt skäl. Möjligen skulle det kunna vara fråga om ett avgränsat projekt som beräknas pågå något längre tid än fyra år och som naturligt upphör när det avslutas.

**5 §**

**En upphandlande myndighet får inte använda ramavtal på ett otillbörligt sätt eller på sådant sätt att konkurrensen förhindras, begränsas eller snedvrids.**

*Kommentar*

Paragrafen motsvarar artikel 32.2 femte stycket i direktivet. Den har utformats i överensstämmelse med bestämmelsen i direktivet.

**6 §**

Om ett ramavtal sluts med en enda leverantör skall kontrakt som bygger på detta ramavtal tilldelas enligt villkoren i ramavtalet.

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

*Kommentar*

Paragrafen motsvarar artikel 32.3 i direktivet. Den har utformats i överensstämmelse med bestämmelserna i direktivet.

**7 §**

Om ett ramavtal sluts med flera leverantörer skall dessa vara minst tre till antalet, om det finns ett tillräckligt antal leverantörer som uppfyller urvalskriterierna och ett tillräckligt antal godtagbara anbud som uppfyller tilldelningskriterierna.

*Kommentar*

Paragrafen motsvaras av artikel 32.4 första stycket i direktivet. En jämförelse med andra språkversioner visar att det skall finnas även ett tillräckligt antal godtagbara anbud. Paragrafen har med den ändring som följer detta påpekande utformats i enlighet med bestämmelsen i direktivet.

**8 §**

Tilldelning av kontrakt som grundar sig på ett ramavtal som ingåtts med flera leverantörer kan ske genom tillämpning av villkoren i ramavtalet utan förnyad inbjudan att lämna anbud.

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

*Kommentar*

Paragrafens första stycke motsvarar artikel 32.4 andra stycket första strecksatsen i direktivet. Det har utformats i överensstämmelse med bestämmelsen i direktivet. Ekonomiska aktörer har dock ersatts med leverantörer.

## 9 §

Om inte alla villkor är fastställda i ramavtalet skall parterna inbjudas att på nytt lämna anbud på grundval av 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 skall

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

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

3. anbuden lämnas skriftligen och innehållet i dem vara hemligt till dess den angivna svarstiden har löpt ut, och

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

*Kommentar*

Paragrafen motsvarar artikel 32 punkt 4 andra stycket andra strecksatsen i direktivet. Den har med redaktionella ändringar utformats i överensstämmelse med bestämmelserna i direktivet.

# 11 Inköpscentraler

I detta kapitel behandlas inköpscentraler. Användandet av centrala inköpscentraler har tidigare inte varit reglerat i lagstiftning. Bestämmelser om inköpscentraler föreslås nu i 7 kap. i lagen.

## Föreslagna bestämmelser med kommentarer

### 1 §

**En upphandlande myndighet får anskaffa byggtreprenader, varor och tjänster genom en inköpscentral.**

#### *Kommentar*

Paragrafen motsvarar artikel 11.1 i direktivet. Det har framförts till utredningen att frågan om det skall vara möjligt att anskaffa byggtreprenader med hjälp av en inköpscentral har varit föremål för diskussion i några medlemsländer däribland Danmark. Danmark har beslutat att utesluta användandet av inköpscentraler för byggtreprenader. Utredningen har med hänsyn till sin tidsram inte kunnat analysera denna fråga rörande byggtreprenader i önskvärd utsträckning men föreslår att en bestämmelse införs som, med redaktionella ändringar, har utformats i enlighet med direktivet.

### 2 §

**En upphandlande myndighet som anskaffar byggtreprenader, varor och tjänster genom en inköpscentral skall anses ha följt denna lag, under förutsättning att inköpscentralen har gjort det.**

*Kommentar*

Paragrafen motsvarar artikel 11.2 i direktivet. Enligt definitionen i 2 kap. 13 § avses med inköpscentral en upphandlande myndighet som förvärvar varor eller tjänster som är avsedda för andra upphandlande myndigheter eller ingår kontrakt eller träffar ramavtal om byggtreprenader, varor eller tjänster som är avsedda för andra upphandlande myndigheter.

I direktivet anges inte på vilket sätt en upphandlande myndighet kan ta reda på om inköpscentralen har följt lagens bestämmelser vid sin upphandling och vilka effekter det får för den upphandlande myndigheten, om det visar sig att inköpscentralen inte har gjort det. Det är inte heller klart hur en felaktig upphandling skall angripas. De frågor som osäkerheten ger upphov till kräver noggrannare analyser än som varit möjliga inom ramen för detta betänkande. Bestämmelserna i direktivet har därför med redaktionella ändringar förts in i lagen.

## 12 Förfrågningsunderlag m.m.

### **Inledning**

I detta kapitel behandlas bestämmelserna om förfrågningsunderlag och kontraktshandlingar. I förfrågningsunderlaget kan uppställas krav på att sociala hänsyn och miljöhänsyn skall tas vid upphandlingsförfarandet. Sociala hänsyn behandlas i första hand i betänkandekapitel 5. I avsnitt 12.1 behandlas miljöhänsyn.

Bestämmelserna finns i 8 kap. i lagen.

### **Särskilt om miljöhänsyn m.m.**

I utredningens direktiv anges att utredningens överväganden och förslag skall präglas av EG-direktivens grundläggande ekonomiska syften. Dock skall särskilt beaktas den svenska ståndpunkten beträffande miljöhänsyn och sociala hänsyn på så sätt att integrationen av sådana hänsyn väl återspeglas i de av utredningen föreslagna ändringarna.

När det gäller sociala hänsyn hänvisas till betänkandekapitel 5, där möjlighet att ta sociala hänsyn behandlas mer utförligt.

Miljöhänsyn beaktas i samband med tekniska specifikationer och i förslaget nedan behandlas villkor för fullgörande av kontrakt, skyldigheter avseende bestämmelser om beskattning och miljöskydd m.m., samt bestämmelser om miljöskyddsåtgärder och miljömärkning. Bestämmelser om reserverade kontrakt behandlas i betänkandekapitel 5.

Även vid tilldelningsbeslut skall i vissa fall kunna tas miljöhänsyn och sociala hänsyn. Tilldelningsbeslut behandlas i betänkandekapitel 18.

EG-fördraget har genomgått förändringar som fått till följd att miljöfrågorna fått en stärkt ställning inom EU. I artikel 6 i EG-fördraget föreskrivs det att miljöskyddskraven skall integreras i

utformningen och genomförandet av gemenskapens politik och verksamhet, särskilt i syfte att främja en hållbar utveckling. Enligt EG-kommissionen kan vidare en upphandlande myndighet av den leverantör, vars anbud antagits, som särskilda kontraktsvillkor begära att prestationen som upphandlingen gäller, genomförs med hänsyn till vissa miljökrav. Sådana villkor skall prövas utanför själva upphandlingsförfarandet.

I ”A handbook on environmental public procurement - Buying green”, utgiven av Europeiska gemenskapernas kommission i augusti 2004, gör kommissionen uttalanden om vilka miljöhänsyn som kan iakttas vid offentlig upphandling, vilka är kommissionens tolkningar. Kommissionens uttalanden är inte bindande för medlemsstaterna till skillnad mot EG-direktiven och EG-domstolens domar. I handboken anges bl.a. att en upphandlande myndighet har rätt att ställa krav på att produkten som upphandlas är tillverkad av särskilt angivet material eller ställa krav på att materialet inte skall vara skadligt för miljön. Vidare finns enligt handboken möjlighet att ställa krav på att produktionsmetoderna tillvaratar miljöhänsyn.

En förutsättning för att särskilda miljövillkor skall vara tillåtna är att de inte utgör hinder för en väl fungerande inre marknad. Den upphandlande myndigheten måste vidare, för att villkoren skall vara tillåtna, säkerställa att deltagarna i anbuds-förfarandet får kännedom om att dessa villkor existerar. Detta kan ske t.ex. genom att villkoren anges vid annonsförfarandet.

Även av EG-domstolens praxis framgår att redan enligt äldre EG-direktiv fanns beaktansvärda möjligheter att beakta miljöhänsyn vid upphandlingsförfarandet. Några exempel skall nämnas här.

I EG-domstolens dom i mål nr C 379/98 (Preussen-Elektra) har domstolen uttalat sig om en reglering i en medlemsstat enligt vilken privata elförsörjningsföretag ålades en skyldighet att köpa den el som inom deras försörjningsområde producerades från förnybara energikällor till minimipriser som översteg kraftens faktiska ekonomiska värde, och enligt vilken den ekonomiska börda som skyldigheten medförde fördelades mellan dessa elförsörjningsföretag och de privata elnätoperatorerna i föregående distributionsled. Domstolen ansåg att regleringen inte utgjorde ett förbjudet statligt stöd och därmed inte var oförenlig med EG-fördraget. Domstolen uttalade vidare bl.a. följande. Att utveckla användningen av förnybara energikällor för elproduktion tjänar ett

miljöskyddsändamål, eftersom det bidrar till att minska utsläppen av växthusgaser, som är en av huvudorsakerna till klimatförändringarna, som Europeiska gemenskapen och dess medlemsstater har föresatt sig att motverka. Domstolen anförde vidare att enligt övervägande i direktiv 96/92 får medlemsstaterna med hänsyn till miljöskyddet prioritera elproduktion från förnybara energikällor.

I EG-domstolens dom i målnr C 448/01 (EVN Wienstrom) fann domstolen att gemenskapsrättsreglerna inte utgjorde hinder mot att en upphandlande myndighet inom ramen för en bedömning av vilket anbud som är mest fördelaktigt för tilldelning av kontrakt om elförsörjning, tillämpade ett upphandlingskriterium enligt vilket det krävdes att den producerade elen producerats från förnybara energikällor, vilket vägdes in med 45 procent, och den omständigheten att nämnda kriterium inte nödvändigtvis medförde att det avsedda syftet uppnåddes saknade betydelse i detta avseende. Däremot fann domstolen att gemenskapsrättsreglerna utgjorde hinder för ett sådant kriterium i den mån det inte var förenat med krav som gjorde det möjligt att säkerställa en verklig kontroll av att den information som lämnats i anbuden var korrekt, det krävdes att anbudsgivarna angav hur mycket el från förnybara energikällor de kunde leverera till en inte närmare avgränsad krets köpare, varvid det maximala antalet poäng tilldelades den anbudsgivare som angav störst mängd och det preciserades att endast den mängd beaktades som överskred den konsumtion som förväntades inom ramen för upphandlingen.

I EG-domstolens dom i målnr C 513/99 (Finska bussarna) fann domstolen att en upphandlande myndighet som vid offentlig upphandling av lokala busstransporttjänster hade beslutat att kontraktet i fråga skulle tilldelas en anbudsgivare som lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, kunde beakta sådana miljökriterier som bussarnas kväveoxidutsläpp eller deras bullernivå under förutsättning att dessa kriterier hade ett samband med kontraktets föremål, inte gav myndigheten obegränsad valfrihet, uttryckligen angavs i kontraktshandlingarna, eller i meddelandet om upphandling, och var förenliga med alla grundläggande principer i gemenskapsrätten, särskilt icke-diskrimineringsprincipen. Domstolen anförde vidare att likabehandlingsprincipen inte utgjorde hinder mot att beakta sådana miljöskyddskriterier som de som var aktuella i förevarande mål endast på grund av att

den upphandlande enhetens eget trafikföretag tillhörde det fåtal företag som uppfyllde dessa krav.

De nya direktiven innehåller uttryckliga uttalanden som återspeglar det nya förhållningssättet när det gäller möjligheterna att tillvarata miljöhänsyn.

I beaktandesats 5 sägs:

I enlighet med artikel 6 i fördraget är miljöskyddskraven integrerade i utformningen och genomförandet av gemenskapens politik och verksamhet som avses i artikel 3 i fördraget, särskilt i syfte att främja en hållbar utveckling. I detta direktiv klargörs det därför hur de upphandlande myndigheterna kan bidra till att skydda miljön och främja en hållbar utveckling, samtidigt som de garanteras att de för sina kontrakt kan erhålla det bästa förhållandet mellan kvalitet och pris.

Vidare anges i beaktandesats 29 bl. a. följande:

En upphandlande myndighet som vill fastställa miljökrav i de tekniska specifikationerna för ett bestämt kontrakt får föreskriva särskilda miljöegenskaper, t.ex. en viss produktionsmetod och/eller särskilda miljöeffekter för grupper av varor eller tjänster.

Direktivet medger att upphandlande myndigheter kan ställa miljökrav som utvärderingskriterier (tilldelningsgrunder) vid offentlig upphandling, men dessa kriterier måste vara kopplade till föremålet för upphandlingen. Detta framgår av artikel 53.1 a i direktivet och artikel 55. a i försörjningsdirektivet. Enligt dessa artiklar kan, om tilldelning av offentliga kontrakt sker på grundval av det anbud som ur den upphandlande myndighetens synvinkel är det ekonomiskt mest fördelaktiga, olika kriterier som är kopplade till föremålet för det offentliga kontraktet beaktas, däribland miljöegenskaper.

Enligt artikel 48.2 f i direktivet kan de miljöskyddsåtgärder, exempelvis miljöledningsrutiner som en leverantör kan komma att tillämpa vid verkställandet av kontraktet i vissa fall tjäna som bevis på en leverantörs "tekniska kapacitet" vid byggentreprenader/tjänster.

Enligt artikel 50 i direktivet skall en upphandlande myndighet, som kräver att få se certifikat som upprättats av ett oberoende organ och som intygar att den ekonomiska aktören uppfyller vissa miljöledningsstandarder, 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. Likvärdiga certifikat från organ i andra medlemsstater skall godtas. Även andra bevis på likvärdiga miljöledningsåtgärder som läggs fram av de ekonomiska aktörerna skall godtas.

De tekniska specifikationerna skall enligt artikel 23.2 tillåta anbudsgivare att delta på lika villkor och får inte innebära omotiverade hinder mot att offentlig upphandling öppnas för konkurrens. Av artikel 23.3 b framgår att de tekniska specifikationerna kan vara utformade i form av prestanda eller funktionskrav, varvid miljöegenskaper kan ingå.

I direktiven finns också bestämmelser om miljömärken. I artikel 23.6 anges att en upphandlande myndighet, om den föreskriver miljöegenskaper i form av prestanda eller funktionskrav, får använda detaljerade specifikationer eller vid behov delar av dessa, såsom de fastställs för europeiska (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, att kraven för märket har utarbetats på grund av vetenskapliga rön, att miljömärkena har antagits genom ett förfarande i vilket samtliga berörda parter, t.ex. statliga organ, konsumenter, tillverkare, distributörer, att miljöorganisationer får delta samt att miljömärkena är tillgängliga för samtliga berörda parter.

Det har framförts till utredningen att direktivets formulering när det gäller miljökrav som formulerats av miljömärkningsorganisationer leder till att hårdare krav ställs på krav av sådana organisationer än miljökrav som formulerats av andra än miljömärkningsorganisationer. Alla krav som ställs genom upphandlingsprocessen skall som huvudregel uppfylla principerna om icke-diskriminering, likvärdighet, proportionalitet etc..

Utredningen har dock valt att implementera direktivtexten enligt dess lydelse, se 9 §.

I artikel 26 behandlas villkor för fullgörande av kontrakt. I artikeln anges att särskilda krav får ställas på hur kontraktet skall fullgöras och det anges att kraven bland annat får omfatta miljöhänsyn.

I artikel 27 anges att en upphandlande myndighet får eller kan åläggas att lämna upplysningar angående hos vilket eller vilka organ en anbudsgivare eller anbudssökare kan få relevanta uppgifter om skyldigheter avseende bl.a. bestämmelser om miljöskydd som gäller

där tjänster eller byggtreprenader skall utföras och som skall tillämpas vid fullgörandet av kontraktet.

Det har diskuterats i utredningen om i de fall EG-direktiven föreskriver att särskilda miljökrav *får* ställas av upphandlande myndighet, jfr. artiklarna 26 och 27 ovan, i den föreslagna lagen bör anges att upphandlande myndighet *skall* ställa sådana krav. Detta skulle då ha till syfte att ytterligare öka hänsynstagandet till miljön vid upphandling. Sådana krav uppställs i bl.a. Danmark och Norge. Utredningen har tagit del av dessa synpunkter men har med hänsyn till tidsramen för uppdraget inte haft möjlighet att göra den djupgående analys som skulle krävas för att införa en bestämmelse om att miljökrav *skall* ställas. Utredningen har i stället utformat bestämmelserna i enlighet med direktivtexten.

## Föreslagna bestämmelser med kommentarer

### Innehållet i förfrågningsunderlag m.m.

#### *Tekniska specifikationer*

##### 1 §

Tekniska specifikationer skall ingå i annonser om upphandling, förfrågningsunderlag eller kompletterande handlingar. Specifikationerna skall vara utformade på något av de sätt som anges i 2–5 §§.

När så är möjligt bör specifikationerna fastställas med hänsyn till kriterier avseende tillgänglighet för funktionshindrade eller formgivning med tanke på samtliga användares behov.

De tekniska specifikationerna skall tillåta anbudsgivare att delta på lika villkor och får inte innebära omotiverade hinder mot att offentlig upphandling öppnas för konkurrens.

#### *Kommentar*

Paragrafen motsvarar artikel 23.1 och 23.2. LOU innehåller inga motsvarande bestämmelser.

I artikel 23.1 preciseras vilka tekniska specifikationer som skall användas, nämligen specifikationer ”enligt definitionen i punkt 1 i bilaga VI”. Detta behöver inte regleras i lagen. I stället bör det ankomma på regeringen eller den myndighet som regeringen

bestämmer att meddela föreskrifter om vad som förstås med tekniska specifikationer.

Av paragrafens första stycke framgår att de tekniska specifikationerna skall utformas enligt något av de alternativ som föreskrivs i 2–5 §§.

Paragrafen har i övrigt med redaktionella ändringar utformats i överensstämmelse med bestämmelserna i direktivet.

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

#### 2 §

De tekniska specifikationerna skall vara utformade med hänvisning till i turordning

1. svensk standard som överensstämmer med europeisk standard,

2. europeiska tekniska godkännanden,

3. gemensamma tekniska specifikationer,

4. internationella standarder,

5. andra tekniska referenssystem som utarbetats av de europeiska standardiseringsorganen eller, om sådana system inte finns, till svenska standarder, till svenska tekniska godkännanden eller till svenska tekniska specifikationer om projektering, beräkning och utförande av byggtreprenader samt materialanvändning.

Varje hänvisning som avses i första stycket 5 skall följas av orden ”eller likvärdigt”.

Första stycket gäller inte, om det i någon annan författning finns avvikande bestämmelser som överensstämmer med gemenskapsrätten.

#### *Kommentar*

Paragrafen motsvarar artikel 23.3 a i direktivet. En motsvarande bestämmelse finns i 1 kap. 12 § LOU men innehåller färre alternativ.

Enligt artikel 23.3 a skall de tekniska specifikationerna vara utformade genom en hänvisning till de tekniska specifikationer som definieras i bilaga VI och i prioriteringsordning till olika angivna standarder. Som anförts i kommentaren till 1 § bör de definitioner som finns i bilaga VI tas in i förordning. När det i den

föreslagna 2 § talas om ”de tekniska specifikationerna” avses därför specifikationer enligt dessa definitioner.

Paragrafen har i övrigt med redaktionella ändringar utformats i överensstämmelse med direktivets bestämmelser.

*Tekniska specifikationer i form av prestanda- eller funktionskrav*

**3 §**

En teknisk beskrivning får göras i form av prestanda- eller funktionskrav, varvid miljöegenskaper kan ingå. Sådana krav måste dock vara så utformade att anbudsgivarna kan bilda sig en bestämd uppfattning om föremålet för upphandlingen och den upphandlande myndigheten kan genomföra upphandlingen.

*Kommentar*

Paragrafen motsvarar artikel 23.3 b i direktivet men saknar motsvarighet i LOU. Den har med redaktionella ändringar utformats i överensstämmelse med bestämmelsen i direktivet.

**4 §**

De tekniska specifikationerna får anges som prestanda- eller funktionskrav enligt 3 § och hänvisa till de tekniska specifikationerna enligt 2 § som ett sätt att visa att de uppställda kraven är uppfyllda.

*Kommentar*

Paragrafen motsvarar artikel 23.3 c i direktivet men saknar motsvarighet i LOU

Artikel 23.3 c lyder:

- - - de tekniska specifikationerna (skall) vara utformade på något av följande sätt:

- - - c) I form av prestanda eller funktionskrav enligt led b och, för att påvisa att dessa prestanda eller funktionskrav antas vara uppfyllda, med en hänvisning till specifikationerna i led a.

Artikeln är i den svenska språkversionen svårtydd. I den engelska versionen lyder texten:

- - - the technical specifications shall be formulated:

- - - (c) in terms of performance or functional requirements as mentioned in subparagraph (b), with reference to the specifications mentioned in subparagraph (a) as a means of presuming conformity with such performance or functional requirements;

Även den engelska texten är svårtydd. Någon ledning kan inte hämtas i de danska och tyska språkversionerna.

Paragrafen har utformats så att det är möjligt att ställa krav på prestanda eller funktion enligt 3 § (motsvarande artikel 23.3 b) och hänvisa till de tekniska specifikationer som anges i 2 § (motsvarande artikel 23.3 a) som ett sätt att visa att de uppställda kraven är uppfyllda. En sådan utformning motsvarar enligt utredningens uppfattning innehållet i artikel 23.3 c.

## 5 §

De tekniska specifikationerna får anges genom hänvisning till specifikationerna i 2 § i fråga om vissa egenskaper och till de prestanda- eller funktionskrav som anges i 3 § i fråga om andra egenskaper.

### *Kommentar*

Paragrafen motsvarar artikel 23.3 d i direktivet men saknar motsvarighet i LOU. Den har utformats i överensstämmelse med bestämmelsen i direktivet.

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

## 6 §

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

Uppgifter och hänvisningar som avses i första stycket får dock i undantagsfall förekomma i specifikationerna, om det annars inte är möjligt att beskriva föremålet för upphandlingen tillräckligt preciserat och begripligt. En sådan uppgift eller hänvisning skall följas av orden "eller likvärdig".

