

AVDELNING III

Upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster

I denna avdelning behandlas bestämmelserna om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster. Åtskilliga av bestämmelserna i denna lag överensstämmer med bestämmelser i lagen (0000:00) om offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster. I de fall sådana sammanfallande bestämmelser har kommenterats särskilt i förslaget till den lagen upprepas kommentaren normalt inte. I stället hänvisas till kommentaren till den motsvarande bestämmelsen i den andra lagen.

Bestämmelserna i denna avdelning grundas på Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, i denna avdelning kallat "direktivet", eller, när det behövs för att undvika missförstånd, "försörjningsdirektivet". Med "det klassiska direktivet" avses Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster. De områden som täcks av försörjningsdirektivet och det klassiska direktivet kallas i fortsättningen "försörjningssektorerna" respektive "den klassiska sektorn".

I inledningen till avdelning II i betänkandet har utredningen anfört att det inte finns behov av att föra in bestämmelsen om s.k. WTO-avtal i lagen om offentlig upphandling inom den klassiska sektorn eller att föra in särskilda bestämmelser om sekretess med anledning av det nya direktivet. Av de skäl som där anförts behöver sådana bestämmelser inte heller föras in i den nu behandlade lagen.

23 Allmänna bestämmelser

I detta kapitel behandlas tillämpningsområdet för lagen om upphandling inom försörjningssektorerna (1–3 §§), den allmänna princip som skall iakttas vid upphandling och som idag brukar betecknas som principen om affärsmässighet (4 §), vad som gäller då ett kontakt om upphandling avser mer än en verksamhet (5–8 §§) och rätten i vissa fall att få delta i ett upphandlingsförfarande (9 och 10 §§).

I artikel 12 i direktivet behandlas s.k. WTO-avtal. Artikeln lyder:

Vid tilldelning av kontrakt genom de upphandlande enheterna skall medlemsstaterna mellan sig tillämpa lika förmånliga villkor som de villkor som gäller för ekonomiska aktörer i tredje land enligt avtalet. Medlemsstaterna skall därför i Rådgivande kommittén för offentlig upphandling 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 (artikel 38 a), 93/36/EEG (artikel 28) och 93/37/EEG (artikel 33 a) 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 13 i direktivet finns en bestämmelse om konfidentialitet. Bestämmelsen lyder:

1. En upphandlande enhet får, i samband med utskickandet av tekniska specifikationer till berörda ekonomiska aktörer och under den period då den bedömer de ekonomiska aktörernas kvalifikationer och gör urval samt tilldelar kontrakt, ställa krav för att skydda den konfidentiella karaktären av information som den lämnar ut.

2. 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 artiklarna 43 och 49, och i enlighet med den nationella lagstiftning som gäller för den upphandlande enheten, 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.

Även i det klassiska direktivet finns en bestämmelse om konfidentialitet (artikel 6). Av samma skäl som anförts beträffande den artikeln i inledningen till 5 kap. i betänkandet har utredningen inte funnit anledning att införa några särskilda bestämmelser om sekretess i den förslagna lagen.

De allmänna bestämmelserna har tagits in i kapitel 1 i lagen.

Föreslagna bestämmelser med kommentarer

Lagens tillämpningsområde

1 §

Denna lag gäller, om inte annat följer av 2 §, vid tilldelning av kontrakt som avser byggtreprenader, varor och tjänster och som görs av en upphandlande enhet som anges i 3 kap. för en verksamhet som anges i 4 kap.

Lagen gäller också då en upphandlande enhet som anges i 3 kap. anordnar en projekttävling som avser en verksamhet som anges i 4 kap.

Kommentar

Paragrafen motsvarar närmast artikel 2.2 i direktivet och 1 kap. 2 § första stycket LOU.

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

Av den inledande paragrafen bör framgå att det, för att lagen skall vara tillämplig, skall vara fråga om kontrakt som tilldelas av särskilt angivna subjekt som driver viss verksamhet

Försörjningsdirektivet gäller upphandling som görs dels av myndigheter och vissa med myndigheter jämställda organ, dels, i den omfattning som framgår av direktivet, av privaträttsliga subjekt. I försörjningsdirektivet talas därför inte om "offentlig" upphandling. Även den föreslagna lagen bör anges omfatta *upphandling* inom försörjningssektorerna.

Avgränsningen när det gäller subjekten och den verksamhet det skall vara fråga om framgår av de två efterföljande kapitlen i lagen, till vilka hänvisas i 1 §.

Direktivet skiljer mellan å ena sidan tilldelning av kontrakt (avseende varor, byggentreprenader och tjänster) och å andra sidan anordnande av projekttävlingar. Detta framgår av direktivets definitioner av varu-, byggentreprenad- och tjänstekontrakt, som inte omfattar projekttävlingar. Även artikel 65.1, som anger att förfaranden som är anpassade till direktivets bestämmelser skall tillämpas vid anordnande av projekttävlingar, kan uppfattas på detta sätt.

Att direktivet skall tillämpas på projekttävlingar framgår förutom av artikel 4.2 a (som handlar om vattenbyggnadsprojekt m.m.) endast på det sättet, att det finns bestämmelser om projekttävlingar i direktivet. Det är lämpligt att redan i den inledande paragrafen ange att lagen också gäller anordnande av projekttävlingar. Bestämmelser om projekttävlingar finns i 8 kap. i lagen (kapitel 30 i betänkandet).

Enligt artikel 31 skall tilldelning av kontrakt som avser tjänster som anges i bilaga XVII A till direktivet (A-tjänster) göras med tillämpning av artiklarna 34–59. Detta innebär att bestämmelserna i artiklarna 60–66 om projekttävlingar inte skall tillämpas vid tilldelning av tjänstekontrakt. Enligt utredningens mening följer av den i direktivet gjorda skillnaden mellan tilldelning av kontrakt och projekttävlingar att bestämmelserna om projekttävlingar inte skall tillämpas på tilldelning av tjänstekontrakt. Någon bestämmelse motsvarande den i artikel 31 behöver därför inte tas in i lagen.

Motsvarande bestämmelser på den klassiska sektorn finns i 1 kap. 1 § och har kommenterats i anslutning till den paragrafen (kapitel 5 i betänkandet).

2 §

I fråga om kontrakt som avser tjänster som anges i bilaga 3 till denna lag och i fråga om andra kontrakt, vars värde understiger de tröskelvärden som anges i lagen, gäller lagen endast i den utsträckning som följer av 19 och 20 kap.

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

Kommentar

Eftersom denna paragraf lägger grunden för regleringen av den upphandling som inte enligt direktivet obligatoriskt skall regleras, saknar paragrafen motsvarighet i direktivet.

Enligt 6 kap LOU skall lagens bestämmelser i viss utsträckning gälla även vid upphandling under tröskelvärdena, vid upphandling av s.k. B-tjänster och 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 försörjningsdirektivet har undantag gjorts för kontrakt som omfattas av sekretess eller andra begränsningar med hänsyn till rikets säkerhet (artikel 21) och ett motsvarande undantag har gjorts i 5 kap. 4 § i den föreslagna lagen. I enlighet med vad som nu gäller enligt LOU bör bestämmelserna om upphandling under tröskelvärdena och om överprövning m.m. enligt 19 och 20 kap. i lagen gälla sådana kontrakt. Detta framgår av 19 kap. 1 § respektive 20 kap. 1 §.

Enligt artikel 32 skall B-tjänster omfattas endast av bestämmelserna i artikel 34 och artikel 43. Bestämmelserna i 19 kap. om upphandling av B-tjänster omfattar bl. a. vad som föreskrivs i dessa artiklar.

Andra stycket i paragrafen motsvarar artikel 33 i direktivet och 5 kap. 3 § andra stycket LOU. Den har med redaktionella ändringar utformats i enlighet med bestämmelsen i direktivet.

Motsvarande bestämmelser på den klassiska sektorn finns i 1 kap. 3 § och har kommenterats i anslutning till den paragrafen (kapitel 5 i betänkandet).

Genomförande av EG-direktiv

3 §

Genom lagen genomförs Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster¹.

Kommentar

Paragrafen motsvarar i sak 1 § andra stycket LOU men saknar av naturliga skäl motsvarighet i direktivet.

Principer för tilldelning av kontrakt

4 §

Tilldelning av kontrakt enligt denna lag skall göras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns. Upphandlande enheter skall behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt. Genomförandet av upphandlingsförfaranden skall ske med iakttagande av öppenhet.

Kommentar

Paragrafen motsvarar artikel 10 i direktivet och 1 kap. 4 § LOU. Den har utformats i enlighet med 1 kap. 5 § lagen om offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster. Utformningen har kommenterats i anslutning till den paragrafen (kapitel 5 i betänkandet).

Kontrakt som avser mer än en verksamhet

5 §

I det fall ett kontrakt avser mer än en verksamhet skall, om olika bestämmelser gäller för verksamheterna, tillämpas de bestämmelser som gäller för den huvudsakliga delen av kontraktet.

¹ EGT L 134, 30.4.2004, s.1–113 (Celex 32004L0017).

Kommentar

Motsvarande bestämmelse finns i artikel 9.1 första stycket i direktivet men saknas i LOU. Paragrafen har med redaktionella ändringar utformats i enlighet med bestämmelsen i direktivet.

Med verksamhet får i denna paragraf förstås de olika verksamheter som omfattas av lagen, dvs. sådana verksamheter som anges i 3 kap. Som framgår av 3 kap. 2 och 3 §§, som behandlar begränsningar av lagens tillämpning, finns det en viss skillnad mellan leverans av å ena sidan gas eller värme och å andra sidan el eller dricksvatten. Undantaget när det gäller gas och värme förutsätter att viss produktion är en oundviklig följd av viss annan verksamhet och uppgår till högst 20 procent av enhetens omsättning. Motsvarande undantag när det gäller el och dricksvatten förutsätter att viss produktion behövs för utöandet av viss annan verksamhet och uppgår till högst 30 procent av enhetens totala produktion. Förutsättningar för undantag kan därför i en viss situation föreligga i det ena fallet men inte det andra.

Skillnaderna mellan bestämmelserna om upphandling inom å ena sidan områdena gas, värme, el och dricksvatten och å andra sidan de övriga områden som omfattas av lagen och mellan dessa övriga områden inbördes är stora. I de sannolikt ovanliga fall då en upphandlande enhet utövar två eller flera verksamheter för vilka enligt vad som nu sagts gäller olika regler får med stöd av denna paragraf avgöras vilka regler som skall tillämpas.

6 §

I det fall ett kontrakt avser både en verksamhet som omfattas av denna lag och en verksamhet som omfattas av lagen (0000:00) om offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster skall, om det inte är möjligt att på objektiva grunder avgöra vilken verksamhet som kontraktet huvudsakligen avser, den sistnämnda lagen tillämpas på kontraktet.

Kommentar

Motsvarande bestämmelse finns i artikel 9.2 i direktivet men saknas i LOU. Paragrafen har med redaktionella ändringar utformats i enlighet med bestämmelsen i direktivet.

7 §

I det fall ett kontrakt avser både en verksamhet som omfattas av denna lag och en annan verksamhet som inte omfattas av vare sig denna lag eller lagen (0000:00) om offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster skall, om det inte är möjligt att på objektiva grunder avgöra vilken verksamhet som kontraktet huvudsakligen avser, denna lag tillämpas på kontraktet.

Kommentar

Motsvarande bestämmelse finns i artikel 9.3 i direktivet men saknas i LOU. Paragrafen har med redaktionella ändringar utformats i enlighet med bestämmelsen i direktivet.

8 §

Valet mellan att tilldela endast ett kontrakt som avser mer än en verksamhet och att tilldela separata kontrakt för de olika verksamheterna får inte göras för att uppnå att kontraktstildelningen undantas från bestämmelserna i denna lag eller i lagen (0000:00) om offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster.

Kommentar

Motsvarande bestämmelse finns i artikel 9.1 andra stycket i direktivet men saknas i LOU. Paragrafen har med redaktionella ändringar utformats i enlighet med bestämmelsen i direktivet.

Rätten att få delta i ett upphandlingsförfarande**9 §**

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 ett kontrakt avser, får inte uteslutas från deltagande i upphandlingsförfarandet endast på grund av krav på att leverantören skall vara antingen en fysisk eller en juridisk person.

Juridiska personer kan, när det gäller tjänste- och byggentreprenadkontrakt eller 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 11.1 i direktivet men saknar motsvarighet i LOU. Den överensstämmer med 1 kap. 6 § lagen om offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster (kapitel 5 i betänkandet) och har kommenterats i anslutning till den paragrafen.

10 §

Grupper av leverantörer har rätt att lämna anbud och att ansöka om att få lämna anbud. Den upphandlande enheten får inte föreskriva att sådana grupper skall anta en bestämd juridisk form för att få lämna anbud eller förhandla. Enheten 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 11.2 i direktivet och 1 kap. 23 a § LOU. Den överensstämmer med 1 kap. 7 § lagen om offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster (kapitel 5 i betänkandet) och har med redaktionella ändringar utformats i överensstämmelse med bestämmelsen i direktivet.

11 §

En upphandlande enhet får reservera deltagandet i 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 28 i direktivet men saknar motsvarighet i LOU. Frågan berörs också i beaktandesats 39 i direktivet.

Paragrafen har utformats i överensstämmelse med motsvarande paragraf i lagen om offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster (1 kap. 8 §). Beträffande kommentarer hänvisas till kommentaren till den paragrafen i kapitel 5 i betänkandet.

24 Definitioner

Definitionerna i detta kapitel är i de flesta fall desamma som används i lagen om offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster. När definitionerna är likalydande kommenteras de därför inte särskilt i detta kapitel. I stället hänvisas till motsvarande bestämmelse i den nämnda lagen. De definitioner som är specifika för upphandling inom försörjningssektorerna kommenteras däremot i detta kapitel.

I direktivet finns definitioner av *dynamiskt inköpssystem*, och *elektronisk auktion*. 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.

De allmänna synpunkter som anförts i inledningen till kommentarerna till bestämmelserna i 2 kap. i lagen om offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster (kapitel 6 i betänkandet) gäller även i fråga om bestämmelserna i det nu aktuella kapitlet.

De bestämmelser som behandlas i detta kapitel i betänkandet har tagits in i 2 kap. i lagen.

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

Paragrafen överensstämmer med 2 kap. 1 § lagen om offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster (kapitel 6 i betänkandet).

2 §

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

Kommentar

Paragrafen motsvarar 1 kap. 5 § andra stycket LOU och överensstämmer med 2 kap. 1 § lagen om offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster (kapitel 6 i betänkandet).

3 §

Med *kontrakt* avses enligt denna lag skriftligt avtal som

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

Motsvarande bestämmelse finns i artikel 1.2 a i direktivet och i 1 kap. 5 § fjärde stycket LOU.