*Kommentar*

Paragrafen motsvarar artikel 23.8 i direktivet och 1 kap. 16 § LOU. Den har med redaktionella ändringar utformats i enlighet med bestämmelserna i direktivet.

*Andra sätt att visa att uppställda krav uppfylls***7 §**

Om en upphandlande myndighet väljer att hänvisa till specifikationer enligt 2 §, får den inte förkasta ett anbud med motiveringen att varorna eller tjänsterna inte överensstämmer med specifikationer som den har hänvisat till, när anbudsgivaren på lämpligt sätt och på ett sådant sätt som den upphandlande myndigheten kan godta i sitt anbud visar att de föreslagna lösningarna på ett likvärdigt sätt uppfyller kraven enligt de tekniska specifikationerna.

*Kommentar*

Paragrafen motsvarar artikel 23.4 i direktivet men saknar motsvarighet i LOU.

Artikeln innehåller i andra stycket en anvisning om att ett lämpligt sätt att visa att de föreslagna lösningarna uppfyller uppställda krav kan vara att tillhandahålla teknisk dokumentation från tillverkaren eller en provningsrapport från ett erkänt organ. Att en sådan möjlighet finns behöver enligt utredningens mening inte anges i den nya lagen.

Paragrafen har i övrigt med redaktionella ändringar utformats i överensstämmelse med bestämmelsen i direktivet.

**8 §**

Om en upphandlande myndighet väljer att i enlighet med 3, 4 eller 5 § ange prestanda- eller funktionskrav, får den inte förkasta ett anbud i fråga om byggtreprenader, varor eller tjänster, om anbudsgivaren, på lämpligt sätt och på ett sådant sätt som den upphandlande myndigheten kan godta, kan visa att anbudet överensstämmer med en nationell standard som genomför en europeisk standard, med ett europeiskt tekniskt godkännande, med en gemensam teknisk specifikation, med en

internationell standard eller med ett tekniskt referenssystem som har utarbetats av ett europeiskt standardiseringsorgan, om dessa specifikationer avser de prestanda eller funktionskrav som den har fastställt.

#### *Kommentar*

Paragrafen motsvarar artikel 23.5 i direktivet men saknar motsvarighet i LOU.

I artikeln finns förbudet mot att förkasta ett anbud i första stycket medan skyldigheten för anbudsgivaren att visa att de uppställda kraven är uppfyllda finns i andra stycket. I den föreslagna paragrafen är dessa bestämmelser sammanförda i ett stycke.

Artikeln innehåller i tredje stycket en anvisning om att ett lämpligt sätt att visa att de föreslagna lösningarna uppfyller uppställda krav kan vara att tillhandahålla teknisk dokumentation från tillverkaren eller en provningsrapport från ett erkänt organ.” Att en sådan möjlighet finns behöver enligt utredningens mening inte anges i den nya lagen.

Paragrafen har i övrigt med redaktionella ändringar utformats i överensstämmelse med bestämmelsen i direktivet.

#### *Miljömärken*

##### 9 §

Om en upphandlande myndighet föreskriver miljöegenskaper i form av prestanda- eller funktionskrav enligt 3 §, får den använda detaljerade specifikationer eller vid behov delar av dessa, som fastställts för miljömärken, under förutsättning att

1. specifikationerna är lämpliga för att definiera egenskaperna hos de varor eller tjänster som är föremål för upphandlingen,
2. kraven för märkena har utarbetats på grundval av vetenskapliga rön,
3. märkena har antagits genom ett förfarande i vilket myndigheter, konsumenter, tillverkare, distributörer, miljöorganisationer och andra berörda får delta, och
4. märkena är tillgängliga för alla berörda parter.

Den upphandlande myndigheten får ange att varor eller tjänster som är försedda med miljömärke som avses i första stycket skall antas motsvara de tekniska specifikationer som

fastställts i förfrågningsunderlaget men skall godta även annat bevis för att så är fallet.

#### *Kommentar*

Paragrafen motsvarar artikel 23.6 i direktivet. Miljömärken behandlas även i avsnittet med rubriken ”Särskilt inom miljöhänsyn”, se ovan. I 1 kap. 12 § andra stycket LOU föreskrivs att en upphandlande myndighet får hänvisa till kriterier för miljömärken, om kriterierna för märket har utarbetats på grundval av vetenskaplig information, jfr. även ovan under avsnitt 12.1.

I artikel 23.6 andra stycket anges exempel på andra bevis än miljömärken som skall godtas, nämligen teknisk dokumentation från tillverkaren eller en provningsrapport från ett erkänt organ. Enligt utredningens uppfattning är det klart att sådan dokumentation bör kunna godtas, utan att exemplen tas in i paragrafen.

Paragrafen har i övrigt med redaktionella ändringar utformats i överensstämmelse med bestämmelserna i direktivet.

#### *Erkända organ*

##### **10 §**

Med erkända organ avses i detta kapitel provnings- och kalibreringslaboratorier samt organ för inspektion och certifiering som uppfyller tillämpliga europeiska standarder.

Upphandlande myndigheter skall godta intyg från erkända organ som är etablerade i andra medlemsstater.

#### *Kommentar*

Paragrafen motsvarar artikel 23.7 i direktivet men saknar motsvarighet i LOU. Den har utformats i överensstämmelse med bestämmelserna i direktivet.

*Alternativa anbud***11 §**

Skall en upphandlande myndighet anta det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, får den tillåta anbudsgivare att lämna alternativa anbud.

En upphandlande myndighet skall i annonsen om upphandlingen ange om den godkänner alternativa anbud. Om detta inte anges är alternativa anbud inte tillåtna.

En upphandlande myndighet som tillåter alternativa anbud skall i förfrågningsunderlaget ange vilka minimikrav som gäller för sådana anbud och särskilda villkor som kan gälla för redovisningen av anbudet. Endast anbud som uppfyller minimikraven får beaktas.

*Kommentar*

Paragrafen motsvarar artikel 24 i direktivet och 1 kap. 23 b § första och andra styckena LOU. Bestämmelsen i artikel 24.4 andra stycket motsvaras dock av 13 §.

Paragrafen har med redaktionella ändringar utformats i överensstämmelse med bestämmelserna i direktivet.

**12 §**

Vid tilldelning av varu- eller tjänstekontrakt får en upphandlande myndighet som har tillåtit alternativa anbud enligt 11 § 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.

*Kommentar*

Paragrafen motsvarar artikel 24.4 andra stycket i direktivet men saknar motsvarighet i LOU. Den har med redaktionella ändringar utformats i överensstämmelse med bestämmelsen i direktivet.

*Underentreprenad***13 §**

I förfrågningsunderlaget får en upphandlande myndighet begära att anbudsgivaren i anbudet anger hur stor del av kontraktet som kan komma att läggas ut på underentreprenörer och vilka underleverantörer som föreslås.

*Kommentar*

Paragrafen motsvarar artikel 25 i direktivet. I 1 kap. 18 a § LOU föreskrivs att den upphandlande enheten i förfrågningsunderlaget får begära att anbudsgivaren i sitt anbud redovisar vilka delar av upphandlingskontraktet som han avser att lägga ut på någon annan.

I motsats till LOU anger direktivet att anbudsgivaren kan avkrävas uppgifter om vilka underleverantörer som föreslås. I artikel 25 andra stycket föreskrivs att en sådan angivelse inte skall påverka frågan om den ekonomiska aktörens ansvar som huvudman. En entreprenör som sluter kontrakt med en upphandlande myndighet ansvarar i enlighet med kontraktet för sina åtaganden gentemot myndigheten, även om han anlitar underentreprenörer för fullgörandet av kontraktet eller delar av det. Detta innebär bl.a. att den upphandlande myndigheten skall rikta sina krav på hur kontraktet fullgörs mot entreprenören och inte mot av entreprenören anlitade underentreprenörer. Eftersom detta följer av svensk rätt finns det inte något behov av att ta in vad som sägs i artikel 25 andra stycket i den nya lagen.

Det ankommer enligt artikeln på varje medlemsstat att avgöra om anbudsgivare inte endast skall ha rätt utan också skyldighet att lämna uppgifter om underentreprenörer. Enligt utredningens mening finns det inte anledning att föreskriva en sådan skyldighet.

Paragrafen har i övrigt med redaktionella ändringar utformats i överensstämmelse med bestämmelsen i direktivet.

*Information om arbetsvillkor m.m.***14 §**

En upphandlande myndighet får i förfrågningsunderlaget upplysa om vilka myndigheter som kan lämna en anbudsgivare information om de bestämmelser om beskattning, miljöskydd,

arbetarskydd och arbetsvillkor som kommer att gälla vid utförandet av tjänster eller byggentreprenader som omfattas av kontraktet.

Om den upphandlande myndigheten har lämnat upplysningar enligt första stycket, skall den begära att anbudsgivaren bekräftar att hänsyn tagits till bestämmelserna om arbetarskydd och arbetsvillkor vid utformningen av anbudet.

Första stycket skall inte påverka tillämpningen av bestämmelserna i 14 kap. 3 § om granskning av onormalt låga anbud.

#### *Kommentar*

Paragrafen motsvarar artikel 27 i direktivet och 3 kap. 24 § och 5 kap. 27 § LOU.

Det ankommer enligt artikeln på varje medlemsstat att avgöra om en upphandlande myndighet inte skall ha endast möjlighet utan också skyldighet att lämna upplysningar om myndigheter. Enligt utredningens mening finns det inte anledning att ställa krav på upphandlande myndigheter att de lämnar sådana upplysningar, se även vad som sagts om miljöhänsyn i avsnitt 12.1 och sociala hänsyn i betänkandekapitel 5.

Paragrafen har i övrigt med redaktionella ändringar utformats i överensstämmelse med bestämmelsen i direktivet.

#### *Villkor för fullgörande av kontrakt*

##### 15 §

En upphandlande myndighet får ställa särskilda sociala, miljömässiga och andra krav på hur kontrakt skall fullgöras, under förutsättning att kraven är förenliga med gemenskapsrätten och anges i annonsen om upphandling eller i förfrågningsunderlaget.

#### *Kommentar*

Paragrafen motsvarar artikel 26 i direktivet och 1 kap. 18 b § LOU. Den har med redaktionella ändringar utformats i överensstämmelse med bestämmelsen i direktivet.

Bestämmelsen är ny. I LOU finns dock i 1 kap. 18 b § en bestämmelse som föreskriver att en upphandlande enhet får ställa

särskilda villkor för hur uppdraget skall genomföras. Sådana villkor skall anges i annonsen om upphandling. I författningskommentaren till 1 kap. 18 b § (prop.2001/02:142 s. 94) anfördes bl.a. följande. Regeln innebär inte någon ändring av gällande rätt, utan är ett förtydligande av möjligheten att ställa särskilda villkor, t.ex. genom antidiskrimineringsklausuler, som skall gälla för utförandet av det uppdrag som upphandlingskontraktet omfattar. Sådana särskilda kontraktsvillkor skall anges i annonsen om upphandling. I förhandlad upphandling utan föregående annonsering skall villkoret anges i förfrågningsunderlaget.

– Bestämmelsen gäller villkor för hur kontraktsuppdraget skall utföras. Villkoren benämns särskilda kontraktsvillkor på grund av att det är fråga om villkor som inte är krav på leverantören eller utvärderingskriterier, utan särskilda därutöver tillkommande kontraktsvillkor. Villkoret utgör en förpliktelse som den som tilldelas kontraktet måste acceptera. Den upphandlande enheten kan således, efter att i annonsen ha angett villkoret, ställa som krav att anbudsgivarna i sina anbud bekräftar att de åtar sig att uppfylla villkoret om de tilldelas kontraktet. De anbud där anbudsgivaren inte accepterar villkoret skall på den grunden inte antas. – De särskilda kontraktsvillkoren skall vara förenliga med icke-diskrimineringsprincipen och övriga för offentlig upphandling grundläggande gemenskapsrättsliga principer, dvs. likabehandling, öppenhet, förutsebarhet, ömsesidigt erkännande och proportionalitet, samt EG-fördragets regler om den inre marknaden. Ett särskilt kontraktsvillkor skall således vara proportionellt i förhållande till kontraktet i övrigt. Villkoret kan därför sannolikt endast avse den del av leverantörens verksamhet som omfattas av det som upphandlas. Ett mer svepande krav som skulle avse även andra delar av verksamheten skulle kunna ifrågasättas stå i strid med proportionalitetsprincipen, eftersom det inte har tillräcklig anknytning till det som upphandlats. Tillämpningsområdet för särskilda kontraktsvillkor inom det sociala området är naturligen begränsat till köp av tjänster och bygg- och anläggningsarbeten med hänsyn till att det är fråga om villkor för uppdragets utförande. Vid varuupphandlingar kan klausuler som innebär sociala krav som påverkar organisation eller policy för en anbudsgivare från en annan medlemsstat vara diskriminerande eller medföra ett oberättigat handelshinder. Lagtexten anger dock att bestämmelsen är tillämplig även vid upphandlingar enligt 2 kap., dvs vid varuupphandlingar, eftersom den kan komma i fråga vid blandade

kontrakt som innefattar inslag av både tjänste- och varuupphandling eller bygg- och anläggningsarbete i kombination med varuupphandling.

I artikel 26 i direktivet anges att krav får ställas på hur ett kontrakt skall fullgöras under förutsättning att de är förenliga med gemenskapsrätten och i andra meningen att sådana krav får omfatta bl. a. sociala hänsyn och miljöhänsyn. Exempel på andra krav på hur ett kontrakt skall fullgöras torde vara antidiskrimineringsklausuler och krav på tillgänglighet och användbarhet för personer med funktionshinder. Genom att ange att sociala, miljömässiga och andra krav kan ställas tydliggörs möjligheten att ställa sådana krav och vidare ges de särskilt nämnda kraven en större tyngd.

Utredningen hänvisar även till betänkandekapitel 5. I detta kapitel behandlas möjligheten att ställa sociala hänsyn vid upphandlingsförfarandet mer utförligt.

## Tillhandahållande av förfrågningsunderlag

### 16 §

Om en upphandlande myndighet vid öppet förfarande inte ger obegränsad, direkt och fullständig tillgång genom elektroniska medel till förfrågningsunderlaget och alla kompletterande handlingar, skall förfrågningsunderlaget och de kompletterande handlingarna skickas till en leverantör inom sex dagar efter det att begäran från denne att få ut handlingarna har tagits emot, förutsatt att begäran har gjorts i god tid före utgången av tidsfristen för att lämna anbud.

Den upphandlande myndigheten eller den som av myndigheten utsetts att fullgöra denna uppgift skall lämna ut kompletterande information om förfrågningsunderlaget och de kompletterande handlingarna senast sex dagar före fastställd sista dag för mottagande av anbud, om informationen har begärts i god tid.

### *Kommentar*

Paragrafen motsvarar artikel 39 i direktivet men saknar motsvarighet i LOU.

I direktivet sägs att en begäran om att få ut handlingar eller om att få upplysningar skall göras ”i god tid”. Uttrycket är oprecist. En

rimlig uppfattning förefaller vara att den som begär material etc. skall göra det i sådan tid att det, med tillämpning av den upphandlande myndighetens normala rutiner och med beaktande av materialets omfattning m.m. och tiden för postbefordran eller motsvarande, når mottagaren i vart fall före utgången av tidsfristen för att lämna anbud. Begärs materialet etc. senare kan ifrågasättas om den upphandlande myndigheten skall vara skyldig att tillgodose önskemålet.

Om en begäran om kompletterande upplysningar enligt andra stycket i paragrafen görs så sent att upplysningarna inte kan lämnas ut senast sex dagar före utgången av anbudstiden synes någon skyldighet att lämna sådana upplysningar inte finnas.

Enligt artikel 39.2 skall antingen den upphandlande myndigheten eller ”den behöriga enheten” lämna ut kompletterande information. Det är oklart vad som avses med den behöriga enheten. I den danska språkversionen talas om ”ordregivende myndigheder eller kompetente tjenester”, i den engelska om ”the contracting entities or competent departments” och i den tyska om ”öffentliche Auftraggeber oder die zuständige Stellen”. Man kanske kan anta att en upphandlande myndighet antingen inom sig utpekar en avdelning eller en tjänsteman som skall tillhandahålla material etc. eller att myndigheten uppdragit åt någon fristående inrättning att sköta denna uppgift. Paragrafen föreslås utformad så att antingen den upphandlande myndigheten eller den som av myndigheten utsetts att fullgöra uppgiften skall lämna ut material etc. Av artikel 40.3 (se 18 § nedan) framgår att adressen till en annan enhet än den upphandlande enheten skall anges i inbjudan, om denna andra enhet har tillgång till bl.a. förfrågningsunderlaget.

Paragrafen har med redaktionella ändringar utformats i överensstämmelse med bestämmelserna i direktivet.

## Skriftlig inbjudan att lämna anbud eller att förhandla

### 17 §

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

Inbjudan till anbudssökandena skall innehålla förfrågningsunderlaget och samtliga kompletterande handlingar eller

uppgift om åtkomst till förfrågningsunderlaget och kompletterande handlingar, om de görs direkt tillgängliga med elektroniska medel.

#### *Kommentar*

Paragrafen motsvarar artikel 40.1 och 40.2 i direktivet. Första stycket motsvaras av 2 kap. 14 § första stycket andra meningen, 3 kap. 19 § första stycket andra meningen och 5 kap. 21 § första stycket andra meningen LOU. Någon motsvarighet till andra stycket finns inte i LOU

Paragrafen har med redaktionella ändringar utformats i enlighet med bestämmelserna i direktivet.

#### 18 §

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

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

#### *Kommentar*

Paragrafen motsvarar artikel 40.3 i direktivet men saknar motsvarighet i LOU.

Avsikten med bestämmelsen i direktivet är uppenbarligen att den upphandlande myndigheten skall kunna uppdra åt någon annan att lämna ut förfrågningsunderlaget och de kompletterande handlingarna. I direktivet har bestämmelsen utformats så att det först anges som en förutsättning att någon annan har tillgång till materialet och därefter föreskrivs att viss information skall lämnas i inbjudan. Enligt utredningens uppfattning kan bestämmelsen utformas på ett mer direkt sätt genom att den utgår från att den upphandlande myndigheten har utsett någon annan att tillhandahålla materialet, vilket uppenbarligen förutsätter att denne har tillgång till det.

Paragrafen har i övrigt med redaktionella ändringar utformats i enlighet med bestämmelsen i direktivet.

## Kompletterande upplysningar och handlingar

### 19 §

Den upphandlande myndigheten eller den som avses i 16 § andra stycket skall lämna ut kompletterande upplysningar om förfrågningsunderlaget eller kompletterande handlingar senast sex dagar före den fastställda tidsfristen för mottagande av anbud, förutsatt att sådana upplysningar har begärts i god tid.

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

### *Kommentar*

Paragrafens första stycke motsvarar artikel 40.4 i direktivet och 2 kap. 13 § tredje stycket, 3 kap. 18 § tredje stycket och 5 kap. 20 § tredje stycket LOU. Bestämmelser om påskyndat förfarande finns i 2 kap. 15 §, 3 kap. 20 § och 5 kap. 20 § LOU.

I den svenska språkversionen omfattar fyradagarsfristen ”påskyndat selektivt eller förhandlat förfarande”. Det framgår i och för sig inte av denna formulering om även det förhandlade förfarandet skall vara påskyndat men denna oklarhet synes sakna betydelse, eftersom det framgår av de danska, engelska och tyska språkversionerna att fyradagarsfristen skall gälla selektivt förfarande och påskyndat förhandlat förfarande. Bestämmelsen har därför utformats på det sättet.

Vad som avses med påskyndat förfarande framgår inte uttryckligen av direktivet. Det kan visserligen sägas vara fråga om påskyndat förfarande i de fall en kortare tidsfrist får användas enligt 10 kap. 5 eller 6 §§ (vid användande av elektronisk teknik), men dessa tidsfrister är de normala frister som gäller i dessa fall och inte påskyndade. Det framstår därför som naturligare att beteckna förfarandet enligt 10 kap. 8 § som påskyndat. Detta bör framgå av paragrafen.

Paragrafen har i övrigt med redaktionella ändringar utformats i enlighet med bestämmelsen i direktivet.

## Innehållet i en inbjudan

### 20 §

En inbjudan som avses i 17 § skall innehålla

1. en hänvisning till annonsen om upphandling,
2. uppgift om sista dag för mottagande av anbud samt uppgifter om till vilken adress anbuden skall skickas och på vilket eller vilka språk de skall avfattas,
3. uppgifter om vilka handlingar som skall bifogas,
4. den relativa inbördes betydelsen av kriterierna för tilldelning av kontrakt eller kriteriernas prioritetsordning, om dessa upplysningar inte redovisas i annonsen om upphandling eller i förfrågningsunderlaget.

### *Kommentar*

Paragrafen motsvarar artikel 40.5 i direktivet och 1 kap. 16 a § LOU. Den har med redaktionella ändringar utformats i enlighet med bestämmelserna i direktivet.

## Bemyndigande

### 21 §

Regeringen eller den myndighet regeringen bestämmer meddelar föreskrifter om vad som förstås med tekniska specifikationer.

## 13 Annonsering om upphandling

En väsentlig förutsättning för att företag i Sverige och andra medlemsländer skall kunna konkurrera om upphandlingskontrakt är att de får kännedom om möjligheten att lämna anbud eller att ansöka om att få lämna anbud. Direktivet innehåller ganska omfattande och detaljerade bestämmelser om skyldigheten för upphandlande myndigheter att annonsera sina upphandlingar. Annonseringen skall som regel ske genom kommissionens försorg, närmare bestämt av Byrån för Europeiska gemenskapernas officiella publikationer. När det gäller förhandsmeddelanden kan annonseringen ske av den upphandlande myndigheten på dess upphandlarprofil. Även beslut om kontraktstilldelning skall annonseras. I direktivet anges också hur en annons skall vara utformad och hur den skall överföras till kommissionen för offentliggörande.

Bestämmelserna om annonsering har tagits in i 9 kap. i lagen.