Paragrafen överensstämmer i sak med 2 kap. 3 § lagen om offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster (kapitel 6 i betänkandet).

Paragrafen skiljer sig från direktivets artikel i två avseenden. I direktivet definieras "varu-, byggtreprenad- och tjänstekontrakt" och det anges att det skall vara fråga om kontrakt med ekonomiska villkor. Den föreslagna definitionen definierar i stället kontrakt på samma sätt som offentligt kontrakt definieras i 2 kap. 3 § lagen om offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster i likhet med vad som föreslås. 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.

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 *byggentreprenadkontrakt* avses ett kontrakt avseende byggentreprenad 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. utförandet, oavsett på vilket sätt, av ett byggnadsverk enligt krav som ställts upp av den upphandlande enheten.

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

Kommentar

Motsvarande bestämmelser finns i artikel 1.2 b i direktivet och i 1 kap. 5 § femte stycket LOU.

Paragrafen överensstämmer med 2 kap. 4 § lagen om offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster (kapitel 6 i betänkandet). För kommentarer till bestämmelsens utformning hänvisas till kommentaren till den paragrafen.

5 §

Med *varukontrakt* avses ett 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- eller installationsarbeten avseende varorna.

Kommentar

Motsvarande bestämmelser finns i artikel 1.2 c i direktivet. LOU innehåller ingen särskild definition av varukontrakt.

Paragrafen överensstämmer i sak med 2 kap. 5 § lagen om offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster (kapitel 6 i betänkandet).

6 §

Med *tjänstekontrakt* avses ett kontrakt som gäller utförande av sådana tjänster som anges i bilaga 2 eller 3 till denna lag och som inte utgör ett kontrakt som anges i 4 eller 5 §.

Ett kontrakt som avser såväl varor som tjänster enligt bilaga 2 eller 3 till denna lag skall behandlas som ett tjänstekontrakt, om värdet av tjänsterna är högre än värdet av varorna.

Ett kontrakt som avser tjänster enligt bilaga 2 eller 3 till denna lag och 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

Motsvarande bestämmelser finns i artikel 1.2 d i direktivet. LOU innehåller ingen särskild definition av varukontrakt.

Paragrafen överensstämmer i sak med 2 kap. 6 § lagen om offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster (kapitel 6 i betänkandet).

7 §

Med *ramavtal* avses ett avtal som ingås mellan en eller flera upphandlande enheter 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 1.4 i direktivet och 1 kap. 5 § åttonde stycket LOU. Den överensstämmer med 2 kap. 8 § lagen om offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster (kapitel 6 i betänkandet) bortsett från att i den paragrafen talas om upphandlande myndigheter och inte om upphandlande enheter. Ramavtal behandlas i kommentaren till den paragrafen.

8 §

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

Med *leverantör* avses också grupper av leverantörer.

Kommentar

Paragrafen motsvarar i sak artikel 1.7 första stycket i direktivet. Där avser definitionen ”entreprenör, varuleverantör eller tjänsteverantör”. En definition av leverantör finns i 1 kap. 5 § sjunde stycket LOU.

Paragrafen överensstämmer med 2 kap. 10 § lagen om offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster (kapitel 6 i betänkandet) bortsett från att i den paragrafen talas om offentlig enhet och inte om upphandlande enhet. I enlighet med vad som anförts i anslutning till den paragrafen motsvarar leverantör det i direktivet använda uttrycket ekonomisk aktör.

9 §

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

Kommentar

En definition av anbudssökande finns i artikel 1.7 tredje stycket i direktivet. LOU innehåller ingen sådan definition.

Paragrafen överensstämmer med 2 kap. 11 § lagen om offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster. I enlighet med vad som anförts i anslutning till den paragrafen har ingen definition av anbudsgivare tagits in i lagen.

10 §

Med *inköpscentral* avses en upphandlande myndighet som

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

Kommentar

Motsvarande bestämmelser finns i artikel 1.8 i direktivet. LOU innehåller inga bestämmelser om inköpscentraler.

I artikel 1.8 definieras inköpscentral som en upphandlande myndighet i den mening som avses i artikel 2.1 a eller en upphandlande myndighet i den mening som avses i artikel 1.9 i

direktiv 2004/18/EG. Med upphandlande myndighet avses i de två direktiven samma sak. I båda fallen innebär det att begreppet omfattar inte endast statliga, regionala och kommunala myndigheter utan också vad som i direktiven betecknas offentlighetsorgan. Något behov av att som upphandlande myndighet enligt denna lag beteckna också upphandlande myndigheter enligt lagen om offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster finns därför inte.

Av 3 kap. 1 och 2 §§ denna lag framgår att offentligt styrda organ (som motsvarar offentlighetsorgan i direktivet) är att anse som myndigheter vid tillämpning av denna lag.

Paragrafen överensstämmer i sak med 2 kap. 14 § lagen om offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster (kapitel 6 i betänkandet).

11 §

Med *förfrågningsunderlag* avses underlag för anbud, som en upphandlande enhet 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.

Paragrafen överensstämmer med 2 kap. 15 § lagen om offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster (kapitel 6 i betänkandet).

12 §

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

Kommentar

Paragrafen motsvarar artikel 1.9 a i direktivet och 1 kap. 5 § femtonde stycket LOU. Den överensstämmer med 2 kap. 16 § lagen om offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster (kapitel 6 i betänkandet).

13 §

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

Kommentar

Paragrafen motsvarar artikel 1.9 b i direktivet och 1 kap. 5 § sextonde stycket LOU. Den överensstämmer med 2 kap. 17 § lagen om offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster (kapitel 6 i betänkandet).

14 §

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

Kommentar

Paragrafen motsvarar 1.9 c i direktivet och 1 kap. 5 § sjuttonde stycket LOU. Den överensstämmer med 2 kap. 18 § lagen om offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster (kapitel 6 i betänkandet).

15 §

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

Kommentar

Paragrafen motsvarar artikel 1.10 i direktivet och 1 kap. 5 § nionde stycket jämfört med 5 kap. 28 § LOU.

Paragrafen överensstämmer med 2 kap. 19 § lagen om offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster (kapitel 6 i betänkandet). Bestämmelsen har kommenterats i anslutning till den paragrafen.

16 §

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

Paragrafen motsvarar artikel 1.11 i direktivet. LOU innehåller ingen definition av vad som avses med skriftlig.

Paragrafen överensstämmer med 2 kap. 20 § lagen om offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster (kapitel 6 i betänkandet). Bestämmelsen har kommenterats i anslutning till den paragrafen.

17 §

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 1.12 i direktivet. LOU innehåller ingen motsvarande bestämmelse.

Paragrafen överensstämmer med 2 kap. 21 § lagen om offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster (kapitel 6 i betänkandet). Bestämmelsen har kommenterats i anslutning till den paragrafen.

18 §

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 bilaga 1, 2 eller 3 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 1.13 i direktivet. Någon motsvarande definition finns inte i LOU.

Paragrafen överensstämmer med 2 kap. 22 § lagen om offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster (kapitel 6 i betänkandet). Bestämmelsen har kommenterats i anslutning till den paragrafen.

25 Upphandlande enheter

Upphandling inom försörjningssektorerna omfattas, som redan angetts, av lagens reglering, inte endast om upphandlingen görs av myndigheter eller offentligt styrda organ utan också i vissa fall då den görs av privaträttsliga organ.