### Föreslagna bestämmelser med kommentarer

#### Skyldigheten att annonsera upphandlingar

##### 1 §

**En upphandlande myndighet skall annonsera upphandlingar, om inte annat följer av 5 kap. 4 eller 7–9 §§ eller av 6 eller 8 § i detta kapitel.**

##### *Kommentar*

I direktivet framgår skyldigheten att annonsera vid öppen, selektiv eller förhandlad upphandling av artikel 35.2, där det anges att en upphandlande myndighet som avser att tilldela ett offentligt upphandlingskontrakt eller ingå ett ramavtal skall informera om

detta genom ett meddelande om upphandling. Enligt artikel 35.1 finns det en skyldighet att förhandsannonsera planerad upphandling.

I 1 kap. 7 § LOU finns en generell skyldighet att, med vissa undantag, annonsera upphandlingar.

Enligt utredningens mening bör en generell skyldighet föreskrivas i 1 § att annonsera upphandlingar. Från denna skyldighet bör undantag göras i de fall som avses i 5 kap. 4 och 7–9 §§ (se kapitel 9 i betänkandet) eller 6 § eller 8 § i detta kapitel.

## Förhandsannonsering

### 2 §

En upphandlande myndighet skall, om inte annat följer av 6 §, genom förhandsannonsering lämna information enligt andra stycket om de kontrakt eller ramavtal som den avser att tilldela under de närmast följande tolv månaderna.

Information enligt första stycket skall lämnas

1. när det gäller varor, om det sammanlagda värdet av kontrakten eller ramavtalen, under förutsättning att värdet uppgår till minst 750 000 euro för varje varuområde,

2. när det gäller tjänster, om det sammanlagda värdet av kontrakten eller ramavtalen, under förutsättning att värdet uppgår till minst 750 000 euro för varje enskild tjänstekategori, och

3. när det gäller byggentreprenader, om en entreprenads huvudsakliga art och omfattning, under förutsättning att värdet av entreprenaden uppgår till minst 5 923 000 euro.

De i första stycket angivna värdena skall bestämmas på det sätt som enligt 4 kap. gäller för beräkning av tröskelvärden.

### *Kommentar*

Paragrafen motsvarar artikel 35.1 första stycket a–c i direktivet och 2 kap. 6 §, 3 kap. 9 § och 5 kap. 11 § LOU.

I artikeln behandlas varor, tjänster och byggentreprenader i olika, till stor del likalydande, punkter. I paragrafen har bestämmelserna sammanförts.

I det fall en upphandlande myndighet planerar att under de följande tolv månaderna inom ett visst varuområde eller en viss

tjänstekategori tilldelas endast kontrakt eller endast ramavtal skall värdegränsen självfallet tillämpas på kontrakten eller ramavtalen. Om den upphandlande myndigheten i stället planerar såväl kontrakt som ramavtal inom ett visst varuområde eller en viss tjänstekategori uppkommer frågan om värdet av kontrakten skall läggas samman med värdet av ramavtalen eller om en beräkning skall göras för kontrakten och en annan för ramavtalen. Något svar på frågan ges inte i direktivet vare sig i dess svenska, danska, engelska eller tyska språkversion.

Det förefaller i och för sig naturligt att det är det sammanlagda värdet av kontrakt och ramavtal som avgör om gränsvärdet uppnås eller inte. Formuleringen ”kontrakt eller ramavtal” i artikeln tyder emellertid närmast på motsatsen. Utredningen anser för sin del att artikeln bör ges denna senare innebörd.

Paragrafen har med redaktionella ändringar utformats i överensstämmelse med bestämmelserna i direktivet.

### 3 §

Varuområdet skall fastställas av den upphandlande myndigheten genom en hänvisning till den gemensamma terminologin vid offentlig upphandling (CPV-nomenklaturen).

Med tjänstekategorier avses de kategorier som anges i bilaga 2 till denna lag.

#### *Kommentar*

I artikel 35. 1 a–c i direktivet finns motsvarande bestämmelser. Det finns ingen motsvarighet i LOU. Paragrafen har med redaktionella ändringar utformats i överensstämmelse med bestämmelserna i direktivet.

### 4 §

En annons enligt 2 § som avser varor eller tjänster skall snarast möjligt efter varje budgetårs början översändas till Europeiska gemenskapernas kommission eller offentliggöras på den upphandlande myndighetens upphandlarprofil.

En annons enligt 2 § som avser byggentreprenader skall snarast möjligt efter det att ett beslut fattats om tillstånd för den planering som gäller de byggentreprenader eller ramavtal som den upphandlande myndigheten avser att tilldela, översändas till

kommissionen eller offentliggöras på den upphandlande myndighetens upphandlarprofil.

Med upphandlarprofil avses uppgifter som är tillgängliga på Internet och som kan innehålla information om den upphandlande myndigheten och uppgifter om dess upphandlingar såsom förhandsannonser, uppgifter om pågående upphandlingar, planerade inköp, tilldelade kontrakt, avbrutna upphandlingsförfaranden och liknande förhållanden.

#### *Kommentar*

Paragrafen motsvarar artikel 35.1 andra och tredje styckena i direktivet. Paragrafen har utformats i nära överensstämmelse med direktivtexten.

I 1 kap. 8 § första stycket LOU anges att en annons om upphandling skall på snabbaste möjliga sätt sändas till Byrån för Europeiska gemenskapernas officiella publikationer. Om upphandling sker enligt reglerna för påskyndat förfarande skall uppgiften sändas med telex, telegram eller telefax.

Någon motsvarighet till bestämmelserna om upphandlarprofil finns inte i direktiv 92/50/EEG, 93/37/EEG eller 93/38/EEG och inte heller i LOU. Av bilaga VIII punkt 1 b andra stycket till direktivet framgår att de upphandlande myndigheterna kan offentliggöra förhandsannonser, annonser om koncessioner avseende byggentreprenader, annonser om byggentreprenadkontrakt som en annan innehavare av en byggkoncession än en myndighet skall lägga ut på tredje man och annonser om projekttävlingar på Internet i form av den "upphandlarprofil" som avses i punkt 2 b. I den sistnämnda punkten anges att upphandlarprofilen kan innehålla de periodiska meddelanden som avses i artikel 35.1, uppgifter om pågående inbjudningar att lämna anbud, planerade inköp, tecknade kontrakt, annullerade upphandlingar samt all annan information av allmänt intresse, t.ex. kontaktpersoner, telefon- och faxnummer, post- och e-postadress.

I paragrafens tredje stycke bör förklaras vad en upphandlarprofil är. Offentliggörande i en upphandlarprofil är ett alternativ som en upphandlande myndighet frivilligt kan välja att utnyttja i stället för att skicka en förhandsannons till kommissionen. Det finns inte något krav på att en upphandlarprofil obligatoriskt skall innehålla viss information. Innehållet i en förhandsannonsering skall vara

detsamma oavsett om offentliggörandet sker genom att annonsen sänds till kommissionen eller offentliggörs i upphandlarprofilen.

#### 5 §

En upphandlande myndighet som offentliggör en förhandsannons på sin upphandlarprofil skall, enligt föreskrifter som meddelas av regeringen eller den myndighet som regeringen bestämmer, på elektronisk väg sända ett meddelande om offentliggörandet till Europeiska gemenskapernas kommission.

#### *Kommentar*

Paragrafen motsvarar artikel 35.1 fjärde stycket i direktivet men saknar motsvarighet i LOU. I artikeln sägs att en upphandlande myndighet som offentliggör ett förhandsmeddelande på sin upphandlarprofil skall på elektronisk väg, till kommissionen översända ett meddelande om offentliggörande av ett förhandsmeddelande på upphandlarprofilen.

Denna skyldighet bör komma till uttryck i paragrafen. Den närmare regleringen av skyldigheten bör kunna tas in i förordning eller myndighetsföreskrifter.

Paragrafen har i övrigt med redaktionella ändringar utformats i överensstämmelse med bestämmelsen i direktivet.

#### Begränsningar av skyldigheten att förhandsannonsera

#### 6 §

En upphandlande myndighet är skyldig att förhandsannonsera endast om myndigheten förkortar tidsfristen för mottagande av anbud i enlighet med 10 kap. 3 §.

En upphandlande myndighet är inte skyldig att förhandsannonsera, om enheten med stöd av 5 kap. 4 eller 7–9 §§ tillämpar ett förfarande utan föregående annonsering.

#### *Kommentar*

Paragrafen motsvarar artikel 35.1 femte och sjätte styckena. LOU innehåller inga motsvarande bestämmelser. Paragrafen har med redaktionella ändringar utformats i enlighet med bestämmelserna i direktivet.

## Annonsering om tilldelning av kontrakt och om ingångna ramavtal

### 7 §

En upphandlande myndighet som har tilldelat ett offentligt kontrakt eller ingått ett ramavtal skall, om inte annat följer av andra stycket, till Europeiska gemenskapernas kommission skicka en annons om upphandlingsresultatet senast 48 dagar efter det att kontraktet tilldelats eller ramavtalet ingåtts.

Avser det tilldelade kontraktet tjänster som anges i bilaga 3 till denna lag skall den upphandlande myndigheten ange om den samtycker till att kontraktet offentliggörs.

Vad som sägs i första stycket gäller inte i fråga om tilldelning av kontrakt som görs med stöd av ramavtal som ingåtts i enlighet med denna lag.

### *Kommentar*

Paragrafen motsvarar artikel 35. 4 första, andra och fjärde styckena i direktivet och 1 kap. 11 § första stycket LOU. Paragrafen har med redaktionella ändringar utformats i enlighet med bestämmelserna i direktivet.

### 8 §

Sådan information om tilldelning av kontrakt eller ingående av ramavtal som skulle hindra tillämpning av lag eller stå i strid mot allmänintresset eller skada offentliga eller privata leverantörers berättigade kommersiella intressen eller motverka en sund konkurrens dem emellan behöver inte offentliggöras.

### *Kommentar*

Paragrafen motsvarar artikel 35.4 femte stycket i direktivet och 1 kap. 11 § första stycket andra meningen LOU. Paragrafen har med redaktionella ändringar utformats i enlighet med bestämmelserna i direktivet.

## Utformning och offentliggörande av annonser om upphandling

### 9 §

Regeringen eller den myndighet regeringen bestämmer meddelar föreskrifter om innehållet i och utformningen av annonser om upphandling samt om sättet för överföring till Europeiska gemenskapernas kommission av sådana annonser.

#### *Kommentar*

I artikel 36.1 och 36.2 i direktivet finns bestämmelser om vad annonser skall innehålla, i vilket format de skall vara utformade och hur de skall överföras till kommissionen för offentliggörande. I bestämmelserna hänvisas till bilaga VII A och till olika punkter i bilaga VIII till direktivet. Det är enligt utredningens uppfattning lämpligt att detaljföreskrifter i enlighet med vad direktivet kräver meddelas av regeringen eller den myndighet som regeringen bestämmer.

LOU innehåller ingen motsvarande bestämmelse. Däremot finns i förordningen (1998:77) om annonser vid offentlig upphandling omfattande bestämmelser om vad olika annonser om upphandling skall innehålla. På samma sätt kan nya föreskrifter om bl.a. standardformulär och format vid elektronisk överföring av annonser regleras.

### 10 §

En upphandlande myndighet får välja på vilket av Europeiska gemenskapernas officiella språk en annons skall offentliggöras. Endast den text som offentliggörs i denna ursprungliga språkversion skall gälla.

#### *Kommentar*

Paragrafen motsvarar artikel 36 4 i direktivet och 1 kap. 9 § LOU. Den har med redaktionella ändringar utformats i överensstämmelse med bestämmelsen i direktivet.

### 11 §

En upphandlande myndighet får inte offentliggöra en annons eller dess innehåll innan den skickas till Europeiska gemenskapernas kommission.

En annons som offentliggörs av en upphandlande myndighet får inte innehålla någon annan information än den som skickas till kommissionen eller offentliggörs på den upphandlande myndighetens upphandlarprofil.

*Kommentar*

Paragrafen motsvarar artikel 36.5 första och andra styckena i direktivet. Paragrafen har utformats i överensstämmelse med bestämmelserna i direktivet.

**12 §**

En förhandsannons får inte offentliggöras på en upphandlarprofil innan ett meddelande har skickats till Europeiska gemenskapernas kommission som anger att offentliggörandet sker i denna form.

*Kommentar*

Paragrafen motsvarar artikel 36.5 tredje stycket i direktivet. Paragrafen har med redaktionella ändringar utformats i överensstämmelse med bestämmelsen i direktivet.

**13 §**

En annons eller förhandsannons som offentliggörs av en upphandlande myndighet skall innehålla uppgift om vilken dag meddelandet skickats till Europeiska gemenskapernas kommission eller offentliggjorts på upphandlarprofilen.

*Kommentar*

Bestämmelser motsvarande de i paragrafen finns i artikel 36.5 andra och tredje styckena.

Enligt artikel 36.6 i direktivet får meddelanden som inte skickas med hjälp av elektroniska medel i det format och enligt de förfaranden som anges i punkt 3 i bilaga VIII till direktivet innehålla högst ca 650 ord. Vad som gäller i detta avseende är avsett att framgå av föreskrifter som meddelas med stöd av 9 § och har därför inte tagits in i lagen.

Paragrafen har i övrigt med redaktionella ändringar utformats i överensstämmelse med bestämmelserna i direktivet.

**14 §**

En upphandlande myndighet skall kunna visa vilken dag ett meddelande har skickats till Europeiska gemenskapernas kommission.

*Kommentar*

Paragrafen motsvarar artikel 36.7 i direktivet och har sin motsvarighet i 1 kap. 8 § andra stycket LOU. Paragrafen har med redaktionella ändringar utformats i överensstämmelse med bestämmelsen i direktivet.

**Icke-obligatorisk annonsering****15 §**

En upphandlande myndighet får, även om någon skyldighet till det inte finns enligt denna lag, offentliggöra annonser och förhandsannonser i enlighet med vad som föreskrivs i 9–14 §§.

*Kommentar*

Paragrafen motsvarar artikel 37 i direktivet men saknar motsvarighet i LOU.

Artikel 37 får uppfattas så att det frivilliga offentliggörandet skall ske på det sätt och i de former som enligt 9–14 §§ gäller för annonser som obligatoriskt skall offentliggöras. Vidare torde artikeln innebära att de skyldigheter som kommissionen har beträffande dessa senare annonser gäller också då det är fråga om ett frivilligt offentliggörande.

## 14 Tidsfrister för mottagande av anbudsansökningar och anbud

Bestämmelser om tidsfrister för mottagande av anbudsansökan och anbud finns i artikel 38. I artikel 39 finns bestämmelser om tidsfrister vad avser förfrågningsunderlag, kompletterande handlingar och upplysningar. Dessa bestämmelser behandlas i betänkandekapitel 12.

Tidsfristerna anges som ett minsta antal dagar som skall stå till förfogande för anbud och anbudsansökningar. Tidsfristerna kan förkortas, särskilt då kommunikationen sker med hjälp av elektroniska medel, och skall i vissa fall förlängas.

Bestämmelserna har tagits in i 10 kap. i lagen.

### Föreslagna bestämmelser med kommentarer

#### Inledande bestämmelse

##### 1 §

**Tidsfrister för mottagande av anbudsansökningar och anbud skall, med beaktande av 2–8 §§, bestämmas till den tid som upphandlingens art och omfattning motiverar.**

#### *Kommentar*

Paragrafen motsvarar artikel 38.1 i direktivet. Den är med redaktionella ändringar utformad i enligt med bestämmelsen i direktivet.

Paragrafen saknar motsvarighet i LOU.

## Tidsfrist vid öppet upphandlingsförfarande

### 2 §

Vid öppet upphandlingsförfarande skall tidsfristen för mottagande av anbud vara minst 52 dagar från den dag då annonsen om upphandling skickades för offentliggörande, om inte annat följer av 3 eller 5–7 §§.

### *Kommentar*

Paragrafen motsvarar artikel 38.2 i direktivet och 2 kap. 13 § första stycket, 3 kap. 18 § första stycket och 5 kap. 20 § LOU. Den har med redaktionella ändringar utformats i enlighet med bestämmelsen i direktivet.

Enligt den svenska språkversionen av artikeln skall tidsfristen räknas ”från och med den dag” då annonsen skickades. I de danska, engelska och tyska språkversionerna anges ”52 dage regnet fra datoen for udbudsafsendelsen”, ”from the date on which the contract notice was sent” respektive ”gerechnet ab dem Tag der Absendung”.

I artikel 3.1 andra stycket i rådets förordning EG 1182/71 av den 3 juni 1971 anges följande beträffande beräkningen av tidsfrister:

Where a period expressed in days, weeks, months or years is to be calculated from the moment at which an event occurs or an action takes place, the day during which that event occurs or that action takes place shall not be considered as falling within the period in question.

I enlighet med denna föreskrift skall beräkningen av tidsfristen inte innefatta avsändningsdagen. Genom att ange att tidsfristen räknas *från* en viss dag uppnås överensstämmelse med förordningens föreskrift. Paragrafen har utformats i enlighet med vad som nu sagts.

Enligt 2 § första stycket lagen (1930:173) om beräkning av lagstadgad tid får, om den tid då enligt lag eller särskild författning en åtgärd senast skall vidtas infaller på en söndag, annan allmän helgdag, lördag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton, åtgärden vidtas nästa vardag. Detta gäller även om åtgärden består t.ex. i att lämna ett anbud. En motsvarande bestämmelse finns i artikel 3.4 i den nämnda förordningen.

I förtydligande syfte har i förhållande till bestämmelsen i direktivet lagts till att tiden skall räknas från den dag då annonsen om upphandling skickades ”för offentliggörande”.

### Tidsfrist efter förhandsannonsering

#### 3 §

Om den upphandlande myndigheten har förhandsannonserat enligt 9 kap. 2–6 §§, skall tidsfristen för mottagande av anbud vid öppet eller selektivt upphandlingsförfarande i regel vara 36 dagar men inte i något fall kortare än 22 dagar från den dag då meddelandet skickades för offentliggörande.

Tidsfristen skall vid öppet förfarande löpa från den dag då meddelandet om upphandling skickades och vid selektivt förfarande från den dag då inbjudan att lämna anbud skickades.

Den tidsfrist som anges i första stycket får användas endast om

1. förhandsannonseringen innehöll de uppgifter som anges i föreskrifter som meddelats med stöd av 9 kap. 9 §, i den mån uppgifterna var tillgängliga vid tidpunkten för förhandsannonseringen, och

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

#### *Kommentar*

Paragrafen motsvarar artikel 38.4 i direktivet och 2 kap. 13 § andra stycket, 3 kap. 18 § andra stycket 5 kap. 20 § andra stycket LOU. Den har med redaktionella ändringar utformats i enlighet med bestämmelsen i direktivet.

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

#### 4 §

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

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

*Kommentar*

Paragrafen motsvarar artikel 38.3 i direktivet och 2 kap. 14 § första stycket, 3 kap. 19 § första stycket och 5 kap. 21 § första stycket LOU. Den har med redaktionella ändringar utformats i enlighet med bestämmelsen i direktivet.

**Förkortade tidsfrister vid användning av elektroniska medel****5 §**

Om en annons utarbetas och skickas med elektroniska medel i enlighet med vad som gäller vid användande av sådan teknik, får tidsfristerna enligt 2 eller 3 § för mottagande av anbud vid öppet förfarande och tidsfristen enligt 4 § för mottagande av anbudsansökningar vid selektivt eller förhandlat förfarande med föregående annonsering förkortas med sju dagar.

*Kommentar*

Paragrafen motsvarar artikel 38.5 i direktivet men saknar motsvarighet i LOU. Den har med redaktionella ändringar utformats i enlighet med bestämmelsen i direktivet.

**6 §**

Tidsfristerna för mottagande av anbud vid öppet och selektivt förfarande får, utöver vad som följer av 5 §, förkortas med fem dagar, om den upphandlande myndigheten med elektroniska medel i enlighet med vad som gäller vid användande av sådan teknik, ger fri, direkt och fullständig tillgång till förfrågningsunderlaget och alla kompletterande handlingar från den dag då annonsen om upphandlingen offentliggjordes. Den Internetadress där denna dokumentation finns tillgänglig skall anges i meddelandet.

*Kommentar*

Paragrafen motsvarar artikel 38.6 i direktivet men saknar motsvarighet i LOU. Den har med redaktionella ändringar utformats i enlighet med bestämmelsen i direktivet.

## Förlängning av tidsfrister

### 7 §

Tillhandahålls inte förfrågningsunderlaget och kompletterande handlingar och upplysningar, trots att detta begärts i god tid, inom de tidsfrister som anges i 8 kap. 16 och 19 §§ skall fristerna för mottagande av anbud förlängas så att alla leverantörer skall kunna få kännedom om all den information som behövs för att utarbeta ett anbud.

Vad som sägs i första stycket gäller även om anbud inte kan lämnas annat än efter ett besök på plats eller efter en granskning på plats av underlaget till förfrågningsunderlaget,

### *Kommentar*

Paragrafen motsvarar artikel 38.7 i direktivet men saknar motsvarighet i LOU. I enlighet med den engelska språkversionen av direktivet har uttrycket ”i god tid” använts i stället för det i den svenska språkversionen använda uttrycket ”i tid”. Paragrafen har i övrigt med redaktionella ändringar utformats i enlighet med bestämmelsen i direktivet.

## Förkortade tidsfrister på grund av tidsbrist

### 8 §

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 2–7 §§ får en upphandlande myndighet fastställa att fristen för mottagande av anbudsansökningar, räknat från den dag då annonsen om upphandling skickades, skall vara minst 15 dagar eller, om annonsen skickades med elektroniska medel i enlighet med vad som gäller vid användande av sådan teknik, minst 10 dagar .

Under den förutsättning som anges i första stycket får en upphandlande myndighet fastställa att fristen för mottagande av anbud vid selektivt förfarande skall vara minst 10 dagar från den dag då inbjudan att lämna anbud skickades.

*Kommentar*

Paragrafen motsvarar artikel 38.8 i direktivet men saknar motsvarighet i LOU. Den har med redaktionella ändringar utformats i enlighet med bestämmelsen i direktivet.

## 15 Kommunikation, information och dokumentation

En upphandlande myndighet är enligt artikel 41 i direktivet skyldig att lämna information till anbudssökande eller anbudsgivare om de beslut som fattats i ett upphandlingsärende. Sättet för att lämna denna information liksom kommunikationen i övrigt mellan deltagarna i ett upphandlingsförfarande regleras i artikel 42. Bestämmelser motsvarande dessa artiklar har tagits in i 11 kap. i lagen.

### Föreslagna bestämmelser med kommentarer

#### Regler för kommunikation

##### 1 §

En upphandlande myndighet får bestämma om kommunikation och informationsutbyte i förfaranden enligt denna lag för tilldelning av kontrakt som avser byggtreprenader, varor eller tjänster skall ske per post, per telefax eller med elektroniska medel. En ansökan om att få lämna anbud får även göras muntligen.

De valda kommunikationsmedlen skall vara allmänt tillgängliga.

Myndigheten skall i en annons eller i förfrågningsunderlaget ange hur anbud och ansökningar om att få lämna anbud får lämnas.

#### *Kommentar*

Paragrafen motsvarar artikel 42.1 och 42.2 i direktivet och 1 kap. 19 § LOU.

Enligt direktivet ges upphandlande myndigheter rätt att välja på vilket sätt kommunikation och informationsutbyte skall ske. De

sätt som anges är per post, fax, elektroniska medel, telefon eller en kombination av dessa medel.

Det möjligen inte helt ovanliga fallet att t.ex. anbud lämnas personligen eller med bud till den upphandlande myndigheten täcks inte uttryckligen av uttrycket per post. Uttrycket ställs i direktivet i motsats till telefax och elektroniska medel. Det kan därför enligt utredningens mening antas att uttrycket är avsett att beteckna överbringande på något sätt av t.ex. anbud i pappersform. Det bör därför kunna ges denna vidare innebörd och alltså omfatta såväl postförsändelser i vanlig mening som andra sätt att överbringa handlingar i pappersform. I övrigt bör i enlighet med direktivet myndigheten kunna välja andra kommunikationssätt. Även utan en uttrycklig bestämmelse om det kommer det att vara möjligt för en upphandlande myndighet att tillåta en kombination av olika kommunikationssätt.

Muntliga ansökningar om att få lämna anbud bör kunna göras även på annat sätt än per telefon.

Varken i direktivet eller dess bilagor tycks finnas någon skyldighet för en upphandlande myndighet att upplysa om vilket eller vilka kommunikationssätt som skall komma till användning. I enlighet med vad som anges i 1 kap. 19 § tredje stycket LOU bör en sådan skyldighet föreskrivas.

## 2 §

**De verktyg som skall användas för kommunikation med elektroniska medel, liksom deras tekniska krav, skall vara icke-diskriminerande, allmänt tillgängliga och möjliga att använda tillsammans med informations- och kommunikationsprodukter som i allmänhet används.**

### *Kommentar*

Paragrafen motsvarar artikel 42.4 i direktivet. LOU innehåller ingen motsvarande bestämmelse. I stället för att som i direktivet ange att verktygen skall vara kompatibla med produkter som i allmänhet används har valts att formulera kravet så att verktygen skall vara möjliga att använda tillsammans med produkter som i allmänhet används.

Paragrafen har i övrigt utformats i enlighet med bestämmelsen i direktivet.

**3 §**

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

En upphandlande myndighet får kräva att elektroniska anbud skall vara försedda med en avancerad elektronisk signatur i enlighet med vad som föreskrivs i lagen (2000:832) om kvalificerade elektroniska signaturer.

Regeringen eller den myndighet som regeringen bestämmer får meddela föreskrifter om de krav som skall vara uppfyllda beträffande anordningar som används för elektronisk mottagning av anbud och anbudsansökningar.

*Kommentar*

Paragrafen motsvarar artikel 42.5 i direktivet. LOU innehåller inga motsvarande bestämmelser. Paragrafen har utformats i enlighet med bestämmelserna i direktivet.

Enligt tillgängliga uppgifter finns det för närvarande inte praktiska möjligheter att i Sverige på ett kvalificerat sätt förse elektroniska anbud med en avancerad elektronisk signatur. Någon anledning att kräva detta finns därför inte. Däremot kan en möjlighet öppnas för en upphandlande myndighet att kräva det, när möjligheten har uppkommit.

**Skyldighet att lämna in intyg m.m.****4 §**

Vid elektronisk inlämning av anbud och ansökningar om att få lämna anbud är anbudsgivare och anbudssökande skyldiga att före utgången av den fastställda tidsfristen för anbudsgivningen eller anbudsansökningarna lämna in sådana handlingar, intyg och försäkringar som avses i 12 kap. 3 §, 13 kap. 3, 4, 6, 7, 9, 10, 12 och 13 §§ och som inte finns tillgängliga i elektronisk form.

*Kommentar*

Paragrafen motsvarar artikel 42.5 d i direktivet. LOU innehåller inga motsvarande bestämmelser. Paragrafen har med redaktionella ändringar utformats i enlighet med bestämmelsen i direktivet.

De handlingar och intyg som avses i de i artikel 42.5 d nämnda artiklarna tycks vara

- utdrag ur kriminalregister (artikel 45.3 första stycket a),
- intyg om fullgjorda skyldigheter i fråga om socialförsäkringsavgifter och skatter (artikel 45.3 första stycket b),
- intyg om behörighet att utöva yrkesverksamhet (artikel 46),
- bevis om ekonomisk och finansiell kapacitet (artikel 47.1 och 47.5),
- bevis om teknisk förmåga och/eller yrkeskunnande (artikel 48.2–48.5),
- intyg om kvalitetssäkringsstandarder (artikel 49),
- intyg om miljöledningsstandarder (artikel 50), och
- bevis om registrering eller certifiering (artikel 52.2).

**Bekräftelse av anbud och ansökan om att få lämna anbud****5 §**

En upphandlande myndighet får om det behövs begära att ett anbud eller en ansökan om att få lämna anbud som gjorts på annat sätt än per post bekräftas före utgången av tidsfristen för anbudet eller ansökningen genom en egenhändigt undertecknad handling eller på annat sätt som myndigheten bestämmer. Har en ansökan om att få lämna anbud gjorts muntligen skall en bekräftelse, på det sätt som den upphandlande myndigheten bestämmer, skickas före utgången av ansökningstiden.

*Kommentar*

Paragrafen motsvarar artikel 42.6 b och c i direktivet och 1 kap. 19 § tredje stycket LOU.

I direktivet finns, som redan nämnts, en generell bestämmelse om hur kommunikation och informationsutbyte skall gå till i artikel 42.1. Den motsvaras av 1 § i det nu behandlade kapitlet i lagen. Bestämmelsen i direktivet medger att den upphandlande myndigheten får bestämma om kommunikationen och

informationsutbytet skall ske per post, fax, elektroniska medel eller i vissa fall telefon. Det kan anmärkas att denna bestämmelse synes avvika från vad som föreskrivs i artikel 40.1, där det anges att anbudssökande skall inbjudas skriftligen att lämna anbud eller att förhandla.

I artikel 42.6 anges att anbudsansökningar får göras skriftligen eller per telefon. Görs den per telefon skall en skriftlig bekräftelse lämnas. Vidare framgår av artikel 42.6 c att en upphandlande myndighet får kräva att en anbudsansökan som görs per fax skall bekräftas per post eller elektroniska medel.

Av det sagda framgår att en upphandlande myndighet enligt direktivets regler kan medge att anbud lämnas per telefax men någon föreskrift finns inte om att en bekräftelse kan begäras. En sådan bestämmelse finns endast när det gäller anbudsansökningar.

Enligt utredningens uppfattning bör även ett anbud som lämnas per telefax bekräftas.

## Bevarande av sekretess

### 6 §

**Kommunikationen, informationsutbytet och lagringen av uppgifterna skall ske på ett sådant sätt att alla uppgifter bevaras säkert, att den sekretess som gäller för anbudena och anbudsansökningarna iakttas och att den upphandlande myndigheten inte tar del av innehållet i anbudena och anbudsansökningarna förrän tidsfristen för att lämna anbud respektive anbudsansökan har gått ut.**

### *Kommentar*

Paragrafen motsvarar artikel 42.3 i direktivet. LOU innehåller ingen motsvarande bestämmelse.

Enligt den svenska språkversionen skall "alla uppgifter - - - bevaras". I den engelska språkversionen används uttrycket "the integrity of data - - - are preserved". Det engelska uttrycket förefaller stå i bättre överensstämmelse med vad som kan antas vara tanken bakom bestämmelsen, nämligen att uppgifterna inte skall kunna påverkas. Denna tanke föreslås komma till uttryck genom att bevarandet skall vara "säkert".

Bestämmelsen om att en upphandlande myndighet inte skall ta del av anbuden eller ansökningarna om att få lämna anbud förrän tidsfristen för att lämna anbud har löpt ut är felaktig. Det är uppenbart att en upphandlande myndighet måste få ta del av ansökningar om att få lämna anbud innan tiden för anbud har löpt ut, eftersom ansökningarna ju syftar till att ge rätt för ekonomiska aktörer att lämna anbud. I den engelska språkversionen talas om att "the contracting entities examine the content of tenders and requests to participate only after the time limit set for submitting them has expired".

Paragrafen har med den av felöversättningen motiverade ändringen utformats i enlighet med bestämmelsen i direktivet.

## Öppnande av anbud

### 7 §

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

Vid förhandlat upphandlingsförfarande får försändelserna öppnas och anbuden förtecknas utan en sådan förrättning som avses i första stycket. Anbuden skall öppnas samtidigt.

### *Kommentar*

Paragrafen överensstämmer med 1 kap. 20 § LOU med den skillnaden att försändelserna alltid skall öppnas samtidigt. Det finns enligt utredningens mening ingen anledning att tillåta successivt öppnande, vilket enligt LOU är möjligt, om det finns synnerliga skäl. Paragrafen saknar motsvarighet i direktivet.

## Rättelser av fel, förtydligande och komplettering

### 8 §

En upphandlande myndighet får medge att en anbudsgivare eller anbudssökande rättar en uppenbar felskrivning eller felräkning eller något annat uppenbart fel i anbudet eller ansökningen att få lämna anbud.

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

Myndigheten får begära att en leverantör förtydligar eller kompletterar intyg, skriftliga bevis och andra handlingar som getts in och som avses i 12 kap. och 13 kap. 3 §.

### *Kommentar*

Paragrafen överensstämmer med 1 kap. 21 § LOU. Den saknar motsvarighet i direktivet.

## Underrättelse om beslut

### 9 §

En upphandlande myndighet skall, om inte annat följer av 10 § snarast möjligt skriftligen underrätta anbudssökandena och anbudsgivarna om de beslut som fattats i fråga om slutandet av ett ramavtal eller tilldelningen av ett kontrakt och om skälen för besluten.

### *Kommentar*

Paragrafen motsvarar artikel 41.1 i direktivet och 1 kap. 28 § första stycket och 29 § LOU. Enligt vad utredningen erfarit lämnas underrättelser som avses i paragrafen regelmässigt i skriftlig form. En generell bestämmelse om att så skall ske har tagits in i paragrafen. Av artikel 41.1 synes framgå att skälen för ett beslut anges endast om beslutet innebär att ett ramavtal inte sluts, att kontrakt inte tilldelas efter det att en inbjudan att lämna anbud utgått eller att förfarandet skall börjas om.

Formuleringen ”det beslut som fattats i fråga om” är avsedd att täcka såväl de fall då ett ramavtal slutits eller ett kontrakt tilldelats som de fall som nämns i artikeln.

Skälen för besluten skall alltid anges.

Paragrafen har i övrigt med redaktionella ändringar utformats i enlighet med bestämmelserna i direktivet.

### Beslut att inte lämna ut information

#### 10 §

En upphandlande myndighet får besluta att inte lämna ut sådan information som anges i 9 § och som rör kontraktstilldelning eller ett träffat ramavtal, om ett utlämnande skulle kunna hindra tillämpning av lagen, strida mot allmänintresset, skada berättigade kommersiella intressen för den som tilldelats kontraktet eller för andra leverantörer eller motverka en sund konkurrens mellan dessa aktörer.

#### *Kommentar*

Paragrafen motsvarar artikel 41.3 i direktivet stycket men saknar motsvarighet i LOU. Den har med redaktionella ändringar utformats i överensstämmelse med bestämmelsen i direktivet.

### Underrättelse på begäran

#### 11 §

En upphandlande myndighet skall på begäran snarast möjligt underrätta

1. varje anbudssökande vars ansökan avslagits om skälen till att ansökan inte godtagits,

2. varje anbudsgivare vars anbud förkastats om skälen till att anbudet inte godtagits, och

3. varje anbudsgivare som har lämnat ett godtagbart anbud om utformningen av och de relativa fördelarna med det valda anbudet samt namnet på den anbudsgivare som tilldelats kontraktet eller parterna i ramavtalet.

Upplysningar enligt första stycket skall lämnas snarast möjligt och senast inom 15 dagar från det att begäran kom in.

*Kommentar*

Paragrafen motsvarar artikel 41.2 i direktivet och 1 kap. 27 § LOU.

I artikel 41.2 första stycket andra strecksatsen anges exempel på omständigheter som lett till att ett anbud förkastats och som skall 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 23.4 och 23.5). Om den upphandlande myndigheten inte godtagit ett anbud på den grunden att förutsättningarna enligt artikel 23.4 eller 23.5 inte är uppfyllda är det enligt utredningens mening uppenbart att detta måste anges i den underrättelse som skall lämnas till anbudsgivaren. Något behov av att i paragrafen ange detta exempel finns därför inte.

Direktivet synes inte innehålla någon skyldighet, motsvarande den i 1 kap. 29 § andra meningen LOU, för en upphandlande myndighet att underrätta kommissionen i det fall myndigheten beslutat att inte sluta ett ramavtal eller tilldela ett kontrakt för vilket det har utgått inbjudan att lämna anbud eller att börja om förfarandet. I andra fall som anges i artikel 35.4 i direktivet föreskrivs en sådan skyldighet. I den föreslagna paragrafen har någon motsvarighet till den angivna bestämmelsen i LOU inte tagits in.

**Anbudsgivares bundenhet****12 §**

**En anbudsgivare är bunden av sitt anbud även om han fått upplysningar som avses i 9 eller 11 §.**

*Kommentar*

Paragrafen överensstämmer med 1 kap. 19 a § LOU men saknar motsvarighet i direktivet.

## Protokollens innehåll

### 13 §

En upphandlande myndighet skall för varje kontrakt och ramavtal upprätta ett protokoll och skall se till att genomförandet av en upphandling med hjälp av elektroniska medel dokumenteras.

Regeringen eller den myndighet som regeringen bestämmer meddelar föreskrifter om vad ett protokoll skall innehålla.

En upphandlande myndighet är skyldig att på kommissionens begäran tillstålla kommissionen protokollet eller huvuddragen i det.

### *Kommentar*

Paragrafen motsvarar artikel 43. Någon motsvarande bestämmelse finns inte i LOU.

De i direktivet intagna detaljerade föreskrifterna om vad ett protokoll skall innehålla bör beslutas av regeringen eller den myndighet som regeringen bestämmer.

Enligt 1 kap. 24 § LOU skall en upphandlande enhet på betryggande sätt förvara anbud och anbudsansökningar med tillhörande beskrivningar, modeller och ritningar, samt anbudsförteckningar, sammanställningar och liknande. Någon motsvarande bestämmelse finns inte i direktivet. När det gäller upphandlande myndigheter följer en sådan skyldighet av gällande arkiveringsbestämmelser. Utredningen har därför inte föreslagit att bestämmelsen förs in i den nya lagen. Det kan anmärkas att en sådan bestämmelse förs in i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorn, eftersom den lagen omfattar även andra upphandlande enheter än myndigheter.

## 16 Uteslutning av leverantörer

I detta kapitel behandlas krav som kan ställas på leverantörer och som, om de inte uppfylls, kan eller skall leda till att en upphandlande myndighet utesluter en leverantör från deltagande i myndighetens upphandling.

I direktivet finns de bestämmelser som behandlas i detta kapitel i artikel 45.

Bestämmelserna finns i kapitel 12 i lagen.

### Föreslagna bestämmelser med kommentarer

#### Omständigheter som skall medföra uteslutning av leverantörer

##### 1 §

En upphandlande myndighet skall utesluta en leverantör från deltagande i upphandlingsförfaranden, om myndigheten får kännedom om att leverantören enligt lagakraftvunnen dom har dömts för brott som innefattar

1. deltagande i en kriminell organisation enligt definitionen i artikel 2.1 i rådets gemensamma åtgärd 98/773/RIF,

2. bestickning enligt definitionen i artikel 3 i rådets akt av den 26 maj 1997 respektive artikel 3.1 i rådets gemensamma åtgärd 98/742/RIF,

3. bedrägeri i den mening som avses i artikel 1 i konventionen om skydd av Europeiska gemenskapernas finansiella intressen, eller

4. penninghäleri enligt 9 kap. 6 a § brottsbalken.

Om leverantören är en juridisk person skall denna uteslutas enligt första stycket om någon som direkt eller indirekt har ett bestämmande inflytande över leverantören dömts för brottet.

Myndigheten får begära att en leverantör visar att det inte finns någon grund för att utesluta honom med stöd av första stycket.

Om det finns synnerliga skäl får en upphandlande myndighet avstå från att utesluta en leverantör enligt första stycket.

#### *Kommentar*

Motsvarande bestämmelser finns i artikel 45.1 i direktivet men saknar motsvarighet i äldre direktiv och i LOU.

På det sätt bestämmelsen är utformad omfattar den brott för vilket en leverantör har dömts. I det fall denne är en juridisk person kan bestämmelsen enligt sin ordalydelse inte tillämpas. Det förefaller osannolikt att den är avsedd att omfatta endast leverantörer som är fysiska personer. Av artikel 45.1 tredje stycket framgår att en upphandlande myndighet får begära in vissa handlingar från anbudssökande eller anbudsgivare och också begära information från myndigheter. Om det är fråga om en anbudssökande eller anbudsgivare som är etablerad i ett annat land får den upphandlande myndigheten begära samarbete med behöriga myndigheter där. En sådan anmodan gäller, i enlighet med den nationella lagstiftningen i det andra landet, ”juridiska och/eller fysiska personer inklusive, vid behov, företagschefer eller varje annan person som är behörig att företräda, fatta beslut om eller kontrollera anbudssökanden eller anbudsgivare”. Med stöd av artikel 45.1 andra stycket, som innebär att medlemsstaterna i enlighet med nationell rätt och med hänsyn till gemenskapsrätten skall fastställa villkoren för tillämpningen av artikel 45.1, anser utredningen att det bör föreskrivas att möjligheten till uteslutning på denna grund skall i de fall leverantören är en juridisk person, omfatta även den som har ett bestämmande inflytande över leverantören och alltså är behörig att företräda, fatta beslut om eller kontrollera leverantören. Vad som nu sagts bör gälla om det bestämmande inflytandet kan utövas direkt eller indirekt, t.ex. genom ett moderbolag. Bestämningen är avsedd att motsvara den krets av personer som enligt 4 § lagen (1986:436) om näringsförbud kan åläggas näringsförbud då en verksamhet bedrivits av en juridisk person.

I artikel 45.1 första stycket anges de brottsliga gärningarna genom hänvisningar till definitioner i olika gemenskapsrättsakter. Deltagande i en kriminell organisation är inte i sig kriminaliserat i

Sverige. Övriga i direktivet uppräknade brottsrubriceringar förekommer i brottsbalken, bestickning i 17 kap. 7 § brottsbalken, bedrägeri i 9 kap. 1 § brottsbalken och penninghäleri i 9 kap. 6 a § brottsbalken.

Som framgår av artikeln omfattar den endast gärningar sådana de definieras i gemenskapsrättsakterna.

Deltagande i en *kriminell organisation* definieras i aktuell radsakt enligt följande: ”I denna gemensamma åtgärd avses med kriminell organisation en strukturerad sammanslutning, inrättad för en begränsad tid av mer än två personer som handlar i samförstånd för att begå brott som bestraffas med frihetberövande eller en frihetsberövande säkerhetsåtgärd på upp till minst fyra år eller ett strängare straff oavsett om brotten är ett mål i sig själv eller ett medel att erhålla materiella fördelar och i förekommande fall ett sätt att otillbörligt påverka offentliga myndigheters verksamhet.”

*Bestickning* definieras i rådets gemensamma åtgärd 98/742 enligt följande: ”Bestickning inom den privata sektorn är en avsiktlig handling av var och en som direkt eller genom en mellanhand lovar, erbjuder eller ger en otillbörlig förmån, oavsett art, till en person för dennes eller för tredje mans räkning, som ett led i den personens affärsverksamhet, för att denne person i strid med sina skyldigheter skall utföra eller underlåta att utföra en handling.”

I rådets akt av den 26 maj 1997 definieras bestickning enligt följande. ”I denna konvention avses med bestickning varje avsiktlig handling som utförs av en person för att direkt eller genom tredje man utlova eller bevilja en förmån, oavsett art, till en tjänsteman, för egen räkning eller för tredje mans räkning, för att denne på ett sätt som strider mot hans officiella förpliktelser skall utföra eller underlåta att utföra en handling i tjänsten eller vid utövandet av tjänsten”.

I konventionen om skydd av europeiska gemenskapernas finansiella intressen förstås med *bedrägeri* ”sådant bedrägeri som riktar sig mot Europeiska gemenskapernas finansiella intressen

a) i fråga om utgifter, varje uppsåtlig handling eller uppsåtlig underlåtenhet som är att hänföra till

– användning eller presentation av falska, felaktiga eller ofullständiga uppgifter eller dokument, om detta leder till att medel från Europeiska gemenskapernas allmänna budget eller från de budgetar som förvaltas av Europeiska gemenskaperna eller för deras räkning otillbörligen uppbärs eller innehålls,

- undanhållande av information som skall lämnas i enlighet med särskilda föreskrifter, om gärningen har samma effekt,
- användning av sådana medel för andra syften än dem som medlen ursprungligen har beviljats för,
- b) i fråga om inkomster, varje uppsåtlig handling eller uppsåtlig underlåtenhet som är att hänföra till
  - användning eller presentation av falska, felaktiga eller ofullständiga uppgifter eller dokument, om detta leder till att medel från Europeiska gemenskapernas allmänna budget eller från de budgetar som förvaltas av Europeiska gemenskaperna eller för deras räkning minskas på ett olagligt sätt,
  - undanhållande av information som skall lämnas i enlighet med särskilda föreskrifter, om gärningen har samma effekt,
  - missbruk av en förmån som lagligen erhållits, om gärningen har samma effekt.”