Bestämmelserna om upphandlande enheter har tagits in i 3 kap. i lagen.

Föreslagna bestämmelser med kommentarer

Upphandlande enheter

1 §

Upphandlande enheter är myndigheter och sådana företag som avses i 4 §.

2 §

Med myndigheter avses i denna lag utöver myndigheter även, beslutande församlingar i kommuner och landsting, offentligt styrda organ som avses i 3 § samt sammanslutningar av myndigheter.

Kommentar till 1 och 2 §§

Motsvarande bestämmelser finns i artikel 2.1 a i direktivet och i 1 kap. 5 § tredje stycket LOU.

I 2 § anges i enlighet med vad som föreskrivs i LOU att också beslutande församlingar i kommuner och landsting är upphandlande enheter. Något behov av att i lagen föreskriva att Svenska kyrkans församlingar och kyrkliga samfälligheter skall anses som upphandlande enheter i fråga om verksamhet som bedrivs enligt begravningslagen torde inte finnas (jfr kommentaren

till 2 kap. 13 § i lagen om offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster).

Enligt direktivet är det endast sammanslutningar av upphandlande myndigheter, inräknat offentligt styrda organ, som anses som upphandlande enheter. En sammanslutning av offentliga företag som avses i artikel 2.1 b i direktivet är inte i sig själv en upphandlande enhet.

Paragrafen är utformad i enlighet med vad som nu sagts. Den överensstämmer alltså i sak med bestämmelserna i direktivet.

Bestämmelserna i 1–3 §§ motsvarar sammantaget vad som föreskrivs i 2 kap. 12 och 13 §§ lagen om upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster.

Offentligt styrda organ

3 §

Med offentligt styrda organ enligt 2 § 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 en annan upphandlande myndighet,

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

3. i vars förvaltningsorgan, styrelseorgan eller övervakande organ mer än halva antalet ledamöter utses av staten, en kommun, ett landsting eller en annan upphandlande myndighet.

Kommentar

Motsvarande bestämmelser finns i artikel 2.1 a andra stycket i direktivet och i 1 kap. 6 § LOU.

Direktivets uttryck "offentligrättsligt organ" används inte i LOU. Den sakliga innebörden av 1 kap. 6 § LOU och direktivets uttryck tycks dock vara lika.

I enlighet med vad som anförts i kommentarerna till 2 kap. 12 § lagen om offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster (kapitel 6 i betänkandet) bör godtas att vad som i direktivet betecknas offentligrättsliga organ anses som myndigheter vid tillämpning av lagen. Frågan torde inte ha någon

påtaglig praktisk betydelse men det ligger ett visst värde i att de två lagarna på upphandlingsområdet, så långt möjligt, är enhetligt utformade.

I övrigt hänvisas till kommentarerna till 2 kap. 12 och 13 §§ lagen om offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster.

Andra upphandlande enheter än myndigheter

4 §

Som upphandlande enheter anses vidare

1. företag över vilka en upphandlande myndighet kan utöva ett bestämmande inflytande på det sätt som anges i 5 §, och

2. företag som bedriver verksamhet som anges i 4 kap. 1, 4–6 eller 9 § med stöd av en särskild rättighet eller ensamrätt som avses i 6 §.

Kommentar

Punkt 1 i paragrafen motsvarar artikel 2.1 b första stycket i direktivet och 4 kap. 1 § andra stycket 1 LOU. Punkt 2 i paragrafen motsvarar tillsammans med 6 § i detta kapitel artikel 2.2 b i direktivet och 4 kap. 1 § andra stycket 2 LOU.

Genom hänvisning i punkt 2 till verksamhet som anges i 4 kap. 1, 4–6 eller 9 § skall uppnås att bestämmelserna om särskild rättighet eller ensamrätt gäller för alla slag av verksamhet som omfattas av lagen.

Begreppet företag (i den engelska språkversionen ”undertaking”) är avsett att omfatta varje fysisk eller juridisk person som bedriver verksamhet av ekonomisk eller kommersiell natur.

I artikel 2.2 b i direktivet sägs att direktivet gäller upphandlande enheter ”som - - - bedriver någon av de verksamheter som - - - eller någon kombination av dessa - - -”. Enligt utredningens uppfattning är det klart att formuleringen av punkt 2 i paragrafen täcker även det fallet att ett företag bedriver mer än en verksamhet som omfattas av lagen. Vidare är det klart att ett företag som bedriver en verksamhet som delvis faller inom lagens tillämpningsområde är skyldigt att tillämpa lagens bestämmelser endast på upphandling inom denna del av verksamheten.

Varje upphandling skall bedömas enligt de bestämmelser som gäller för den. Om en upphandling avser mer än en verksamhet skall enligt 1 kap. 5–7 §§ avgöras vilka regler som skall tillämpas.

Något behov finns enligt utredningens mening inte av att som i direktivet ange att den verksamhet som bedrivs kan vara en kombination av de verksamheter som direktivet omfattar.

Vad som regleras i paragrafen överensstämmer i sak med de angivna bestämmelserna i direktivet.

Bestämmande inflytande

5 §

Med bestämmande inflytande enligt 4 § 1 avses att en upphandlande myndighet, direkt eller indirekt, 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 förvaltningsorgan eller i dess verkställande eller övervakande organ.

Kommentar

Motsvarande bestämmelser finns i artikel 2.1 b andra stycket och i 4 kap. 1 § andra stycket jämfört med 3 kap. 8 § andra stycket LOU.

Paragrafen har, utan att någon skillnad i sak avsetts, utformats på ett enklare sätt än bestämmelsen i direktivet. I den bestämmelsen anges i ett första stycke att ett offentligt företag är ett företag över vilket en upphandlande myndighet har ett direkt eller indirekt bestämmande inflytande till följd av ägarförhållande, finansiellt deltagande eller gällande regler. Därefter anges i ett andra stycke när ett bestämmande inflytande skall anses föreligga. Såvitt kan förstås innebära denna reglering att andra stycket uttömmande reglerar när ett bestämmande inflytande skall anses föreligga. Något behov av att i första stycket ange på vilken grund ett bestämmande föreligger synes därför inte finnas.

Särskild rättighet eller ensamrätt

6 §

Med en särskild rättighet eller en ensamrätt som anges i 4 § 2 avses en rättighet eller ensamrätt som

1. beviljats av myndighet enligt lag eller annan författning,
2. begränsar utövandet av en sådan verksamhet som avses i 4 kap. till ett eller flera företag, och
3. väsentligt påverkar andra företags möjligheter att bedriva samma typ av verksamhet.

Kommentar

Motsvarande bestämmelser finns i artikel 2.3 i direktivet och i 4 kap. 1 § tredje stycket LOU.

I direktivet anges inte vilka slag av rättigheter eller ensamrätter det kan vara fråga om. I bilagorna I och II till direktivet anges för Sveriges del att upphandlande enheter inom sektorerna för transport eller distribution av gas eller värme och inom sektorerna för produktion, transport eller distribution av el är enheter som transporterar eller distribuerar gas eller värme med tillstånd enligt lagen (1978:160) om vissa rörledningar respektive enheter som transporterar eller distribuerar el med stöd av koncession som beviljats enligt ellagen (1997:857).