I direktivet anges som en punkt i artikel 45.1 ”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. Enligt definitionen är penningtvätt uppsåtligt förfarande enligt följande:

”Omvandling eller överföring av egendom i vetskap om att egendomen härrör från brott eller från medverkan till brott och i syfte att hemlighålla eller dölja egendomens olagliga ursprung eller för att hjälpa någon som är delaktig i sådan verksamhet att undandra sig de rättsliga följderna av sitt handlande .

Hemlighållande eller döljande av en viss egendoms belägenhet, av förfogandet över den, av dess förflyttning, av de rättigheter som är knutna till den, i vetskap om att egendomen härrör från brott eller från medverkan till brott.

Förvärv, innehav eller brukande av egendom i vetskap om, vid tiden för mottagandet, att egendomen härrörde från brott eller från medverkan till brott.

Medverkan till överenskommelse att utföra, försök och medhjälp till anstiftan och underlättande av samt rådgivning för utförande till någon av de gärningar som anges i föregående strecksatser”.

Beskrivningen av den brottsliga gärningen i rådsdirektivet motsvarar vad som i 9 kap. 6 a § brottsbalken kallas penninghäleri. Den brottsliga gärningen har därför angetts genom en hänvisning till bestämmelsen i brottsbalken.

Som framgår av 3 § kan en leverantör visa att det inte finns anledning att utesluta honom genom att ge in lämpliga intyg. När

det gäller brottslighet får antas att ett lämpligt intyg är utdrag ur det register som förs enligt lagen (1998:620) om belastningsregister. Det får vidare antas att det, för att ett sådant utdrag skall tjäna sitt syfte i ett upphandlingsärende, måste kunna enkelt konstateras om en leverantör dömts för något av de brott som anges i direktivet. Så kommer inte att vara fallet när det gäller deltagande i en kriminell organisation.

Deltagande i en kriminell organisation är brottsligt i flera europeiska länder däribland Tyskland, Österrike och Nederländerna (se SOU 2000:88 s.149 f.). Kommittén om straffansvar för organiserad brottslighet m.m. utredde om det i Sverige skulle införas straffansvar för deltagande i organisationer som ägnar sig åt brott. Kommittén gjorde dock bedömningen att en sådan kriminalisering inte skall införas i svensk rätt. Med hänsyn till att kriminalisering av organiserad brottslighet förekommer i andra europeiska länder anser utredningen att det ändå finns anledning att ta in direktivets bestämmelser i den nya lagen.

Oavsett vad som gäller i Sverige skall uteslutningsgrunderna tillämpas på varje leverantör, oavsett dennes hemland.

Det torde inte heller av kriminalregistret framgå om ett bedrägeri har riktat sig mot de Europeiska gemenskapernas finansiella intressen.

Enligt artikel 45.1 andra stycket skall medlemsstaterna i enlighet med nationell lagstiftning och i överensstämmelse med gemenskapslagstiftningen fastställa villkoren för tillämpningen av denna punkt och de får fastställa undantag från skyldigheten att utesluta leverantörer, motiverat av tvingande allmänna intressen.

Enligt utredningens mening finns det inte behov av att fastställa sådana villkor för tillämpningen. Det kan däremot finnas skäl att medge undantag från bestämmelsen om uteslutning på grund av brottslig verksamhet. Undantag bör medges mycket restriktivt, vilket bör uttryckas så att synnerliga skäl skall finnas. Sådana skäl kan vara att gärningen begicks för länge sedan. Det kan också tänkas fall där en anställd som begick brottet har ersatts av en annan person. I båda fallen måste kunna förutsättas att det inte finns risk för ny brottslighet. Vid bedömning av om synnerliga skäl föreligger bör även den brottsliga gärningens art och svårighetsgrad kunna beaktas. Ytterligare ett exempel på fall då det kan anses tillåtet att anlita en leverantör utan hinder av 1 § är då det i en akut situation är nödvändigt att vidta åtgärder och den dömde leverantörens medverkan krävs.

I artikel 45.1 fjärde stycket anges att den upphandlande myndigheten vid behov skall begära att anbudssökandena eller anbudsgivarna lämnar vissa handlingar som anges i artikel 45.3. Denna bestämmelse täcks av 3 § första stycket.

### Omständigheter som får medföra uteslutning av leverantörer

#### 2 §

En leverantör får uteslutas från deltagande i ett upphandlingsförfarande, om han

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 har dömts för brott avseende yrkesutövningen,

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

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

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

Om leverantören är en juridisk person får denna uteslutas enligt första stycket om någon som direkt eller indirekt har ett bestämmande inflytande över leverantören har dömts för brott som avses i första stycket 3 eller gjort sig skyldig till sådant fel som avses i första stycket 4.

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

#### *Kommentar*

Paragrafen motsvarar artikel 45.2 i direktivet och 1 kap. 17 § LOU. Den innebär att en upphandlande myndighet har möjlighet men inte skyldighet att utesluta en leverantör på de grunder som anges i paragrafen.

Av samma skäl som angetts i kommentaren till första paragrafen bör det föreskrivas att det skall vara möjligt att utesluta en leverantör som är en juridisk person, om någon som direkt eller indirekt har ett bestämmande inflytande över den juridiska personen har dömts för brott som avses i första stycket punkt 3 eller gjort sig skyldig till sådant fel som avses i första stycket 4.

Bestämmelsen i andra stycket i paragrafen har ingen motsvarighet i direktivet men är hämtad från 1 kap. 17 § andra stycket LOU. Även den bestämmelsen kan enligt utredningens uppfattning grundas på artikel 45.2 andra stycket. Det är också uppenbart att artikel 45.3, som anger vilka bevis på att uteslutningsgrunderna inte är tillämpliga som en upphandlande myndighet skall godta, förutsätter att sådana kan efterfrågas.

Uteslutningsgrunden tvångsförvaltning har tagits med i uppräkningsen i första stycket 1, även om användningsområdet torde vara mycket begränsat. Såvitt kunnat utrönas kan tvångsförvaltning förekomma av bostadsfastighet enligt bostadsförvaltningslagen (1977:792) och av elektriska anläggningar enligt lagen (2004:875) om särskild förvaltning av vissa elektriska anläggningar. Tvångsförvaltningen synes då avse en viss tillgång eller vissa tillgångar och inte leverantören som sådan, även om skillnaden är obetydlig i de fall det som tvångsförvaltas omfattar allt som ingår i leverantörens verksamhet.

När det gäller punkterna 3 och 4 framgår av beaktandesats 43 att brottet mot eller det allvarliga felet i yrkesutövningen kan vara överträdelse av miljölagstiftningen eller av lagstiftningen om otillåten samverkan vid offentlig upphandling.

Paragrafen har i övrigt med redaktionella ändringar utformats i överensstämmelse med bestämmelserna i direktivet.

## **Intyg och bevis angående leverantör**

### **3 §**

Den upphandlande myndigheten skall 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 § 1-3 och intyg från behörig myndighet när det gäller ett förhållande som avses i 2 § 5.

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 § 1–3 kan de ersättas av en utsaga som har avgetts på heder och samvete eller av en likvärdig åtgärd.

Om en leverantör är registrerad i en EES-stats officiella förteckning över godkända leverantörer får antas att leverantören uppfyller de krav som anges i 1 § eller i 2 § första stycket 1–5.

#### *Kommentar*

Paragrafens första och tredje stycken motsvarar artikel 45.3 i direktivet och 1 kap. 18 § LOU.

I artikel 45.3 andra stycket anges som exempel på bevis som kan ersätta utdrag ur register och intyg 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. I den föreslagna paragrafen har i stället, utan att någon saklig skillnad är avsedd, angetts att det skall vara fråga om en utsaga som avgetts på heder och samvete eller en annan likvärdig åtgärd.

Motsvarande bestämmelser finns i artikel 45.1. och i 1 kap. 18 § LOU. Bestämmelser med samma innebörd finns i direktiv 93/36/EEG (artikel 20.2 och 3), 93/37/EEG (artikel 24 tredje stycket) och 92/50/EEG (artikel 29 andra och tredje stycket).

Paragrafens tredje stycke grundas på artikel 52.3 och har en motsvarighet i 1 kap. 18 § LOU. Det har utformats med ledning av bestämmelsen i LOU. Denna är utformad så att leverantören ”skall anses” uppfylla vissa ställda krav medan i den föreslagna paragrafen används lokutionen ”får antas”, vilken närmare anknyter till direktivets uttryckssätt (att en registrering endast innebär en presumtion).

## Bemyndigande

### 4 §

Regeringen eller den myndighet som regeringen bestämmer meddelar föreskrifter om de bevis som avses i 3 §.

### *Kommentar*

Ett motsvarande bemyndigande finns i 7 kap. 15 § 3.

## 17 Kontroll av leverantörers lämplighet och förmåga att fullgöra kontrakt

I detta kapitel behandlas hur en upphandlande myndighet skall kontrollera att leverantörer uppfyller de krav som ställs på dem. I direktivet finns de bestämmelser som behandlas i detta kapitel i artiklarna 46-52.

Bestämmelserna finns i kapitel 13 i lagen.

### Föreslagna bestämmelser med kommentarer

#### Kontroll av leverantörers lämplighet

##### 1 §

Innan kontrakt tilldelas skall den upphandlande myndigheten kontrollera lämpligheten hos de leverantörer som inte har uteslutits enligt 12 kap. 1–2 §.

Kontroll skall ske i enlighet med de kriterier för ekonomisk och finansiell ställning samt yrkesmässig och teknisk kunskap eller kapacitet som anges i 4–15 §§ samt, i förekommande fall, de icke-diskriminerande regler och kriterier som avses i 5 kap. 11 §.

##### *Kommentar*

Paragrafen motsvarar artikel 44.1 i direktivet. Den har med redaktionella ändringar utformats i nära överensstämmelse med direktivet.

##### 2 §

En upphandlande myndighet får ställa upp krav på en lägsta nivå för anbudssökandes och anbudsgivares kapacitet, i enlighet med kraven i 3–13 §§. Omfattningen av den information som avses i 3–13 §§ samt de lägsta nivåerna för den kapacitet som

krävs för ett bestämt kontrakt skall ha samband med kontraktsföremålet och stå i proportion till detta.

De krav som ställs upp skall framgå av annonsen om upphandling.

#### *Kommentar*

Paragrafen motsvarar artikel 44.2 i direktivet. Den har utformats i nära överensstämmelse med direktivet.

### Krav på registrering

#### 3 §

Myndigheten får begära att en leverantör visar att han är registrerad i det land där han driver verksamhet enligt landets aktiebolags- eller handelsregister eller motsvarande register.

I stället för vad som anges i första stycket kan en leverantör avlägga en ed under försäkran eller uppvisa ett intyg enligt bilaga 5 till denna lag för offentliga byggkontrakt, bilaga 6 till denna lag för offentliga varukontrakt och bilaga 7 till denna lag för offentliga tjänstekontrakt.

I samband med förfaranden för tilldelning av offentliga tjänstekontrakt får den upphandlande myndigheten anmoda anbudssökande eller anbudsgivare att visa att de har ett särskilt tillstånd eller är medlemmar i en organisation i sitt hemland, om detta krävs för att tillhandahålla den aktuella tjänsten.

#### *Kommentar*

Paragrafen motsvarar artikel 46 i direktivet och 1 kap. 18 § LOU. Paragrafen har utformats i nära överensstämmelse med direktivet.

### Leverantörers ekonomiska och finansiella ställning

#### *Bevis på den ekonomiska och finansiella ställningen*

#### 4 §

Bevis på en leverantörs ekonomiska och finansiella ställning kan utgöras av

1. intyg från banker eller, i förekommande fall, bevis på relevant ansvarsförsäkring för verksamheten,
2. balansräkningar eller utdrag ur dem, om offentliggörande av balansräkningar krävs enligt lagstiftningen i det land där leverantören är etablerad eller,
3. uppgift om företagets samlade omsättning och, i förekommande fall, omsättningen för det verksamhetsområde som upphandlingen gäller för de tre senaste verksamhetsåren eller den kortare tid under vilken verksamheten bedrivits, om uppgifter om denna omsättning är tillgängliga.

#### *Kommentar*

Paragrafen motsvarar artikel 47.1 i direktivet men saknar motsvarighet i LOU. Den har med redaktionella ändringar utformats i överensstämmelse med bestämmelserna i direktivet.

#### **5 §**

Den upphandlande myndigheten skall i annonsen om upphandling eller i inbjudan att lämna anbud ange vilken eller vilka av de i 4 § nämnda referenserna som den har valt samt vilka andra referenser som skall företes.

#### *Kommentar*

Paragrafen motsvarar artikel 47.4 i direktivet men saknar motsvarighet i LOU. Den har utformats i överensstämmelse med bestämmelsen i direktivet.

#### **6 §**

Om en leverantör har ett godtagbart skäl för att inte förete de referenser som den upphandlande myndigheten begär, får han bevisa sin ekonomiska och finansiella ställning med varje annan handling som den upphandlande myndigheten finner lämplig.

#### *Kommentar*

Paragrafen motsvarar artikel 47.5 i direktivet men saknar motsvarighet i LOU. Den har utformats i överensstämmelse med bestämmelsen i direktivet.

*Tillgång till andra företags ekonomiska kapacitet***7 §**

En leverantör får vid behov och när det gäller ett bestämt kontrakt åberopa andra företags kapacitet, oberoende av den rättsliga arten av förbindelserna mellan leverantören och dessa företag. Leverantören skall genom att tillhandahålla ett åtagande från företagen i fråga eller på annat sätt visa att han kommer att förfoga över de nödvändiga resurserna vid fullgörandet av det aktuella kontraktet.

På samma villkor kan en grupp av leverantörer som avses i 2 kap. 9 § åberopa förmågan hos deltagarna i gruppen eller andra företag.

*Kommentar*

Paragrafen motsvarar artikel 47.2 och 47.3 i direktivet men saknar motsvarighet i LOU. Denna bestämmelse behandlar kapacitet vad avser ekonomisk och finansiell ställning. Motsvarande bestämmelse vad avser teknisk och yrkesmässig kapacitet finns i 10 §. Den har med redaktionella ändringar utformats i överensstämmelse med bestämmelserna i direktivet.

**Teknisk och yrkesmässig kapacitet****8 §**

En leverantörs tekniska och yrkesmässiga kapacitet skall bedömas och kontrolleras i enlighet med 9 och 10 §§.

*Kommentar*

Paragrafen motsvarar artikel 48.1 i direktivet men saknar motsvarighet i LOU. Den har utformats i överensstämmelse med bestämmelsen i direktivet.

*Bevis på teknisk kapacitet*

## 9 §

Den upphandlande myndigheten skall i annonsen om upphandling eller i inbjudan att lämna anbud ange på vilket eller vilka av de sätt som anges i andra stycket som en leverantör skall styrka sin tekniska kapacitet.

Den tekniska kapaciteten kan styrkas

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, varvid av intygen skall framgå värde, tidpunkt och plats för utförandet av byggentreprenaderna och huruvida de utfördes enligt gängse branschnormer och slutfördes på ett korrekt sätt, Om det är nödvändigt skall den behöriga myndigheten sända dessa intyg direkt till den upphandlande myndigheten,

2. genom en förteckning över de viktigaste varuleveranser eller tjänster som utförts under de tre senaste åren, varvid skall framgå värde och tidpunkt samt huruvida det varit fråga om privata eller offentliga mottagare; om mottagaren är en upphandlande myndighet skall lämnas intyg som utfärdats eller attesterats av denna myndighet och om mottagaren inte är en upphandlande myndighet skall lämnas intyg från köparen eller, om detta inte är möjligt, skall lämnas en försäkran från leverantören,

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 offentliga byggentreprenader, uppgift om den tekniska personal och de tekniska organ som entreprenören kan förfoga över för att genomföra entreprenaden,

4. genom en beskrivning av varuleverantörens eller tjänsteleverantörens tekniska utrustning och av de metoder som han använder för att säkra kvaliteten samt av företagets undersöknings- och forskningsresurser,

5. när det är fråga om komplexa varor eller tjänster eller i undantagsfall om varor eller tjänster avsedda för ett särskilt ändamål, genom en kontroll som skall utföras av den upphandlande myndigheten själv eller på dennas vägnar av ett behörigt organ i varuleverantörens eller tjänsteleverantörens etableringsland, förutsatt att detta organ ger sitt samtycke;

kontrollen skall avse en varuleverantörs tillverkningskapacitet eller en tjänsteleverantörs tekniska kapacitet och, om det behövs, dennes undersöknings- och forskningsresurser samt åtgärder för kvalitetskontroll,

6. genom uppgifter om tjänsteleverantörens eller entreprenörens utbildnings- och yrkeskvalifikationer och motsvarande uppgifter om ledande personer i företaget, särskilt om den eller dem som skall 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 vid fullgörandet av kontraktet, om det med hänsyn till vad kontraktet avser är påkallat med 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 vilka verktyg, maskiner och teknisk utrustning som tjänsteleverantören eller entreprenören förfogar över för att fullgöra kontraktet,

10. genom en upplysning om hur stor del av kontraktet som tjänsteleverantören kan komma att lägga ut på underleverantörer, eller

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

#### *Kommentar*

Paragrafen motsvarar artikel 48.2 men saknar motsvarighet i LOU.

I den svenska språkversionen är punkt 7 utformad så att uppgifter om miljöskyddsåtgärder skall avse sådana åtgärder som ”den ekonomiska aktören kan komma att tillämpa vid verkställandet av kontraktet”. Sådana uppgifter säger ingenting om vilka miljöskyddsåtgärder som faktiskt kommer att tillämpas. I de danska, engelska och tyska språkversionerna talas om åtgärder som den ekonomiska aktören ”kan anvende”, ”will be able to apply”

respektive "anwenden will". I den föreslagna paragrafen anges i punkt 7 att uppgifterna skall avse de åtgärder som leverantören kommer att använda vid fullgörandet av kontraktet.

Paragrafen har i övrigt med redaktionella ändringar utformats i överensstämmelse med bestämmelserna i direktivet.

I betänkankekapitel 12, vartill hänvisas, har utredningen mer utförligt behandlat vilka miljöhänsyn som kan tas vid ett upphandlingsförfarande.

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

##### **10 §**

En leverantör får vid behov och när det gäller ett bestämt kontrakt åberopa andra företags kapacitet, oberoende av den rättsliga arten av förbindelserna mellan leverantören och dessa företag. Leverantören skall genom att tillhandahålla ett åtagande från företagen i fråga eller på annat sätt visa att han kommer att förfoga över de nödvändiga resurserna vid fullgörandet av kontraktet.

På samma villkor kan en grupp av leverantörer som avses i 2 kap. 9 § åberopa förmågan hos deltagarna i gruppen eller andra företag.

#### *Kommentar*

Paragrafen motsvarar artikel 48.3 och artikel 48.4 i direktivet men saknar motsvarighet i LOU. Denna bestämmelse behandlar en leverantörs tillgång till andra företags tekniska kapacitet, jfr. även vad som sägs i kommentaren till 7 §. Den har med redaktionella ändringar utformats i överensstämmelse med bestämmelserna i direktivet.

#### *Leverantörens yrkeskunnsande*

##### **11 §**

När det gäller varukontrakt som innefattar monterings- eller installationsarbeten, tillhandahållande av tjänster eller utförande av byggentreprenad, får särskild vikt vid bedömningen av en leverantörs förmåga att fullgöra kontraktet fästas vid

leverantörens yrkeskunnande, effektivitet, erfarenhet och tillförlitlighet.

*Kommentar*

Paragrafen motsvarar artikel 48.5.

I den svenska språkversionen av artikeln talas om "varukontrakt som gäller leverans på plats eller installation". I de danska, engelska och tyska språkversionerna talas om leveranser "der kræver monterings- eller installationsarbejder", "requiring siting or installation work" respektive "für die Verlage- oder Anbringarbeiten erforderlich sind". Paragrafen har i denna del utformats i enlighet med dessa andra språkversioner.

I övrigt har paragrafen med redaktionella ändringar utformats i överensstämmelse med bestämmelsen i direktivet.

### Kvalitetssäkringsstandarder

#### 12 §

Om en upphandlande myndighet kräver uppvisande av intyg utfärdat av ett oberoende organ om att leverantören iakttar vissa kvalitetssäkringsstandarder, skall myndigheten hänvisa till kvalitetssäkringssystem som bygger på relevanta europeiska standarder på området och som är certifierade av organ som uppfyller europeiska standarder för certifiering.

Den skall godkänna likvärdiga intyg från sådana organ som är etablerade i andra EES-stater. Den skall även godta andra bevis på likvärdiga kvalitetssäkringsåtgärder som lämnas av leverantörer.

*Kommentar*

Paragrafen motsvarar artikel 49 i direktivet och 5 kap. 25 § LOU.

Enligt direktivet skall myndigheten hänvisa till "kvalitetssäkringssystem som bygger på relevanta europeiska standarder på området som är certifierade av organ vilka uppfyller europeiska standarder för certifiering". Språkligt syftar "som är certifierade" på relevanta europeiska standarder. Av de danska, engelska och tyska språkversionerna framgår att det är kvalitetssäkringssystemen som

skall vara certifierade. Bestämmelsen i första stycket i paragrafen har utformats på detta sätt.

I övrigt har paragrafen med redaktionella ändringar utformats i överensstämmelse med bestämmelserna i direktivet.

### Standarder för miljöledning

#### 13 §

Om en upphandlande myndighet i de fall som avses i 9 § 7 kräver att få se certifikat som upprättats av ett oberoende organ och som intygar att leverantören uppfyller vissa miljöledningsstandarder, skall 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.

Myndigheten skall godta likvärdiga certifikat från organ i andra medlemsstater. Den skall även godta andra bevis på likvärdiga miljöledningsåtgärder som läggs fram av leverantörerna.

#### *Kommentar*

Paragrafen motsvarar artikel 50 i direktivet.

Med gemenskapens miljölednings- och miljörevisionsordning (EMAS) avses Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 761/2001 av den 19 mars 2001 om frivilligt deltagande för organisationer i gemenskapens miljölednings- och miljöredovisningsordning (EMAS) (EGT L 114, 24.4.2001, s. 1).

Paragrafen har utformats i överensstämmelse med bestämmelserna i direktivet.