Bestämmelsen i LOU, som synes ha utformats med utgångspunkt i motsvarande bestämmelse i direktiv 93/38/EEG (artikel 2.3), lyder:

Vid tillämpning av bestämmelserna i detta kapitel innefattar termen "särskilt tillstånd" dels fall då ett företag i syfte att anlägga nät eller annan anordning som avses i (4 kap. 1 §) första stycket kan utnyttja rätt till expropriation eller användning av egendom eller får placera nätutrustning på, under eller över allmän väg, dels fall då ett företag bedriver verksamhet som avses i (4 kap. 1 §) första stycket 1 och levererar dricksvatten, elektricitet, gas eller värme till ett nät som drivs av ett företag som har särskilt tillstånd från en myndighet.

De nät som avses i 4 kap. 1 § första stycket LOU är dels fasta nät som tillhandahålls i syfte att betjäna allmänheten i fråga om produktion, transporter, distribution eller försörjning med dricksvatten, el, gas eller värme, dels nät som drivs i syfte att betjäna allmänheten i fråga om transporter med järnväg, spårväg, tunnelbana, buss, trådbuss eller linbana. Verksamhet som avses i

4 kap. 1 § första stycket 1 är drift eller tillhandahållande av de först nämnda fasta näten samt leverans av sådana nyttigheter till fasta nät som drivs av ett företag som har särskilt tillstånd från en myndighet.

En motsvarighet till det andra ledet av bestämmelsen i 4 kap. 1 § tredje stycket LOU (om leverans av dricksvatten, el m.m. till ett nät som drivs av ett företag som har särskilt tillstånd från en myndighet) fanns i artikel 2.3 andra stycket b i direktiv 93/38/EEG men finns inte i försörjningsdirektivet och har därför inte heller tagits in i den föreslagna paragrafen.

I beaktandesats 25 anges följande:

Det behövs en lämplig definition av begreppet särskilda rättigheter eller ensamrätt. Definitionen innebär att det faktum att en enhet i samband med nät-, hamn- eller flygplatsarbeten kan utnyttja ett förfarande för expropriation eller bruksrätt eller kan placera nätutrustning på, under eller över allmän väg, i sig inte utgör en ensamrätt eller särskild rättighet i den mening som avses i detta direktiv. Inte heller det faktum att en enhet levererar dricksvatten, elektricitet, gas eller värme till ett nät som drivs av en enhet som åtnjuter särskilda rättigheter eller ensamrätt som beviljats av en behörig myndighet i den berörda medlemsstaten utgör i sig en särskild rättighet eller ensamrätt i den mening som avses i detta direktiv. På samma sätt kan inte rättigheter som en medlemsstat beviljar ett begränsat antal företag, oavsett hur de beviljas, exempelvis genom tilldelning av koncessioner, på grundval av objektiva kriterier, som är proportionerliga och icke-diskriminerande och ger alla berörda parter som uppfyller kriterierna möjlighet att utnyttja dessa rättigheter, anses utgöra särskilda rättigheter eller ensamrätt.

De uttalanden som gjorts i beaktandesats 25 kan uppenbarligen tjäna till ledning för tillämpningen av artikel 2.3 i direktivet. Uttalandena medger enligt utredningens mening inte att den bestämning som gjorts i 4 kap. 1 § tredje stycket LOU av vad som avses med särskilt tillstånd införs i den nya lagen. Uttalandena innebär i stället att ett privat företag, dvs. ett företag som inte är en upphandlande myndighet eller en annan upphandlande enhet enligt 4 §, inte skall anses bedriva verksamhet med stöd av en särskild rättighet eller en ensamrätt enbart på den grunden att företaget levererar dricksvatten, el, gas eller värme till en upphandlande enhet som bedriver sin verksamhet med stöd av en sådan rättighet eller ensamrätt. Sådan verksamhet i form av produktion av gas, värme eller el som bedrivs av privata företag kan inte heller på annan

grund anses utövad med sådant stöd och kommer därför enligt utredningens mening inte att omfattas av bestämmelserna i lagen.

Bestämmelsen i 6 § i den nya lagen har formulerats i enlighet med artikelns lydelse.

I paragrafen har valts ordet "företag" i stället för det i den svenska språkversionen använda ordet "enhet". I de danska och tyska språkversionerna används ordet "virksomhed" respektive "Unternehmen". Som angetts i kommentaren till 4 § är avsikten att med företag skall avses varje fysisk eller juridisk person som bedriver verksamhet av ekonomisk eller kommersiell natur.

Det kan anmärkas att direktivets formulering "som väsentligt påverkar andra enheters möjligheter att bedriva samma typ av verksamhet" inte har riktigt samma innebörd som LOU:s formulering "ett eller flera företag förbehålls rätten att bedriva verksamheten".

Vad som inte uttryckligen regleras vare sig i direktivet eller i den föreslagna lagtexten är det fallet att en myndighet beviljat ett företag en ensamrätt med rätt för företaget att sätta annat företag i sitt ställe. Det borde dock enligt utredningens uppfattning vara möjligt att tolka bestämmelsen så att även detta andra företag driver sin verksamhet med stöd av en av myndighet beviljad rättighet eller ensamrätt.

26 Verksamheter som omfattas av lagen

I motsats till vad som gäller inom den klassiska sektorn omfattar bestämmelserna om upphandling inom försörjningssektorerna endast sådana organ som bedriver viss verksamhet. De verksamheter det gäller är tillhandahållande eller drift i visst syfte av fasta nät för gas, värme, el, dricksvatten eller transporter och leverans av gas, värme, el eller dricksvatten till fasta nät för sådana nyttigheter. Vidare omfattas verksamhet som innefattar posttjänster. I förhållande till direktiv 93/38/EEG föreligger den skillnaden att försörjningsdirektivet inte omfattar telekommunikationstjänster.

Bestämmelserna i detta kapitel har tagits in i kapitel 4 i lagen.

Föreslagna bestämmelser med kommentarer

Gas, värme, el och dricksvatten

1 §

En verksamhet omfattas av denna lag om den består av

1. tillhandahållande eller drift av fasta nät i syfte att tillhandahålla allmänheten tjänster i samband med produktion, transport eller distribution av gas, värme, el eller dricksvatten, eller
2. leverans av gas, värme, el eller dricksvatten till sådana nät.

Kommentar

Motsvarande bestämmelser finns i direktivet i artikel 3.1 när det gäller gas och värme, i artikel 3.3 när det gäller el och i artikel 4.1 när det gäller dricksvatten. I LOU är bestämmelserna på området samlade i 4 kap. 1 § första stycket 1.

I direktivet regleras de verksamheter som avser gas/värme, el och vatten i separata bestämmelser. Dessa bestämmelser är i de delar

som nu behandlas likalydande. Det är därför lämpligt att, som i LOU, föra samman de gemensamma bestämmelserna i en paragraf.

En skillnad finns mellan direktivets och LOU:s bestämmelser. Utöver produktion, transport och distribution, som uttryckligen anges i direktivet, nämns i LOU också försörjning. I den ursprungliga lydelsen av 4 kap. 1 § LOU angavs ”transporter, distribution eller försörjning” med dricksvatten etc. Artikel 2.2 i direktiv 93/38/EEG innehåller samma uppräkningslista som det nya direktivet. Någon förklaring till den ursprungliga formuleringen i LOU ges inte i prop. 1992/93:88, som innehöll förslaget till den nuvarande LOU. Genom en ändring 1995 (SFS 1995:704) lades produktion till uppräkningslistan. Det angavs i prop. 1994/95:153 s. 15 att syftet med denna åtgärd var att förtydliga lagtexten och uppnå bättre överensstämmelse med direktivtexten.

Såvitt kan bedömas finns det ingen anledning att på denna punkt avvika från direktivtexten. Paragrafen har därför i sak utformats på samma sätt som denna.

2 §

Om en annan upphandlande enhet än en upphandlande myndighet levererar gas eller värme till ett nät som är avsett för tillhandahållande av tjänster för allmänheten, skall detta inte anses utgöra en sådan verksamhet som avses i 1 §, om

1. enhetens produktion är en oundviklig följd av utövandet av en annan verksamhet än sådan som avses i 1, 4–6 eller 9 §,

2. leverans till det publika nätet endast syftar till att använda denna produktion ekonomiskt, och

3. sådana leveranser uppgår till högst 20 procent av enhetens omsättning, beräknat på de tre närmast föregående årens genomsnitt, innevarande år medräknat.

Kommentar

Motsvarande bestämmelser finns i artikel 3.2 i direktivet och i 4 kap. 7 a § LOU.

Den föreslagna paragrafen har med redaktionella ändringar utformats i överensstämmelse med bestämmelserna i direktivet.

Med verksamhet som avses i 1, 4–6 eller 9 § täcks i princip all verksamhet som kan omfattas av lagen.

3 §

Om en annan upphandlande enhet än en upphandlande myndighet levererar el eller dricksvatten till ett nät som är avsett för tillhandahållande av tjänster åt allmänheten, skall detta inte anses utgöra en sådan verksamhet som avses i 1 §, om

1. enhetens produktion behövs för utövandet av en annan verksamhet än sådan som avses i 1, 4–6 eller 9 §,

2. leverans till det publika nätet beror endast på enhetens egen förbrukning, och

3. sådana leveranser uppgår till högst 30 procent av enhetens totala produktion av el respektive dricksvatten, beräknat på de tre närmast föregående årens genomsnitt, innevarande år medräknat.

Kommentar

Motsvarande bestämmelser finns i artikel 3.4 och artikel 4.3 i direktivet samt i 4 kap. 7 a § LOU.

Paragrafen överensstämmer i sak med artikel 3.2 i direktivet. Den överensstämmer också, bortsett från att paragraferna behandlar olika nyttigheter, i stort sett med närmast föregående paragraf.

4 §

Denna lag gäller även vid tilldelning av kontrakt som görs och projektävlingar som anordnas av en upphandlande enhet som bedriver sådan i 1 § avsedd verksamhet som avser dricksvatten, om kontraktet eller projektävlingen har anknytning till

1. vattenbyggnadsprojekt, konstbevattning eller dränering, under förutsättning att den volym vatten som avses för dricksvattenförsörjningen utgör mer än 20 procent av den totala volym vatten som tillhandahålls genom dessa projekt eller konstbevattnings- och dräneringsanläggningar, eller

2. bortföring eller rening av avloppsvatten.

Kommentar

Paragrafen motsvarar artikel 4.2 i direktivet men saknar motsvarighet i LOU.

Bestämmelsen i artikel 4.2 lyder i den svenska språkversionen:

Detta direktiv omfattar även kontrakt eller projektävlingar som tilldelas eller handläggs av en enhet som bedriver någon av de verksamheter som avses i punkt 1 och som

a) har anknytning till vattenbyggnadsprojekt, konstbevattning och dränering, förutsatt att den volym vatten som avses för dricksvattenförsörjningen utgör mer än 20 % av den totala volym vatten som tillhandahålls genom dessa projekt eller konstbevattnings- och dräneringsanläggningar, eller

b) har anknytning till bortföring eller rening av avloppsvatten.

Bestämmelsen är otydlig. Där finns tre ”som” vilka kan styra punkterna a och b. Det kan vara

”kontrakt eller projektävlingar *som* tilldelas eller handläggs av en enhet - - - och *som* har anknytning till vattenbyggnadsprojekt - - - ” eller

”projektävlingar *som* tilldelas av en enhet som bedriver - - - och *som* har anknytning till vattenbyggnadsprojekt - - - ”, eller

”en enhet *som* bedriver någon av de verksamheter som avses - - - och *som* har anknytning till vattenbyggnadsprojekt - - - ”.

Det är alltså tveksamt om det är kontraktet/projektävlingen, enheten eller verksamheten som skall ha anknytning till vattenbyggnadsprojekt etc.

I den engelska språkversionen uttrycks bestämmelsen på följande sätt:

This directive shall also apply to contracts or design contests awarded or organised by entities which pursue an activity referred to in paragraph 1 and which

a) are connected with - - -.

Den danska språkversionen tyder närmast på att det är verksamheten som skall ha sådan anknytning. I den tyska språkversionen sägs att ”diese Richtlinie findet auch auf die Vergabe von Aufträge - - - Anwendung - - - wenn diese Aufträge a) mit Wasserbauvorhaben - - - im Zusammenhang stehen - - - .”

I den engelska versionen är det mest sannolikt att det är *enheten* som skall ha anknytning till vattenbyggnadsprojekt m.m.

Sakligt sett synes det vara mest naturligt att det är *kontraktet/projektävlingen* som skall ha anknytning till vattenbyggnadsprojekt etc., vilket motsvarar innebörden av bestämmelsen i den tyska språkversionen. Paragrafen har utformats i enlighet härmed.

Transporttjänster

5 §

En verksamhet omfattas av denna lag om den består av tillhandahållande eller drift av nät i syfte att tillhandahålla allmänheten tjänster i form av transporter med järnväg, automatiserade system, spårväg, tunnelbana, buss, trådbuss eller linbana.

Ett nät för transporttjänster skall anses föreligga om tjänsten tillhandahålls enligt sådana av myndighet fastställda villkor som avser linjedragning, tillgänglig transportkapacitet, turtäthet och liknande förhållanden.

Lagen gäller inte vid tilldelning av kontrakt som en upphandlande enhet gör för busstransportverksamhet som avses i första stycket, om 4 kap. 4 § första stycket lagen (1992:1528) om offentlig upphandling är tillämplig på enheten den 31 januari 2006.

Kommentar

Motsvarande bestämmelser finns i artikel 5 i direktivet samt i 4 kap. 1 § första stycket 3 och 4 kap. 4 § första stycket LOU.

Artikel 5 omfattar inte uttryckligen tillhandahållande eller drift av tunnelbanenät. Sådana nät har uttryckligen angetts till i den föreslagna paragrafen.

Paragrafens andra stycke har, utan att någon ändring i sak är avsedd, formulerats på ett annat sätt än artikel 5.1 andra stycket. I direktivet anges att villkor skall ha fastställts av en behörig myndighet, t.ex. i fråga om linjedragning, tillgänglig transportkapacitet eller turtäthet. I paragrafen uttrycks detta i stället så det skall vara fråga om av myndighet fastställda villkor som avser linjedragning, tillgänglig transportkapacitet, turtäthet och liknande förhållanden.

Enligt den motsvarande bestämmelsen i direktiv 93/38/EEG (artikel 2.2 c) gäller det direktivet endast drift av nät i syfte att tillhandahålla allmänheten transporter. Försörjningsdirektivet däremot omfattar såväl tillhandahållande som drift av nät. Den markbundna persontrafiken i Sverige är numera i stor utsträckning organiserad så att en trafik huvudman som har ansvar för att upprätthålla viss trafik uppdrar utförandet av trafiken åt någon annan. Det kan enligt utredningens mening inte råda någon tvekan om att trafik huvudmannen i ett sådant fall tillhandahåller ett nät

för transporter och därför omfattas av bestämmelserna i försörjningsdirektivet och i lagen.