På samma sätt som har skett i kommentaren till 9 § hänvisar utredningen till vad som har skrivits om miljöhänsyn i betänkankekapitel 12.

## Kompletterande handlingar och upplysningar

### 14 §

Den upphandlande myndigheten får anmoda leverantörerna att komplettera eller förtydliga intyg och andra handlingar som avses i 12 kap. 3 §, och i 3, 4, 6, 7, 9, 10, 12 och 13 §§ i detta kapitel.

#### *Kommentar*

Paragrafen motsvarar artikel 51. Enligt den svenska språkversionen av direktivet kan en anmodan avse komplettering eller förtydligande av inlämnade certifikat och handlingar ”med tillämpning av artiklarna 45–50”. Det bör dock rimligtvis vara fråga om att komplettera eller förtydliga sådana handlingar som avses i dessa artiklar. Paragrafen har utformats på det sättet.

I övrigt har paragrafen med redaktionella ändringar utformats i överensstämmelse med bestämmelsen i direktivet.

## Officiella förteckningar

### 15 §

Om en leverantör är registrerad i en EES-stats officiella förteckning över godkända leverantörer eller innehar ett certifikat utfärdat av ett offentligt eller privaträttsligt certifieringsorgan som uppfyller europeiska standarder för certifiering får antas att leverantören uppfyller de krav som anges i

1. 12 kap. 1 § och 2 § 1–4 och 6, 3 §, 4 § 2 och 3 samt 9 § 1, 3 och 6–9 i detta kapitel när det gäller byggtreprenörer,
2. 9 § 2–5 och 11 när det gäller varuleverantörer, eller
3. 9 § 2 och 4–10 när det gäller tjänsteleverantörer.

#### *Kommentar*

I direktivet finns omfattande bestämmelser om officiella förteckningar över och certifiering av leverantörer i artikel 52. Även de äldre direktiven innehåller liknande bestämmelser. Någon skyldighet att införa sådana förteckningar eller certifieringssystem finns inte. I 1 kap. 18 § LOU finns en bestämmelse som innebär att

en leverantör som är registrerad i en EES-stats officiella förteckning över godkända leverantörer skall anses uppfylla de krav som kan ställas upp med stöd av 12 kap. 2 § första stycket 1–3, dvs. kraven att inte vara försatt i konkurs eller föremål för liknande åtgärder eller dömd för brott avseende yrkesutövningen.

Bestämmelsen i den föreslagna paragrafen motsvarar artikel 52.3 i direktivet.

Såväl enligt direktivet som enligt den föreslagna paragrafen innebär bestämmelsen endast en presumtion. 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.

## 18 Kontraktstilldelning

Direktivet erbjuder liksom LOU två alternativa grunder för att välja leverantör: antingen skall det anbud antas som är mest fördelaktigt från den upphandlande myndighetens synpunkt eller också skall det anbud antas som har det lägsta priset. I det första fallet får hänsyn tas till olika faktorer som skall ha gjorts kända för anbudssökande och anbudsgivare. I det senare fallet får inga andra faktorer än priset inverka på valet av leverantör bland de leverantörer som kan komma i fråga för leveransen.

Bestämmelserna finns i 14 kap. i lagen.

### Föreslagna bestämmelser med kommentarer

#### Tilldelningsgrunder

##### 1 §

En upphandlande myndighet skall anta antingen

1. det anbud som är det ur den upphandlande myndighetens synvinkel ekonomiskt mest fördelaktiga, eller
2. det anbud som har lägst anbudspris.

Vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, skall myndigheten ta hänsyn till olika kriterier som är kopplade till föremålet för kontraktet såsom pris, leverans- eller genomförandetid, miljöegenskaper, driftkostnader, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service och tekniskt stöd.

#### *Kommentar*

Paragrafen motsvarar artikel 53.1 i direktivet och 1 kap. 22 § LOU. I direktivet men inte i LOU anges uttryckligen att bedömningen av vilket anbud som är det mest fördelaktiga skall göras ur den

upphandlande myndighetens synvinkel. Även om detta närmast är en självklarhet har denna precisering, för att ingen tvekan skall kunna uppstå på denna punkt, tagits in i paragrafen.

I 1 kap. 22 § LOU andra stycket andra meningen finns en föreskrift om att den upphandlande myndigheten skall i förfrågningsunderlaget eller annonsen ange de omständigheter den tillmäter betydelse vid bedömningen av vilket som är det mest fördelaktiga anbudet. Denna fråga behandlas i 2 §.

Paragrafen har med redaktionella ändringar utformats i enlighet med bestämmelserna i direktivet.

## 2 §

Den upphandlande myndigheten skall ange vilken relativ inbördes betydelse de olika kriterier som avses i 1 § andra stycket kommer att ges vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Den relativa betydelsen av kriterierna får anges som intervall med en lämplig största tillåtna spridning.

I det fall den upphandlande myndigheten kan visa att det inte är möjligt att ange den relativa betydelsen av de olika kriterierna, skall dessa anges i fallande prioritetsordning.

Den relativa betydelsen av kriterierna eller prioritetsordningen skall anges i annonsen om upphandlingen eller i förfrågningsunderlaget.

### *Kommentar*

Paragrafen motsvarar artikel 53.2 i direktivet och 1 kap. 22 § andra stycket andra meningen LOU.

Direktivet innehåller utförligare bestämmelser om hur rangordningen av anbud skall göras än LOU. Dessa utförligare bestämmelser bör i princip tas in i den nya lagen.

I stället för den i direktivet använda formuleringen ”hur de olika kriterierna kommer att viktas inbördes” bör med samma avsedda betydelse användas uttrycket ”vilken relativ inbördes betydelse de olika kriterier - - - kommer att ges”. Det ger också samma möjligheter att använda olika metoder eller system för att bestämma den vikt som skall tillmätas olika faktorer.

I artikel 53.2 andra stycket anges att den upphandlande enheten, när den anser att viktning inte är möjlig av påvisbara skäl, skall ange kriterierna i fallande prioriteringsordning. I paragrafen har detta i

stället uttryckts så att enheten skall kunna visa skälen för att en viktning inte är möjlig.

Någon samlad beskrivning av vad ett förfrågningsunderlag skall innehålla finns inte i direktivet.

Enligt Hentze – Sylvén Offentlig upphandling (2 u. s 80 f.) består förfrågningsunderlaget normalt av kravspecifikation, kommersiella villkor (kontraktsvillkoren), administrativa bestämmelser och utvärderingskriterier.

Paragrafen har med de ändringar som föranleds av vad som nu sagts och andra redaktionella ändringar utformats i enlighet med bestämmelserna i direktivet.

## Onormalt låga anbud

### 3 §

En upphandlande myndighet får förkasta ett anbud som den anser vara onormalt lågt. Anbudet får dock förkastas först sedan myndigheten skriftligen begärt en förklaring till det låga anbudet och inte fått ett tillfredsställande svar.

En begäran om förklaring kan avse

1. om anbudsgivaren kan utnyttja ekonomiskt fördelaktiga metoder att fullgöra upphandlingskontraktet,

2. om anbudsgivaren kan utnyttja tekniska lösningar eller ovanligt gynnsamma förhållanden för att fullgöra upphandlingskontraktet,

3. originaliteten i 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 upphandlingskontraktet skall fullgöras, och

5. möjligheten för anbudsgivaren att få statligt stöd.

Den upphandlande myndigheten skall i samråd med anbudsgivaren granska detta innehåll med beaktande av de ingivna förklaringarna.

*Kommentar*

Paragrafen motsvarar artikel 55.1 och 55.2 direktivet och 1 kap. 23 § LOU.

I artikel 55.1 första stycket i direktivet anges att priset skall vara onormalt lågt i förhållande till varorna, byggentreprenaderna eller tjänsterna. Enligt utredningens är det klart att priset måste bedömas i förhållande till det som upphandlas. Det är därför inte nödvändigt att ange detta förhållande i paragrafen.

I den svenska språkversionen används i 55.1 andra stycket a) uttrycket "ekonomiska kalkyler avseende sättet att tillhandhålla...". I den engelska språkversionen används uttrycket "the economics of the construction method...". Sannolikt motsvarar "ekonomiskt fördelaktiga metoder" bättre vad som kan antas vara den avsedda innebörden av uttrycket.

Bestämmelsen i artikel 55.1 andra stycket d om att ett begärt förtydligande kan avse "iakttagande av bestämmelser om anställningsskydd och arbetsförhållanden" ger närmast intryck av att det skulle vara möjligt att förklara ett onormalt lågt anbud med att sådana bestämmelser har iakttagits. Det får antas att ett förtydligande syftar till att klarlägga huruvida det låga anbudet beror på att bestämmelserna inte har iakttagits. Med den föreslagna utformningen av paragrafen framgår det enligt utredningens uppfattning tydligare att så är fallet.

I artikel 55.1 andra stycket a) anges att begärda förtydliganden kan gälla "besparingar avseende sättet att tillverka varorna, sättet att tillhandahålla tjänsterna och byggmetoderna". Utan att någon skillnad i sak är avsedd föreslås i förenklingssyfte att denna formulering ersätts med "ekonomiskt fördelaktiga metoder att fullgöra upphandlingskontraktet". Motsvarande ändringar bör göras i artikel 55.1 andra stycket b och d.

**4 §**

Om en upphandlande myndighet finner att ett anbud är onormalt lågt på grund av att anbudsgivaren har fått statligt stöd skall myndigheten samråda med anbudsgivaren. Kan anbudsgivaren inte inom en skälig tidsfrist som fastställs av den upphandlande myndigheten visa att det är fråga om ett tillåtet stöd, får anbudet förkastas.

En upphandlande myndighet som förkastar ett anbud enligt första stycket skall underrätta Europeiska gemenskapernas kommission om det.

*Kommentar*

Paragrafen motsvarar artikel 55.3 i direktivet och 1 kap. 23 § andra stycket LOU.

Enligt direktivet skall anbudsgivaren bevisa att det berörda stödet har beviljats på lagliga grunder. Detta har i den föreslagna lydelsen av paragrafen uttryckts så att anbudsgivaren skall visa att det är fråga om ett tillåtet stöd. Någon skillnad i sak är inte avsedd.

Paragrafen har i övrigt med redaktionella ändringar utformats i enlighet med bestämmelserna i direktivet.

## 19 Koncessioner avseende byggentreprenader

Särskilda bestämmelser om koncessioner avseende byggentreprenader finns i artiklarna 56–65 i direktivet. Byggkoncessioner definieras i artikel 1.3 som kontrakt av samma typ som ett offentligt byggentreprenadkontrakt med den skillnaden att ersättningen för arbetet utgörs endast av rätten att utnyttja anläggningen eller av dels en sådan rätt, dels betalning.

Direktivets bestämmelser om upphandling av koncessioner avseende byggentreprenader överensstämmer i flera avseenden helt eller delvis med bestämmelserna om upphandling av byggentreprenader. Det gäller t.ex. tröskelvärdet, undantag och annonsering.

I direktivet finns särskilda bestämmelser för de fall då en koncessionshavare anlitar andra företag för att utföra byggentreprenader.

Bestämmelserna finns i den nya lagen i 15 kap.

### Föreslagna bestämmelser med kommentarer

#### Tillämpningsområdet

##### 1 §

**Bestämmelserna i detta kapitel tillämpas vid beviljande av en byggkoncession avseende byggentreprenad, om upphandlingskontraktet har ett värde om minst 5 923 000 euro. Värdet skall beräknas enligt de regler för byggentreprenader som gäller enligt 4 kap. 3–7 §§.**

#### *Kommentar*

Paragrafen motsvarar artikel 56 i direktivet. I LOU finns en motsvarighet till paragrafens första mening i 3 kap. 1 § och till dess andra mening i 3 kap. 2 och 4 §§.

I direktivet anges uttryckligen att det skall vara fråga om koncessioner som *en upphandlande myndighet* beviljar. Eftersom hela direktivet och lagen gäller endast upphandling som görs av upphandlande myndigheter behöver detta inte anges i denna paragraf.

Ett förfarande som syftar till att bevilja en koncession som avser en byggtreprenad innebär att ett kontrakt kommer att tilldelas en leverantör. I detta förfarande skall iaktas de generella bestämmelser som direktivet och lagen innehåller om t.ex. principer för tilldelning av kontrakt och förfrågningsunderlag och upphandlingsförfaranden.

Paragrafen har i övrigt med redaktionella ändringar utformats i överensstämmelse med bestämmelserna i direktivet.

### Undantag från tillämpningsområdet

#### 2 §

**Detta kapitel tillämpas inte på koncessioner som beviljas i sådana fall som enligt 1 kap. 2 § medför att lagen inte skall tillämpas på upphandling av byggtreprenader och inte heller i sådana fall som avses i 3 kap. 1 §, 2 § 2 eller 3 §.**

#### *Kommentar*

Paragrafen motsvarar artikel 57 i direktivet. Enligt 3 kap. 5 § LOU skall bestämmelserna i det kapitlet inte tillämpas på upphandlingar som avses i 4 kap. (inom försörjningssektorn).

De upphandlingar som undantas från tillämpningen av kapitel 15 är de undantag som anges i artikel 12 (upphandling inom försörjningssektorerna, 1 kap. 2 § i den föreslagna lagen), artikel 13 (upphandling på telekommunikationsområdet 3 kap. 1 § i den föreslagna lagen), artikel 14 (upphandling som omfattas av sekretess eller kräver särskilda säkerhetsåtgärder, 3 kap. 2 § 2 i den föreslagna lagen) och artikel 15 (upphandling som görs enligt internationella avtal, 3 kap. 3 § i den föreslagna lagen). Enligt 1 kap. 2 § andra stycket omfattas inte posttjänster av det undantag från lagens tillämpning som görs för upphandling inom försörjningssektorerna. Bestämmelserna om koncessioner som avser byggtreprenader kommer därför att vara tillämpliga också om upphandlingen görs för en verksamhet som avser sådana tjänster.

### 3 §

Denna lag skall, under de förutsättningar som enligt 5 kap. 9 § första stycket 1 och andra stycket berättigar en upphandlande myndighet att använda förhandlat upphandlingsförfarande utan föregående annonsering, inte tillämpas på kompletterande byggtreprenader som inte ingår i vare sig det ursprungliga koncessionsprojektet eller i det ursprungliga kontraktet.

#### *Kommentar*

Paragrafen motsvarar artikel 61 i direktivet men saknar motsvarighet i LOU. I förhållande till direktivet, där förutsättningarna för tillämpning av undantaget anges direkt har i paragrafen valts att hänvisa till de likalydande förutsättningarna för en upphandlande myndighet att tillämpa förhandlad upphandling utan föregående annonsering. Metoderna leder till samma materiella resultat.

### Annonsering

#### 4 §

En upphandlande myndighet skall annonsera upphandling av koncessioner som avser byggtreprenader. I fråga om annonseringen tillämpas 9 kap. 9–15 §§.

#### *Kommentar*

Paragrafen motsvarar artikel 58 i direktivet. Vad en annons skall innehålla, hur den skall offentliggöras m.m. framgår av artikel 58.2–58.4, där det bl.a. hänvisas till artiklarna 36.2–36.8 och 37. Genom hänvisningen till 9 kap. 9–15 §§ uppnås överensstämmelse mellan direktivet och lagen.

Enligt 3 kap. 9 § LOU skall en upphandlande enhet snarast möjligt genom förhandsannonsering informera om de upphandlingar över tröskelvärdet som enheten planerat och ange deras huvudsakliga art och omfattning. Någon sådan skyldighet föreskrivs inte i direktivet och har inte heller tagits in i den föreslagna paragrafen.

## Tidsfrister för ansökan om att tilldelas en koncession

### 5 §

Tidsfristen för att lämna in ansökningar om att tilldelas en koncession skall vara minst 52 dagar från den dag då annonsen om upphandling skickades.

Tiden får förkortas i enlighet med 10 kap. 5 § och skall förlängas i enlighet med 10 kap. 7 §.

### *Kommentar*

Paragrafen motsvarar artikel 59 i direktivet. Första stycket motsvaras av 3 kap. 23 § första stycket LOU. Någon motsvarighet till paragrafens andra stycke finns inte i LOU.

Av 10 kap. 5 § framgår att annars tillämplig tidsfrist får förkortas med sju dagar om en annons utarbetas och skickas med elektroniska medel. I 10 kap. 7 § anges att tidsfristen för mottagande av anbud skall förlängas bl.a. om förfrågningsunderlag inte tillhandahållits i tid.

## Underentreprenad

### 6 §

En upphandlande myndighet får begära att den som ansöker om att tilldelas en koncession skall lägga ut minst 30 procent av koncessionsvärdet på tredje man, med möjlighet för den koncessionssökande att öka denna andel. Den minsta andel som skall gälla skall anges i koncessionsavtalet.

Om myndigheten inte gjort någon begäran enligt första stycket, får den begära att sökandena i sina anbud anger hur stor andel av koncessionens totala värde som de avser att lägga ut på någon annan.

### *Kommentar*

Paragrafen motsvarar artikel 60 i direktivet och 3 kap. 6 § LOU. Den har med redaktionella ändringar utformats i enlighet med bestämmelserna i direktivet.

### Koncessionshavares skyldighet när denne är en upphandlande myndighet

#### 7 §

Om den som tilldelas en koncession är en upphandlande myndighet, gäller denna lag vid den myndighetens tilldelning av kontrakt som avser byggtreprenader.

#### *Kommentar*

Paragrafen motsvarar artikel 62 i direktivet och 3 kap. 7 § första stycket LOU. Den har med redaktionella ändringar utformats i enlighet med bestämmelsen i direktivet.

### Koncessionshavares skyldighet när denne inte är en upphandlande myndighet

#### 8 §

Om den som tilldelas en koncession inte är en upphandlande myndighet, skall i upphandlingskontraktet föreskrivas att koncessionshavaren, när han tilldelar tredje man byggtreprenadkontrakt, skall annonsera upphandlingen enligt bestämmelserna i 9 kap. 9–15 §§.

Annonsering enligt första stycket skall inte krävas, om värdet av de kontrakt som tilldelas tredje man inte uppgår till 5 923 000 euro. Annonsering skall inte heller krävas, om sådana förhållanden föreligger som enligt 5 kap. 7 eller 9 § berättigar en upphandlande myndighet att använda förhandlat upphandlingsförfarande utan föregående annonsering.

Värdet av ett kontrakt skall beräknas enligt de regler för byggtreprenader som gäller enligt 4 kap. 3–7 §§.

#### *Kommentar*

Paragrafen motsvarar artikel 63.1 första och andra styckena och artikel 64 i direktivet och 3 kap. 7 § andra stycket LOU.

## Företag som går samman och anknutna företag

### 9 §

Om flera företag går samman för att få en koncession, skall inte något av dem anses som tredje man. Detsamma gäller ett anknutet företag.

Med anknutet företag förstås företag över vilket koncessionshavaren direkt eller indirekt kan utöva ett bestämmande inflytande på det sätt som anges i 10 §, företag som kan utöva ett sådant inflytande över koncessionshavaren och företag som tillsammans med koncessionshavaren står under sådant inflytande av något annat företag på grund av ägande eller finansiellt deltagande eller på grund av de regler företaget lyder under.

En uttömmande förteckning över företag som avses i första stycket skall bifogas ansökan om att tilldelas en koncession.

### 10 §

Ett bestämmande inflytande enligt 9 § skall antas föreligga om ett företag direkt eller indirekt i förhållande till ett annat företag innehar större delen 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 administrativa, verkställande eller övervakande organ.

#### *Kommentar till 9 och 10 §§*

Paragraferna motsvarar tillsammans artikel 63.2 i direktivet och 3 kap. 8 § LOU. De har med redaktionella ändringar utformats i enlighet med bestämmelserna i direktivet.

## Tidsfrist vid koncessionshavares tilldelning av kontrakt

### 11 §

En koncessionshavare som inte är en upphandlande myndighet och som skall tilldela ett kontrakt som avser en byggtreprenad skall bestämma en tidsfrist för ansökningar om att få lämna anbud som inte är kortare än 37 dagar från den dag då annonsen skickades och en tid för att lämna anbud som inte är kortare än

40 dagar från den dag då annonsen om upphandlingen eller inbjudan att lämna anbud skickades.

*Kommentar*

Paragrafen motsvarar artikel 65 i direktivet och 3 kap. 23 § andra stycket LOU. Den har med redaktionella ändringar utformats i enlighet med bestämmelserna i direktivet.

## 20 Projekttävlingar på tjänsteområdet

I detta kapitel behandlas de bestämmelser i direktivet som gäller projekttävlingar.

Projekttävlingar definieras i 2 kap. 18 § i lagen (kapitel 6 i betänkandet) och regleras i artiklarna 66–74 i direktivet.

Bestämmelser om formgivningstävlingar, vilket är den beteckning som används i LOU, finns i 5 kap. 28–33 §§ och 6 kap. 18 § LOU.

Bestämmelserna är intagna i 16 kap. i lagen.

### Föreslagna bestämmelser med kommentarer

#### Tillämpningsområdet

##### 1 §

Detta kapitel skall, om inte annat följer av 2 §, tillämpas på sådana projekttävlingar avseende tjänster, som

1. ingår i ett förfarande för tilldelning av ett tjänstekontrakt, eller

2. innefattar priser eller ersättningar till deltagarna.

Första stycket gäller endast om tröskelvärdet uppgår till minst det belopp som anges i 4 §.

#### *Kommentar*

Paragrafen motsvarar artikel 67.2 första stycket i direktivet. Den har dock kompletterats med förutsättningen att vissa tröskelvärden skall uppnås. Någon direkt motsvarighet till bestämmelserna i direktivet finns inte i LOU.

## Undantagna projekttävlingar

### 2 §

Bestämmelserna i detta kapitel skall inte tillämpas på sådana projekttävlingar avseende tjänster

1. som omfattas av lagen (0000:00) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, under förutsättning att de anordnas av en upphandlande myndighet som bedriver någon verksamhet som anges i 4 kap. i den lagen och anordnas för fortsatt utövande av denna verksamhet, eller som är undantagna från den lagens tillämpningsområde, eller

2. som anordnas i sådana fall som avses i 3 kap. 1 §, 2 § 2 eller 3 §.

Utan hinder av första stycket 1 tillämpas detta kapitel på projekttävlingar som anordnas av en upphandlande myndighet som bedriver sådan verksamhet som består i tillhandahållande av tjänster som anges i 4 kap. 6–8 §§ lagen om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster.

### *Kommentar*

Paragrafen motsvarar artikel 68 i direktivet men saknar motsvarighet i LOU.

Punkten 1 i paragrafen är med redaktionella ändringar utformad i överensstämmelse med artikel 68 a första stycket första delen.

Den andra delen av det stycket innebär att bestämmelserna om projekttävlingar inte skall tillämpas på ”sådana tävlingar som inte omfattas av tillämpningsområdet för det här direktivet”. Det är oklart vad som avses med undantaget. Den svenska språkversionen är i och för sig tydlig: enligt den undantas tävlingar som inte omfattas av tillämpningsområdet för ”det här direktivet”, dvs. det klassiska direktivet, vilket sannolikt också är innebörden av den engelska språkversionen. Enligt de danska och tyska språkversionerna däremot undantas tävlingar som inte omfattas av försörjningsdirektivet (på danska ”projektkonkurrencer, der ikke er omfattet af nævnte direktivs (dvs. direktiv 2004/17/EG) anvendelseområde” och på tyska ”Wettbewerbe, die nicht unter die genannte Richtlinie (dvs. direktiv 2004/17/EG) fallen”).

Eftersom artikel 68 behandlar undantag från det klassiska direktivets tillämpningsområde framstår det som innehållslöst att föreskriva att tävlingar som inte omfattas av tillämpningsområdet

för direktivet skall undantas. Däremot fyller bestämmelsen i direktivet en funktion, om den är avsedd att undanta inte endast projekttävlingar på vilka försörjningsdirektivet är tillämpligt utan också sådana projekttävlingar som i och för sig omfattas av försörjningsdirektivet men som är särskilt undantagna från tillämpningen. Sådana undantag finns i artikel 62 i försörjningsdirektivet.

Enligt utredningens uppfattning får antas att bestämmelsen har detta senare syfte. En hänvisning till de undantag som finns i lagen om upphandling inom försörjningssektorerna bör därför göras.

Av artikel 68 a andra stycket i direktivet framgår att bestämmelserna om projekttävlingar skall tillämpas, om en tävling anordnas av en upphandlande myndighet som bedriver någon verksamhet som avses i artikel 6 i försörjningsdirektivet (posttjänster), under förutsättning att medlemsstaten har utnyttjat möjligheten att skjuta upp genomförandet av direktivet i den delen. I kommentaren till 4 kap 6 § lagen om upphandling inom försörjningssektorerna (kapitel 26 i betänkandet) har angetts att utredningen utgått från att denna möjlighet skall utnyttjas. En motsvarighet till artikel 68 a andra stycket behövs då i 2 §.

## Regler för anordnande av projekttävlingar

### 3 §

Reglerna för en projekttävling skall fastställas i enlighet med vad som föreskrivs i detta kapitel och skall hållas tillgängliga för var och en som är intresserad av att delta i tävlingen.

Rätten att delta i en projekttävling får inte begränsas till deltagare som är hemmahörande i en EES-stat, i vissa EES-stater eller i en viss geografisk del av en EES-stats område.

Rätten att delta i en projekttävling får inte heller begränsas så att endast fysiska personer eller endast juridiska personer får delta.

### *Kommentar*

Paragrafen motsvarar artikel 66 i direktivet. I LOU finns bestämmelser om att reglerna för en formgivningstävling skall hållas tillgängliga i 5 kap. 31 §. En motsvarighet till paragrafens andra stycke finns i 5 kap. 30 § andra stycket sista meningen LOU.

Enligt artikel 66.2 a får rätten att delta i projekttävlingar inte begränsas till en medlemsstats territorium eller till en del av detta territorium. Bestämmelsen tycks tillåta att deltagandet i en projekttävling begränsas till exempelvis tävlande från medlemsstaten i fråga och ett eller flera angränsande medlemsländer. Det går inte att läsa ut av bestämmelsen om detta är avsikten. Det är naturligare, med hänsyn till t.ex. den fria rörligheten inom EU av varor och tjänster, att en sådan begränsning inte ses som tillåten. LOU förbjuder en begränsning till "ett visst geografiskt område". Sannolikt har avsikten inte varit att "ett visst geografiskt område" skall omfatta t.ex. det geografiska område som bildas av samtliga medlemsstater.

Genom den föreslagna formuleringen uppnås en bättre överensstämmelse med vad som kan antas vara syftet bakom direktivets bestämmelse.

I artikel 66.2 b i direktivet anges att rätten att delta i projekttävlingar inte får begränsas till att deltagarna skall vara antingen fysiska personer eller juridiska personer med hänvisning till att lagen i den medlemsstat där projekttävlingen anordnas skulle kräva det. Innebörden av denna bestämmelse är inte helt klar. I den tyska språkversionen av direktivet uttrycks saken dock klart: det får inte krävas att "nur natürliche oder nur juristische Personen teilnehmen dürften". Det framstår för övrigt som meningslöst att föreskriva att inga andra än fysiska eller juridiska personer får delta i en tävling. LOU innehåller ingen bestämmelse motsvarande artikel 66.2 b, trots att en identisk bestämmelse finns i direktiv 93/38/EG. Visserligen tyder detta på att något behov av bestämmelsen inte ansetts finnas, vilket dock inte hindrar att en motsvarighet bör föras in i paragrafen. Tredje stycket i paragrafen har utformats i enlighet med den tyska språkversionen.

### Tröskelvärden för projekttävlingar

#### 4 §

Tröskelvärdet vid projekttävlingar är

1. 154 000 euro, om tävlingen anordnas av en central statlig myndighet,
2. 236 000 euro, om tävlingen anordnas av en annan myndighet, och

3. 236 000 euro, om tävlingen gäller forsknings- och utvecklingstjänster, telekommunikationstjänster eller sådana tjänster som anges i bilaga 3 till denna lag.

Regeringen meddelar föreskrifter om vilka myndigheter som omfattas av första stycket 1.

#### *Kommentar*

Paragrafen motsvarar artikel 67.1 i direktivet och 5 kap. 29 § LOU. I LOU anges endast ett tröskelvärde – 200 000 euro – som gäller generellt för formgivningstävlingar.

De i första stycket 3 angivna tjänsterna är desamma som avses i 4 kap. 1 § (se kommentaren till den paragrafen i kapitel 8 i betänkandet).

I anslutning till 4 kap. 1 § (kapitel 8 i betänkandet) har anförts att det bör ankomma på regeringen att meddela föreskrifter om vad som avses med centrala statliga myndigheter. Detsamma bör gälla enligt denna paragraf.

#### **5 §**

Tröskelvärdet enligt 4 § första stycket 1 skall av den upphandlande myndigheten beräknas till värdet exklusive mervärdesskatt av tjänstekontraktet. I värdet skall inräknas de priser och ersättningar som skall betalas till deltagarna.

#### *Kommentar*

Paragrafen motsvarar artikel 67.2 andra stycket i direktivet. Någon direkt motsvarighet till bestämmelsen finns inte i LOU. Paragrafen har med redaktionella ändringar utformats i överensstämmelse med bestämmelsen i direktivet.

#### **6 §**

Tröskelvärdet enligt 4 § första stycket 2 skall av den upphandlande myndigheten beräknas till summan av de priser och ersättningar som skall betalas till deltagarna och det beräknade värdet exklusive mervärdesskatt av de tjänstekontrakt som senare kan tilldelas vinnaren eller en av vinnarna i tävlingen, om en sådan tilldelning inte har uteslutits i annonsen om tävlingen.

*Kommentar*

Paragrafen motsvarar artikel 67.2 tredje stycket i direktivet. Någon direkt motsvarighet till bestämmelsen finns inte i LOU. Paragrafen har med redaktionella ändringar utformats i överensstämmelse med bestämmelsen i direktivet.

**Annonsering****7 §**

En upphandlande myndighet som avser att anordna en projektävling skall annonsera tävlingen.

En upphandlande myndighet som anordnat en projektävling skall, om inte annat följer av 8 §, annonsera resultatet av tävlingen.

*Kommentar*

Paragrafen motsvarar artikel 69.1 och artikel 69.2 första stycket i direktivet. En skyldighet att annonsera föreskrivs i 5 kap. 31 § första meningen LOU.

Vad en annons skall innehålla anges i artikel 70.1 i direktivet och offentliggörandet av annonser regleras i artikel 70.2. I likhet med vad som föreslås gälla i övrigt bör föreskrifter om annonser och annonsering meddelas av regeringen eller den myndighet som regeringen bestämmer.

**8 §**

Annonsering enligt 7 § andra stycket behöver inte göras, om detta skulle hindra tillämpning av lag, strida mot allmänintresset, skada offentliga eller privata företags berättigade affärsintressen eller motverka en sund konkurrens mellan tjänsteleverantörer.

*Kommentar*

Paragrafen motsvarar artikel 69.2 andra stycket i direktivet. Den har med redaktionella ändringar utformats i överensstämmelse med bestämmelsen i direktivet.

**9 §**

I fråga om annonsering enligt detta kapitel tillämpas 9 kap. 9–15 §§.

*Kommentar*

Av artikel 69.3 och 70.2 framgår att artiklarna 36.2–36.8 och 37 skall tillämpas i fråga om projekttävlingar. Genom hänvisningen till 9 kap. 9–15 §§ uppnås överensstämmelse mellan direktivet och lagen. Vidare följer av denna hänvisning att bestämmelsen i 9 kap. 9 § om meddelande av föreskrifter som rör annonsering kommer att gälla även annonsering som avser projekttävlingar.

**Kommunikation och information****10 §**

Meddelanden, utbyte och lagring av information skall ske på ett sådant sätt att det säkerställs att integritet och sekretess för de av tävlingsdeltagarna inlämnade uppgifterna bevaras samt att juryn inte får ta del av tävlingsbidragen innan tidsfristen för inlämnande har löpt ut.

Information om de nödvändiga specifikationerna för elektronisk överföring av ritningar och planer och projekt, inklusive kryptering, skall vara tillgänglig för de berörda parterna.

Regeringen eller den myndighet som regeringen bestämmer får meddela föreskrifter om de krav som skall vara uppfyllda beträffande anordningar som används för elektronisk överföring som avses i andra stycket.

*Kommentar*

Första stycket i paragrafen motsvarar artikel 71.2 i direktivet och andra stycket motsvarar artikel 71.3 a. Någon motsvarighet till bestämmelserna finns inte i LOU.

De krav som skall vara uppfyllda beträffande anordningar för elektronisk överföring bör fastställas av regeringen eller den myndighet som regeringen bestämmer.

Enligt artikel 71.3 b får en medlemsstat införa eller behålla frivilliga ackrediteringssystem som syftar till att höja nivån på

certifieringstjänster för utrustning för elektroniskt mottagande av planer och projekt. Något behov av att utnyttja denna möjlighet synes inte finnas.

Paragrafen har i övrigt med redaktionella ändringar utformats i överensstämmelse med bestämmelserna i direktivet.

### Val av deltagare

#### 11 §

Om endast ett visst antal deltagare får delta i en projektävling skall den upphandlande myndigheten fastställa entydiga och icke-diskriminerande kriterier för urvalet. Antalet tävlingsdeltagare som inbjuds att delta skall vara så stort att verklig konkurrens säkerställs.

#### *Kommentar*

Paragrafen motsvarar artikel 72 i direktivet och 5 kap. 30 § andra stycket LOU. Den har med redaktionella ändringar utformats i enlighet med bestämmelserna i direktivet. Enligt direktivet skall vad som sägs där gälla om ”deltagarantalet - - - är begränsat” medan försörjningsdirektivet (artikel 65.2) och LOU talar om att ”deltagarantalet - - - är begränsat till ett angivet (visst) antal deltagare”. Uttryckssätten kan inte anses medföra någon skillnad i sak. Det i försörjningsdirektivet och LOU använda uttrycket har valts.

### Juryns sammansättning

#### 12 §

Den jury som skall utse vinnande bidrag i projektävlingen skall vara sammansatt uteslutande av fysiska personer som är oberoende i förhållande till deltagarna i projektävlingen. Om det krävs särskilda yrkesmässiga kvalifikationer för att få delta i en projektävling skall minst en tredjedel av ledamöterna i juryn ha samma eller likvärdiga kvalifikationer.

*Kommentar*

Paragrafen motsvarar artikel 73 i direktivet och 5 kap. 28 § andra stycket andra och tredje meningarna LOU. Att en jury skall utse vinnande bidrag i en projekttävling framgår av definitionen i 2 kap. 15 §. Att som i LOU ange att så skall ske är därför överflödigt. Paragrafen har utformats i överensstämmelse med bestämmelserna i direktivet.

**13 §**

**Juryn skall vara självständig i sina beslut och yttranden.**

Vid granskningen av tävlingsbidragen skall tävlingsdeltagarnas anonymitet bevaras. Anonymiteten skall bevaras till dess juryn har avgett sitt yttrande eller meddelat sitt beslut.

Vid granskningen får endast de kriterier som angetts i annonsen om projekttävlingen beaktas.

*Kommentar*

Paragrafen motsvarar artikel 74.1, 74.2 och 74.4 i direktivet och 5 kap. 32 § LOU. Den har med redaktionella ändringar utformats i överensstämmelse med bestämmelserna i direktivet.

**14 §**

**Juryn skall lämna en av jurymedlemmarna undertecknad rapport i vilken tävlingsbidragen rangordnas. Rapporten skall innehålla kommentarer och ange det behov av klargöranden som kan finnas.**

Tävlingsdeltagarna kan vid behov uppmanas av juryn att besvara frågor som juryn har noterat i rapporten i syfte att klargöra projektets alla aspekter.

Fullständiga protokoll skall upprättas över dialogen mellan jurymedlemmarna och tävlingsdeltagarna.

*Kommentar*

Paragrafen motsvarar artikel 74.3, 74.5 och 74.6 men saknar motsvarighet i LOU. Den har med redaktionella ändringar utformats i överensstämmelse med bestämmelserna i direktivet.

## 21 Upphandling som inte omfattas av direktivet

Utredningen har utgått från att en reglering av den offentliga upphandlingen utanför direktivets tillämpningsområde skall vara kvar och har inte heller övervägt några väsentliga förändringar av tillämpningsområdet för det nuvarande sjätte kapitlet i LOU. Som framgår av de kommentarer som lämnas i anslutning till de föreslagna bestämmelserna har utredningen däremot övervägt vissa anpassningar till lagens övriga regler.

Direktivets tillämpningsområde är begränsat av vissa tröskelvärden. Endast upphandling över dessa tröskelvärden omfattas till fullo av direktivets bestämmelser.

Även viss upphandling över tröskelvärdena har undantagits från direktivets tillämpningsområde. Det gäller upphandling som

1. avser försvarsprodukter utan civil användning (artikel 10),
2. omfattas av försörjningsdirektivet (artikel 12),
3. syftar till att ge en upphandlande myndighet möjlighet att tillhandahålla eller driva publika telenät eller åt allmänheten tillhandahålla en eller flera teletjänster (artikel 13),
4. omfattas av sekretess eller kräver särskilda säkerhetsåtgärder (artikel 14),
5. görs i enlighet med internationella regler (artikel 15),
6. avser fast egendom, programmaterial, skiljemanna- och förlikningstjänster, vissa finansiella tjänster, anställningskontrakt, forsknings- och utvecklingstjänster (artikel 16),
7. avser tjänstekoncessioner (artikel 17),
8. avser tjänster och görs från en myndighet som har ensamrätt att tillhandahålla sådana tjänster (artikel 18), eller
9. avser tjänster som förtecknats i bilaga II B (artikel 21, artiklarna 23 och 35.4 är dock tillämpliga).

I artikel 19 finns bestämmelser om att kontrakt får reserveras för skyddade verkstäder eller skall fullgöras inom ramen för program för skyddad anställning.

Enligt 6 kap. 1 § andra stycket LOU skall 1 kap. 1–6 §§ och 12 § andra stycket gälla vid upphandling enligt 6 kap. Därutöver skall vid urvalsupphandling och förenklad upphandling 1 kap. 27 och 28 §§ gälla. Enligt dessa bestämmelser är en upphandlande myndighet skyldig att på begäran upplysa om skälen för att en ansökan eller ett anbud förkastats respektive att upplysa varje anbudssökande eller anbudsgivare när beslut fattats om leverantör och anbud och om skälen för beslutet.

De bestämmelser i 1 kap. LOU till vilka hänvisas i 6 kap. 1 § andra stycket innehåller

- en förteckning över innehållet i lagen (1 kap. 1 §),
- en bestämmelse om att lagen gäller vid upphandling som görs av angivna upphandlande enheter (1 kap. 2 § första stycket),
- en uppräknning av de bestämmelser som gäller anges för upphandling som avses i 6 kap. (1 kap. 2 § andra stycket),
- undantag från lagens tillämpning för upphandling enligt internationella avtal (1 kap. 3 § första stycket),
- undantag för upphandling som omfattas av sekretess eller andra särskilda begränsningar med hänsyn till rikets säkerhet eller som gäller försvarsprodukter och tjänster som inte har civil användning (1 kap. 3 § andra stycket; i fråga om sådan upphandling skall dock 6 kap. tillämpas),
- huvudregeln om affärsmässighet (1 kap. 4 §),
- definitioner (1 kap. 5 §),
- en definition av termen upphandlande enhet (1 kap. 6 §), och
- en bestämmelse om att en upphandlande enhet får hänvisa till kriterier för miljömärken (1 kap. 12 § andra stycket).

Av hänvisningen i 6 kap. 16 § till 5 kap. 1 § framgår att de undantag som anges i den sistnämnda paragrafen (bl.a. för upphandling av fastigheter, skiljemanna- eller förlikningsuppdrag och anställningsavtal) gäller också vid upphandling av B-tjänster över tröskelvärdena. Det har dock ansetts att 6 kap. är avsett att tillämpas endast på tjänster som till sin art omfattas av 5 kap. men understiger tröskelvärdena för A-tjänster eller är B-tjänster och att de undantag som anges i 5 kap. 1 § andra stycket därmed skulle vara undantagna från bestämmelserna i 6 kap. (RÅ 1998 ref. 16).

Den komplicerade uppbyggnaden av bestämmelserna om upphandling som avses i 6 kap. gör det svårt att med säkerhet slå fast vad som nu gäller.

Utredningen anser, oavsett denna oklarhet, att sådan upphandling som är undantagen från lagens tillämpning även om dess värde uppgår till minst tillämpligt tröskelvärde, skall omfattas av bestämmelserna i 17 kap. endast i det fall detta enligt LOU har angetts uttryckligen. Det innebär att endast upphandling som omfattas av sekretess eller andra särskilda begränsningar med hänsyn till rikets säkerhet eller som gäller försvarsprodukter och tjänster som inte har civil användning skall omfattas av 17 kap.

I övrigt har bestämmelserna i 6 kap. LOU så gott som helt förts in i det föreslagna 17 kap.

På samma sätt som i övriga kapitel i lagen benämns de subjekt som omfattas av lagen upphandlande myndigheter.

## Föreslagna bestämmelser med kommentarer

### Tillämpningsområde

#### 1 §

Detta kapitel gäller i fråga om kontrakt som avser tjänster som angetts i bilaga 3, för andra kontrakt vars värde understiger de tröskelvärden som anges i 4 kap. och för kontrakt som är undantagna enligt 3 kap. 2 §.

#### *Kommentar*

I paragrafen anges vilken upphandling som omfattas av kapitlet. Det är upphandling av s.k. B-tjänster, oavsett värde, och av byggtreprenader, varor och tjänster vars värde inte uppgår till gällande tröskelvärde samt upphandling som omfattas av sekretess eller andra särskilda begränsningar med hänsyn till rikets säkerhet.

#### 2 §

Vid tilldelning av kontrakt enligt detta kapitel tillämpas 1–3 kap., 7 kap., 8 kap. 9 § och 18 kap. samt de övriga bestämmelser i lagen som anges i detta kapitel.

Vid tilldelning av kontrakt som avser tjänster som anges i bilaga 3 tillämpas även 8 kap. 1–10 §§, om värdet på kontraktet uppgår till minst tillämpligt tröskelvärde i 4 kap.

#### *Kommentar*

En motsvarande bestämmelse finns i 6 kap. 1 § andra stycket LOU, där det anges att 1 kap. 1–6 §§ och 12 § andra stycket gäller vid upphandling som avses i 6 kap.

Hänvisningen till 1–3 kap innebär att bl. a. de grundläggande bestämmelserna i 1 kap. 1–4 §§ om lagens tillämpningsområde skall gälla vid upphandling enligt detta kapitel liksom de allmänna principer som enligt 1 kap. 5 § skall iakttas vid tilldelning av kontrakt. De i 2 kap. intagna definitionerna skall också gälla utöver de definitioner som anges i detta kapitel.

De undantag som anges i 3 kap. kommer genom hänvisningen till det kapitlet att tillämpas också vid upphandling som omfattas av 17 kap. Av 3 kap. 2 § framgår att 17 kap. skall tillämpas i fråga om undantag för kontrakt som omfattas av sekretess eller andra särskilda begränsningar med hänsyn till rikets säkerhet eller som gäller försvarsprodukter och tjänster som inte har civil användning.

Genom hänvisningen till 7 kap. gäller reglerna om inköpscentraler vid upphandling enligt detta kapitel.

Hänvisningen till 8 kap. 9 § medför att bestämmelsen om användningen av miljömärken i de tekniska specifikationerna blir tillämplig.

### Upphandlingsförfaranden

#### 3 §

**Tilldelning av kontrakt skall göras genom förenklat förfarande eller urvalsförfarande.**

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

#### *Kommentar*

En motsvarande bestämmelse finns i 6 kap. 2 § LOU.

#### 4 §

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

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

Med direktupphandlingsförfarande avses ett förfarande utan krav på anbud.

#### *Kommentar*

Definitionerna motsvarar de definitioner som finns i 1 kap. 5 § 18–20 styckena LOU.

#### Annonsering vid förenklat förfarande

#### 5 §

Vid förenklat förfarande skall den upphandlande myndigheten begära anbud genom annons i en elektronisk databas, som är allmänt tillgänglig, eller genom annons i annan form som leder till effektiv konkurrens, om inte annat följer av 6 §.