I artikel 5.2 föreskrivs att direktivet inte omfattar de enheter som tillhandahåller busstransporttjänster för allmänheten, vilka är uteslutna från tillämpningsområdet för direktiv 93/38/EG enligt dess artikel 2.4. Av artikel 5.2 jämförd med beaktandesats 27 får anses framgå att busstransportverksamhet, som vid den tidpunkt då försörjningsdirektivet skall vara genomfört i nationell rätt, är uteslutna från tillämpningsområdet för det äldre direktivet, skall omfattas av undantaget enligt försörjningsdirektivet. Andra verksamheter, som kan komma i fråga för undantag enligt artikel 30 i försörjningsdirektivet, har att följa det särskilda förfarandet i den artikeln för att undantas.

I 4 kap. 4 § LOU föreskrivs att bestämmelserna i kapitlet inte skall tillämpas av en upphandlande enhet vid upphandling för busstransportverksamhet som avses i 1 § första stycket 3, om även andra företag får bedriva sådan verksamhet inom samma geografiska område på samma villkor. Eftersom bestämmelsen i LOU får antas överensstämma med artikel 2.4 i det äldre direktivet bör i den föreslagna paragrafen anges att lagen inte tillämpas vid tilldelning av kontrakt som upphandlande enheter gör för sådan busstransportverksamhet som den 31 januari 2006 är undantagen enligt 4 kap. 4 § första stycket LOU.

Posttjänster

6 §

En verksamhet omfattas av denna lag om den består av tillhandahållande av posttjänster eller tjänster som anges i 8 §.

Verksamhet som avser tillhandahållande av tjänster som avses i 8 § omfattas av denna lag endast om den upphandlande enheten också tillhandahåller posttjänster och om det beträffande denna senare verksamhet inte har fastställts, enligt det särskilda förfarande som anges i artikel 30 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster att verksamheten är direkt konkurrensutsatt på marknader med fritt tillträde.

Kommentar

Paragrafen motsvarar artikel 6.1 och artikel 6.2 c i direktivet. Verksamhet som avser posttjänster omfattas inte av LOU.

Direktivets bestämmelser om upphandling för verksamhet som avser tillhandahållande av posttjänster behöver inte genomföras förrän 35 månader från det att direktivet skall ha genomförts, dvs. senast den 1 januari 2009. Vidare föreskrivs i artikel 30.1 i direktivet att detta inte omfattar verksamheter som är direkt konkurrensutsatta på marknader med fritt tillträde.

Bestämmelserna i 6–8 §§ har med redaktionella ändringar utformats i överensstämmelse med bestämmelserna i direktivet.

I ikraftträdandebestämmelserna föreslås att bestämmelserna om upphandling inom postsektorn skall träda i kraft 35 månader efter ikraftträdandet av lagen i övrigt.

Förutsättningen för att upphandlingsreglerna skall gälla för en verksamhet som omfattar andra tjänster än posttjänster är enligt artikel 6.1 att tjänsterna tillhandahålls av en upphandlande enhet som också tillhandahåller posttjänster. Denna förutsättning anges i artikel 6.2 c. Enligt utredningens mening är det lämpligt att ange denna förutsättning redan i den inledande paragrafen.

Som ytterligare en förutsättning anges att villkoren i artikel 30.1 *inte* är uppfyllda med avseende på posttjänster. Av denna artikel framgår att direktivet inte omfattar sådan verksamhet som avses i direktivet, om denna verksamhet, där den utövas, är ”direkt konkurrensutsatt på marknader med fritt tillträde”. Förfarandet för att avgöra om detta är fallet beskrivs detaljerat i artikel 30. I huvudsak gäller att frågan skall underställas kommissionen antingen av en medlemsstat eller, om medlemsstaten har medgett det, av en upphandlande enhet. En annan procedur anvisas i det fall en medlemsstat har genomfört och tillämpar Europaparlamentets och rådets direktiv 97/67/EG av den 15 december 1997 om gemensamma regler för utvecklingen av gemenskapens inre marknad för posttjänster och för förbättring av kvaliteten på tjänsterna.

7 §

Med posttjänster avses insamling, sortering, transport och överlämnande av postförsändelser.

Med postförsändelse avses en adresserad försändelse i den slutliga utformning som den skall överlämnas i, såsom brevörsändelser, böcker, kataloger, tidningar och tidskrifter

samt postpaket som innehåller varor med eller utan kommersiellt värde.

Kommentar

Motsvarande bestämmelser finns i artikel 6.2 b i direktivet. Där anges att posttjänster omfattar ”monopoliserande posttjänster” och ”andra posttjänster”, varvid anges att dessa två slag av tjänster är sådana som enligt artikel 7 i det i kommentaren till 5 § nämnda direktivet får respektive inte får omfattas av monopol. Eftersom något monopol enligt artikel 7 i det nämnda direktivet inte gäller i Sverige finns inte något behov av att ta in en bestämmelse motsvarande den i direktivet i lagen.

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

8 §

Med andra tjänster än posttjänster avses

1. posthanteringstjänster både före och efter avsändandet,
2. adresshanteringstjänster, överföring av registrerad e-post, säker elektronisk överföring av kodade dokument och andra tjänster, om tjänsterna har anknytning till och utförs helt och hållet med elektroniska medel,
3. tjänster som avser oadresserad direktreklam och andra försändelser som inte innefattas i 7 § andra stycket,
4. tjänster som avser postanvisningar och postgirobotalningar samt finansiella tjänster som anges i 5 kap. 11 § 3 och är hänförliga till kategori 6 i bilaga 2, till denna lag,
5. filatelitjänster, och
6. tjänster där fysisk leverans eller magasinering kombineras med andra tjänster som inte är posttjänster (logistik tjänster).

Kommentar

Motsvarande bestämmelser finns i artikel 6.2 c i direktivet.

I artikel 6.2 c anges olika andra tjänster än posttjänster. I den första strecksatsen talas om ”tjänster som innebär förvaltning av posttjänster (tjänster både före och efter försändelsen, t.ex. närservice)”. Dessa tjänster betecknas i den tyska språkversionen av direktivet ”Managementdienste für Postversandstellen”. I paragrafen har använts uttrycket ”posthanteringstjänster både före och

efter avsändandet” vilket synes väl anknyta till texten i den tyska språkversionen.

I artikel 6.2 c andra strecksatsen behandlas vad som benämns mervärdestjänster. I den danska språkversionen av direktivet talas om värdeförhöjande tjänster. I paragrafen har valts att i stället anknyta till de exempel som direktivet innehåller på sådana tjänster.

Enligt direktivet skall ”mervärdestjänsterna” ha anknytning till (och utföras helt och hållet med) elektroniska medel. Något samband med posttjänster eller med de övriga tjänster som avses i artikel 6.2 c tycks inte krävas.

Övriga punkter i paragrafen överensstämmer med redaktionella avvikelser med direktivets motsvarande bestämmelser.

Undersökning av förekomsten av eller utvinning av olja, gas, kol eller andra fasta bränslen samt tillhandahållande av hamnar och flygplatser

9 §

En verksamhet omfattas av denna lag om den består av att utnyttja mark- eller vattenområden i syfte att

1. undersöka förekomsten av eller utvinna olja, gas, kol eller andra fasta bränslen, eller
2. tillhandahålla flygplatser, hamnar eller andra terminaler för transporter i luften eller till sjöss.

Kommentar

Motsvarande bestämmelser finns i artikel 7 i direktivet och 4 kap. 1 § första stycket 2 LOU.