#### *Kommentar*

Paragrafen överensstämmer med 6 kap. 2 a § LOU.

#### Begäran om anbud utan föregående annonsering

#### 6 §

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

1. det vid ett annonserat förenklat förfarande inte lämnats några anbud eller inte lämnats några lämpliga anbud, under

förutsättning att de i förfrågningsunderlaget ursprungligen angivna kontraktsvillkoren inte väsentligt ändrats,

2. det är fråga om varor som framställs enbart för forskning, utveckling, experiment eller studier, under förutsättning att framställningen inte sker i vinstsyfte eller för att täcka forsknings- och utvecklingskostnader,

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

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

#### *Kommentar*

Paragrafen överensstämmer med 6 kap 2 b § LOU.

### Annonsering vid urvalsförfarande

#### 7 §

Vid tillämpning av urvalsförfarande skall den upphandlande myndigheten publicera en ansökningsinbjudan genom annons i en elektronisk databas, som är allmänt tillgänglig. Av inbjudan skall det framgå

1. hur en ansökan om att få lämna anbud får lämnas och
2. den dag då ansökan senast skall ha kommit in.

Myndigheten får i sin inbjudan ange det antal leverantörer som den avser att bjuda in att lämna anbud. Antalet skall bestämmas med hänsyn till arten av det som skall upphandlas och vara tillräckligt stort för att effektiv konkurrens skall uppnås.

#### *Kommentar*

Paragrafen överensstämmer med 6 kap 2 c § LOU. 1 kap. 5 § LOU innehåller följande definition av ansökningsinbjudan: underlag varigenom den upphandlande enheten inbjuder leverantörer att ansöka om att få lämna anbud vid urvalsupphandling. Definitionen

har bedömts inte tillföra något utöver vad som anges 7 § och har därför inte tagits in i detta kapitel.

### Förfrågningsunderlag

#### 8 §

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

Uppgifter och hänvisningar som avses i första stycket får dock i undantagsfall förekomma i specifikationerna, om det annars inte är möjligt att beskriva föremålet för upphandlingen tillräckligt preciserat och begripligt. En sådan uppgift eller hänvisning skall följas av orden "eller likvärdig". Av förfrågningsunderlaget skall framgå om ett anbud kan komma att antas utan föregående förhandling.

#### *Kommentar*

Paragrafen motsvarar 6 kap. 3 § LOU men de två första styckena har utformats i enlighet med bestämmelsen i 8 kap. 6 §. Att bestämmelsen i 8 kap. 9 § om miljömärken är tillämplig framgår av 2 § i detta kapitel.

### Rätt att få del av förfrågningsunderlag

#### 9 §

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

#### *Kommentar*

Paragrafen överensstämmer i sak med 6 kap. 4 § LOU.

## Former och tidsfrister för att lämna anbud och anbudsansökningar

### 10 §

Vad som föreskrivs i 11 kap. 1 § första och andra styckena, 2-3 §§ och 5-6 §§ gäller i fråga om anbud och ansökningar om att få lämna anbud vid tilldelning av kontrakt som avses i detta kapitel.

### *Kommentar*

Genom hänvisningen till 11 kap. 1 § får således den upphandlande myndigheten bestämma sättet för anbudsgivning, dvs. om de skall lämnas in skriftligen, per telefax eller med elektroniska medel. En ansökan om att få lämna anbud kan lämnas muntligen. Vidare skall kommunikationsmedlen vara allmänt tillgängliga.

11 kap. 2 § föreskriver att verktygen som skall användas för kommunikation med elektroniska medel m.m. skall vara icke-diskriminerande, allmänt tillgängliga och möjliga att använda tillsammans med informations- och kommunikationsprodukter som i allmänhet används. Enligt 11 kap. 3 § skall information om de specifikationer som är nödvändiga för elektronisk inlämning av anbud och anbudsansökningar finnas tillgängliga för alla berörda parter. En upphandlande myndighet kan kräva att anbud skall vara försedda med en avancerad elektronisk signatur enligt vad som föreskrivs i lagen (2000:832) om kvalificerade elektroniska signaturer. Genom hänvisningen till 11 kap. 3 § gäller också föreskrifter meddelade av regeringen eller den myndighet som regeringen bestämmer om de krav som skall vara uppfyllda beträffande anordningar som används för elektronisk mottagning av anbud och anbudsansökningar.

Enligt 11 kap. 5 § gäller att ett anbud eller en anbudsansökan som görs per telefax skall bekräftas skriftligen eller med elektroniska medel före utgången av tidsfristen för anbudet eller ansökningen. Vidare gäller att om en ansökan om att få lämna anbud har gjorts muntligen skall en bekräftelse skickas före utgången av ansökningstiden.

Genom hänvisningen till 11 kap. 6 § gäller att kommunikationen, informationsutbytet och lagringen av uppgifterna skall ske på ett sådant sätt att alla uppgifter bevaras säkert, att den sekretess som gäller för anbuden och anbudsansökningarna iakttas och att den

upphandlande myndigheten inte tar del av innehållet i anbuden och anbudsansökningarna förrän tidsfristen för att lämna anbud respektive anbudsansökningar har gått ut.

#### 11 §

Anbudsgivare och anbudssökande skall ges skälig tid att lämna sina anbud eller ansökningar. Tiden för att få lämna ansökningar om att få lämna anbud får dock aldrig vara kortare än tio dagar från den dag då ansökningsinbjudan blev publicerad enligt 7 §.

#### *Kommentar*

Paragrafen överensstämmer med 6 kap. 5 a § LOU.

### **Anbudsgivares bundenhet**

#### 12 §

En anbudsgivare är bunden av sitt anbud även om han fått upplysningar som avses i 23 §.

#### *Kommentar*

Paragrafen överensstämmer med 6 kap. 5 b § LOU. De upplysningar som avses i 23 § är upplysningar som skall lämnas till varje anbudssökande eller anbudsgivare om beslut som fattats om leverantör och anbud.

### **Innehåll i annonsen m.m.**

#### 13 §

I annonsen enligt 5 §, skrivelsen enligt 6 § eller förfrågningsunderlaget enligt 8 § skall anges

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

*Kommentar*

Bestämmelsen överensstämmer med 6 kap. 6 § LOU.

**Mottagande och öppnande av anbud****14 §**

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

Vid förenklat förfarande och vid urvalsförfarande som angetts innefatta förhandling får försändelserna öppnas och anbudet förtecknas utan en sådan förrättning som avses i första stycket. Anbudet skall öppnas samtidigt.

*Kommentar*

Motsvarande bestämmelse finns i 6 kap. 7 § LOU. Bestämmelsen återfinns också i 1 kap. 20 § LOU. I enlighet med bestämmelsen i 11 kap. 7 § har möjligheten att, om det finns synnerliga skäl, öppna anbudet allteftersom de kommer in tagits bort.

**Rättelse av fel, förtydligande och komplettering****15 §**

En upphandlande myndighet får medge att en anbudsgivare eller anbudssökande rättar en uppenbar felskrivning eller felräkning eller något annat uppenbart fel i anbudet eller ansökan om att få lämna anbud.

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

*Kommentar*

Paragrafen överensstämmer med 6 kap. 8 § LOU. Regeln återfinns också i 1 kap. 21 § LOU.

**Uteslutning av leverantörer****16 §**

En anbudssökande eller anbudsgivare får uteslutas från deltagande i ett upphandlingsförfarande i enlighet med vad som föreskrivs i 12 kap. 2 § och 3 § första stycket.

Innan ett skriftligt anbud antas skall den upphandlande myndigheten, om det inte är onödigt, kontrollera om leverantören är

1. registrerad i aktiebolags-, handels- eller föreningsregistret,
2. registrerad för redovisning och inbetalning av mervärdesskatt, innehållen preliminär A-skatt och arbetsgivaravgifter, och
3. fri från skulder för svenska skatter och socialförsäkringsavgifter.

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

*Kommentar*

Paragrafen, som delvis motsvarar 6 kap. 9 § LOU, innebär att samma förutsättningar för uteslutning på grund av ekonomiska och andra förhållanden kommer att gälla som enligt 12 kap. 2 §. Det finns enligt utredningens mening ingen anledning att därutöver reglera möjligheterna till uteslutning på grund av de förhållanden som anges i 12 kap. 1 § första stycket (viss ekonomisk brottslighet). Till skillnad från vad som föreslås gälla på det direktivstyrda området föreskrivs här ingen skyldighet att utesluta en leverantör på grund av sådana förhållanden. Eftersom dessa förhållanden omfattas av dem som gäller enligt 12 kap. 2 § behöver de inte upprepas i denna paragraf.

I stället för att i paragrafen direkt ange vad som skall gälla har en hänvisning gjorts till motsvarande bestämmelser i 12 kap. Av hänvisningen till 12 kap. 2 och 3 §§ följer att även de i dessa paragrafer intagna bestämmelserna om att det, om en upphandlande myndighet begär det, ankommer på en leverantör att visa att det inte finns grund för att utesluta honom och hur detta skall visas kommer att gälla.

6 kap. 9 § andra stycket LOU, som gäller rätten att infordra vissa upplysningar beträffande de förhållanden som avses i paragrafens första stycke, motsvaras av 8 kap. 1 § andra stycket.

### Krav på registrering av leverantör

#### 17 §

En upphandlande myndighet får inte anta ett anbud, om leverantören inte är registrerad i register som avses i 16 § andra stycket, under förutsättning att registreringskyldighet föreligger.

#### *Kommentar*

Paragrafen överensstämmer med 6 kap. 10 § LOU.

### Villkor för fullgörande av kontrakt

#### 18 §

En upphandlande myndighet får ställa särskilda sociala, miljömässiga och andra krav på hur kontrakt skall fullgöras, under förutsättning att kraven är förenliga med gemenskapsrätten och anges i annonsen om upphandling, i ansökningsinbjudan eller i förfrågningsunderlaget.

#### *Kommentar*

Bestämmelsen överensstämmer med 8 kap 15 § med den skillnaden att kravet kan anges i ansökningsinbjudan. Vidare motsvarar den med vissa redaktionella ändringar 6 kap. 10 a § LOU.

## Prövning av anbud och anbudsansökningar

### 19 §

En upphandlande myndighet skall pröva alla de anbud och de ansökningar om att få lämna anbud som har kommit in i rätt tid, om inte annat följer av andra stycket eller 17 §.

En upphandlande myndighet får förkasta ett anbud eller en ansökan om sådana förhållanden föreligger som avses i de bestämmelser till vilka hänvisas i 16 § första stycket.

#### *Kommentar*

Den föreslagna paragrafen överensstämmer i sak med 6 kap. 11 § LOU.

## Grunder för tilldelning av kontrakt

### 20 §

En upphandlande myndighet skall anta antingen

1. det anbud som är det ur den upphandlande myndighetens synvinkel ekonomiskt mest fördelaktiga, eller
2. det anbud som har lägst anbudspris.

Bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet skall göras i enlighet med 14 kap. 1 § andra stycket.

Den upphandlande myndigheten skall antingen ange vilken relativ inbördes betydelse de olika kriterier som avses i andra stycket kommer att ges vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet eller ange kriterierna i fallande prioritetsordning.

Den relativa betydelsen av kriterierna eller prioritetsordningen skall anges i annonsen om upphandling eller i förfrågningsunderlaget.

#### *Kommentar*

Paragrafen motsvarar delvis 6 kap. 12 § LOU. I stället för att i paragrafen ange de omständigheter som skall beaktas har en hänvisning gjorts till motsvarande bestämmelse i 13 kap 1 §.

Vidare anges att omständigheterna skall viktas inbördes enligt reglerna för upphandlingar över tröskelvärdena i 14 kap. 2 § eller anges i fallande prioritetsordning enligt nuvarande regler. Utredningen finner det inte motiverat att införa de strängare reglerna i 14 kap. med viktning som obligatorisk huvudregel för samtliga upphandlingar som inte omfattas av direktivets tillämpningsområde.

### Onormalt låga anbud

#### 21 §

Den upphandlande myndigheten får förkasta anbud som den anser vara onormalt lågt, dock först sedan myndigheten begärt förklaring till det låga anbudet och inte fått tillfredsställande svar. Förklaringen skall begäras skriftligen.

#### *Kommentar*

I förhållande till bestämmelsen i 6 kap. 12 § tredje stycket LOU har den ändringen gjorts att bestämmelsen i paragrafen gäller oavsett om tilldelning av kontraktet skall ske efter grunden det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet eller grunden lägsta pris i enlighet med motsvarande bestämmelse i 14 kap.

### Dokumentation, underrättelse och förvaring av handlingar

#### 22 §

En upphandlande myndighet skall dokumentera skälen för sina beslut och vad som i övrigt förekommit av betydelse vid upphandlingsförfarandet. Detta gäller dock inte vid tilldelning av kontrakt som avser lågt värde.

#### *Kommentar*

Bestämmelsen överensstämmer med 6 kap. 13 § LOU.

### 23 §

Vid förenklat förfarande och urvalsförfarande skall den upphandlande myndigheten lämna sådana upplysningar till anbudssökandena och anbudsgivarna som avses i 11 kap. 7 och 9 §§.

I de fall första stycket inte är tillämpligt skall den upphandlande myndigheten, när ett beslut om leverantör och anbud fattats, underrätta anbudsgivarna om detta snarast möjligt.

#### *Kommentar*

Paragrafens första stycke hänvisar till motsvarande bestämmelse i 11 kap. samt motsvarar 6 kap 1 § andra stycket andra meningen jämfört med 1 kap. 27 och 28 §§ LOU.

Bestämmelsen i andra stycket överensstämmer med 6 kap. 14 § LOU. Där anges en viss underrättelseskyldighet i de fall 1 kap. 28 § LOU inte är tillämplig.

### 24 §

En upphandlande myndighet skall på betryggande sätt förvara anbud och ansökningar om att få lämna anbud samt tillhörande beskrivningar, modeller och ritningar samt anbudsförteckningar, sammanställningar och liknande.

#### *Kommentar*

Bestämmelsen överensstämmer med 6 kap. 15 § LOU.

Särskilda bestämmelser för tilldelning av kontrakt som avser tjänster som anges i bilaga 3

### 25 §

Om ett kontrakt som avser tjänster som anges i bilaga 3 uppgår till minst tillämpligt tröskelvärde i 4 kap., skall den upphandlande myndigheten senast inom 48 dagar efter det att kontraktet tilldelats skicka ett meddelande därom till Byrån för Europeiska unionens officiella publikationer. I meddelandet skall anges om den upphandlande myndigheten godkänner att meddelandet publiceras.

*Kommentar*

Paragrafen överensstämmer i sak med 6 kap. 16 § första stycket LOU, där det anges vilka bestämmelser som skall tillämpas i fråga om upphandling enligt 5 kap. LOU som överstiger de tröskelvärden som anges där.

**Upphandling som rör rikets säkerhet m.m.****26 §**

Vid tilldelning av kontrakt som avses i 3 kap. 2 § får regeringen föreskriva eller i enskilda fall besluta om

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

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

Regeringen får i föreskrifter eller i enskilda fall överlåta till en upphandlande myndighet att själv besluta om sådana undantag som avses i första stycket.

Regeringen eller den myndighet som regeringen beslutar meddelar föreskrifter om produkter inom försvarssektorn.

*Kommentar*

Paragrafen överensstämmer med 6 kap. 17 § LOU. I tredje stycket har tagits in ett bemyndigande motsvarande det i 7 kap. 15 § 4 LOU.

**Projekttävlingar****27 §**

Vad som föreskrivs i 16 kap. 1 § första stycket, 2, 3, 5 och 10–13 §§ gäller även för projekttävlingar som understiger tröskelvärdet i 16 kap. 4 § första stycket, om inte tävlingen avser lågt värde.

Vid anordnande av projekttävlingar skall 3 § tillämpas. En projekttävling skall annonseras enligt 5 eller 7 §.

Vid tilldelning av kontrakt som följer på en projekttävling som anordnats enligt detta kapitel och som enligt tävlingsreglerna skall tilldelas vinnaren eller en av vinnarna skall, om en tävling avslutats med att mer än en vinnare utsetts, vinnarna inbjudas att delta i förhandlingar.

#### *Kommentar*

Paragrafens första stycke motsvarar 6 kap. 18 § LOU. I den paragrafen anges att en upphandlande myndighet får genomföra en formgivningstävling och att bestämmelserna i 5 kap. 28 och 30–33 §§ skall tillämpas på tävlingen, om inte upphandlingen avser lågt värde.

I 5 kap. 28 § första stycket LOU finns en definition av formgivningstävling. Den motsvaras av den definition som tagits in i 2 kap. 19 § och behövs alltså inte här. Enligt 5 kap. 28 § andra stycket skall tävlingen avslutas med att en jury utser vinnande tävlingsbidrag och där finns bestämmelser om juryns sammansättning.

Att en jury skall utse vinnande bidrag framgår av definitionen av projekttävling. Juryns sammansättning anges i 16 kap. 11 §. I 5 kap. 30 § LOU finns bestämmelser om att arrangören skall fastställa regler för tävlingen, om de krav som ställs på dessa regler och om begränsningar av antalet deltagare. Bestämmelserna motsvaras av 16 kap. 3 och 10 §§.

I andra stycket anges att en projekttävling skall annonseras, vilket motsvaras av 5 kap. 31 § LOU.

I 5 kap. 32 § LOU finns bestämmelser om att vinnande bidrag skall utses med utgångspunkt i de regler som fastställts för tävlingen och att bidragen skall presenteras anonymt för juryn. Motsvarande bestämmelser finns i 16 kap. 12 §.

Tredje stycket motsvarar 6 kap. 18 § jämförd med i 5 kap. 33 § LOU, som innebär att en upphandling som ansluter till en projekttävling och skall tilldelas vinnaren får föregås av förhandlingar utan föregående annonsering och att förhandlingar skall avse samtliga bidrag, om mer än ett kan komma i fråga. Bestämmelsen har sin motsvarighet i 5 kap. 10 §.

## 22 Överprövning, skadestånd m.m.

Bestämmelser om överprövning, skadestånd m.m. finns i 7 kap. LOU. I detta betänkande har bestämmelserna i 7 kap. förts in i den nya lagen i stort sett oförändrade

Vissa av bestämmelserna i 7 kap LOU avser endast upphandling inom försörjningssektorerna (2 § första stycket andra meningen, 3 §, 7 §, och 11–14 §§). Dessa bestämmelser har därför inte tagits in i den nu behandlade lagen.

### Föreslagna bestämmelser med kommentarer

#### Överprövning

##### 1 §

En leverantör som anser att han lidit eller kan komma att lida skada enligt 2 § får i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärder enligt nämnda paragraf.

Vid tilldelning av kontrakt genom ett direktupphandlingsförfarande får en ansökan enligt första stycket inte prövas efter den tidpunkt då ett avtal om upphandlingen föreligger.

Vid tillämpning av annat upphandlingsförfarande än som avses i andra stycket får en ansökan inte prövas efter den tidpunkt då ett upphandlingskontrakt föreligger. Den får dock prövas till dess att tio dagar gått från det att

1. den upphandlande myndigheten lämnat upplysningar enligt 11 kap. 9 § till anbudssökandena eller anbudsgivarna, eller
2. rätten, om den har fattat ett interimistiskt beslut, upphävt det beslutet.

Vad som sägs i tredje stycket andra meningen gäller inte i fråga om tilldelning av kontrakt som

1. avses i 3 kap. 2 §, om regeringen föreskrivit om undantag från bestämmelsen eller om regeringen eller den upphandlande

myndighet som regeringen bestämmer beslutat om undantag från bestämmelsen i ett enskilt fall, eller

2. det är absolut nödvändigt att genomföra med sådan synnerlig brådska som är orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses av den upphandlande myndigheten och inte heller kan hänföras till denna.

*Kommentar*

Paragrafen har med redaktionella ändringar utformats i överensstämmelse med bestämmelserna i 7 kap. 1 § LOU.

### Felaktig upphandling

#### 2 §

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot 1 kap. 5 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, skall rätten besluta att upphandlingen skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Rätten får omedelbart besluta att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats. Rätten får dock låta bli att fatta ett sådant interimistiskt beslut, om den skada eller olägenhet som åtgärden skulle medföra kan bedömas vara större än skadan för leverantören.

*Kommentar*

Paragrafen motsvarar 7 kap. 2 § LOU.

## Behörig domstol

### 3 §

En ansökan enligt 1 § skall göras hos den länsrätt i vars domkrets den upphandlande myndigheten har sitt hemvist.

Prövningstillstånd krävs vid överklagande till kammarrätten.

#### *Kommentar*

Paragrafen överensstämmer med 7 kap. 4 § LOU.

## Förbud mot överklagande

### 4 §

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

#### *Kommentar*

Paragrafen överensstämmer med 7 kap. 5 § LOU.

## Skadestånd

### 5 §

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

#### *Kommentar*

Paragrafen överensstämmer med 7 kap. 6 § LOU.

### 6 §

Talan om skadestånd skall väckas vid allmän domstol inom ett år från den tidpunkt som följer av 1 § andra - fjärde styckena. Väcks inte talan i tid, är rätten till skadestånd förlorad.

#### *Kommentar*

Paragrafen överensstämmer med 7 kap. 8 § LOU.

## Tillsyn

### 7 §

En särskild nämnd, Nämnden för offentlig upphandling, utövar tillsyn över den offentliga upphandlingen enligt denna lag. Vid sin tillsyn får nämnden inhämta alla nödvändiga upplysningar från upphandlande myndigheter.

Upplysningarna skall i första hand inhämtas genom skriftligt förfarande. Om det på grund av materialets omfång, brådska eller något annat förhållande är lämpligare, får upplysningarna inhämtas genom besök hos den upphandlande myndigheten.

#### *Kommentar*

Paragrafen överensstämmer med 7 kap. 9 § LOU.

### 8 §

En upphandlande myndighet är skyldig att tillhandahålla de upplysningar som Nämnden för offentlig upphandling begär för sin tillsyn.

#### *Kommentar*

Paragrafen överensstämmer med 7 kap. 10 § LOU.

## Övergångsbestämmelser

1. Denna lag träder ikraft den 1 februari 2006.
2. Lagen tillämpas på upphandlingsförfaranden som påbörjas efter ikraftträdandet.