Paragrafen överensstämmer med direktivets bestämmelser med följande avvikelser.

I direktivet talas om utnyttjande av ett geografiskt område, vilket i paragrafen motsvaras av att utnyttja mark- eller vattenområden. Den i paragrafen valda formuleringen överensstämmer med den som används i LOU och innebär ingen saklig avvikelse från direktivets bestämmelser.

I direktivet anges kusthamnar och inlandshamnar samt transporter till havs och på inre vattenvägar. Något behov av dessa distinktioner finns inte. I paragrafen anges därför allmänt hamnar och transporter till sjöss, vilket är avsett att ha samma innebörd som uttrycket i direktivet.

27 Undantag från lagens tillämpningsområde

I artikel 18–26 i direktivet görs undantag från direktivets tillämpningsområde för ett flertal slag av upphandlingar. Enligt beaktandesats 18 i direktivet bör full tillämpning av direktivet under en övergångstid begränsas till kontrakt för vilka bestämmelserna i direktivet kommer att göra det möjligt att utnyttja alla möjligheter till att öka handeln över gränserna. Undantagen avser sådana kontrakt där denna aspekt inte är framträdande.

Undantagen från lagens tillämpningsområde har tagits in i kapitel 5 i den föreslagna lagen.

Föreslagna bestämmelser med kommentarer

Byggkoncessioner och tjänstekoncessioner

1 §

Denna lag tillämpas inte då en byggkoncession eller tjänstekoncession beviljas av en upphandlande enhet som utför en eller flera av de verksamheter som avses i 3 kap., om koncessionen beviljas för utövande av sådan verksamhet.

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.

Med tjänstekoncession avses ett kontrakt av samma slag som ett tjänstekontrakt men som innebär att ersättning utgår endast 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 18 i direktivet men saknar motsvarighet i LOU och har utformats i enlighet med bestämmelsen i direktivet.

De verksamheter som avses i 3 kap. är de verksamheter som anges i artiklarna 3–7, dvs. verksamheter som omfattas av försörjningsdirektivet.

Avsikten med bestämmelsen är att upphandlingsreglerna inom försörjningssektorerna inte skall tillämpas, om en upphandlande enhet, som bedriver någon verksamhet inom denna sektor, beviljar ett byggentreprenadkontrakt eller ett tjänstekontrakt åt ett företag som också skall bedriva sådan verksamhet, och som får ett vederlag för sin prestation som helt eller delvis består av rätten att bedriva verksamheten.

Definitionerna av byggkoncession och tjänstekoncession finns i artikel 1.3 a respektive 1.3 b i direktivet. Endast byggkoncession definieras i LOU (1 kap. 5 § sjätte stycket). De överensstämmer med motsvarande definitioner i lagen om offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster (2 kap. 7 § respektive 3 kap. 5 § andra stycket).

Kontrakt för återförsäljning eller uthyrning till tredje man**2 §**

Denna lag tillämpas inte vid tilldelning av kontrakt som görs för återförsäljning eller uthyrning till tredje man, om den upphandlande enheten inte har någon särskild rättighet eller ensamrätt att sälja eller hyra ut föremålet för upphandlingen och även andra enheter har rätt att sälja eller hyra ut det på samma villkor som den upphandlande enheten.

En upphandlande enhet är skyldig att på begäran av Europeiska gemenskapernas kommission till kommissionen anmäla de varukategorier och verksamheter som den anser vara undantagna enligt första stycket.

Kommentar

Paragrafen motsvarar artikel 19 i direktivet och 4 kap. 4 § tredje stycket LOU.

I punkt 2 i artikeln föreskrivs att upphandlande enheter skall på kommissionens begäran till kommissionen anmäla samtliga varukategorier och verksamheter som de anser vara undantagna enligt punkt 1 i artikeln, dvs. inte omfattade av någon särskild rättighet eller ensamrätt. Bestämmelsen, som finns även i det äldre försörjningsdirektivet, har inte tagits in i LOU men bör föras in i den nya lagen.

Paragrafen har utformats i överensstämmelse med bestämmelsen i direktivet.

Annan verksamhet än som avses i lagen och verksamhet i tredje land**3 §**

Denna lag tillämpas inte vid tilldelning av kontrakt som görs

1. för något annat ändamål än för att utöva sådan verksamhet som avses i 3 kap. 1, 4–6 eller 9 §, eller

2. för att i en stat som inte är bunden av avtalet om Europeiska ekonomiska samarbetsområdet (EES) utöva sådan verksamhet som avses i 4 kap. 1, 4–6 eller 9 § utan fysisk användning av något nät eller geografiskt område inom EES.

En upphandlande enhet är skyldig att på begäran av Europeiska gemenskapernas kommission till kommissionen anmäla de verksamheter som den anser vara undantagna enligt första stycket.

Kommentar

Paragrafen motsvarar artikel 20 i direktivet och 4 kap. 3 § LOU

Enligt artikel 20.1 undantas från tillämpningen av direktivet upphandling som en upphandlande enhet gör antingen för något annat än utövande av sådan verksamhet som omfattas av direktivet eller för utövande av verksamhet som omfattas av direktivet men som bedrivs utan någon användning av nät eller geografiskt område inom Europeiska ekonomiska samarbetsområdet (EES).

Visserligen kan den första delen av det undantag som avses i första stycket 1 enligt utredningens mening anses följa redan av bestämmningen av direktivets och lagens tillämpningsområde och skulle därför inte behöva anges här. Av artikel 20.2 framgår dock att en upphandlande enhet som anser att en verksamhet är undantagen enligt artikel 20.1 är skyldig att till kommissionen anmäla att så är fallet. Vidare kommer, enligt vad som angetts i kommentaren till 3 kap. 2 § lagen om offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster (se kapitel 5 i betänkandet), detta undantag att leda till att den undantagna upphandlingen i stället omfattas av den lagen.

Paragrafens första stycke har med redaktionella ändringar utformats i enlighet med bestämmelsen i direktivet.

I paragrafens andra stycke har skyldigheten att anmäla undantag till kommissionen tagits in. En sådan skyldighet finns även i det äldre försörjningsdirektivet men har inte tagits in i LOU.

I artikel 20.2 andra och tredje meningarna föreskrivs att kommissionen får publicera förteckningar över verksamhets-kategorier som den anser vara undantagna och att den skall ta hänsyn till känsliga aspekter. Bestämmelserna riktar sig endast till kommissionen och skall inte tas in i lagen.

Kontrakt som kräver sekretess eller särskilda säkerhetsåtgärder

4 §

I fråga om kontrakt som omfattas av sekretess eller andra särskilda begränsningar med hänsyn till rikets säkerhet tillämpas endast bestämmelserna i 20 och 21 kap.

Kommentar

Paragrafen motsvarar artikel 21 i direktivet och 1 kap. 3 § andra stycket 1 LOU.

Paragrafen motsvaras delvis av 3 kap. 4 § lagen om offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster (kapitel 7 i betänkandet). I den lagen undantas dock också kontrakt som avser varor eller tjänster som omfattas av artikel 296 i EG-fördraget (dvs. varor eller tjänster som inte har civil användning).

Kontrakt som tilldelas enligt andra internationella regler

5 §

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

1. ett internationellt avtal som i överensstämmelse med EG-fördraget har ingåtts mellan en EES-stat och en eller flera stater utanför EES och som omfattar varor, byggentreprenader, tjänster eller projekttävlingar för att EES-staterna gemensamt skall genomföra eller driva ett projekt,

2. ett internationellt avtal om stationering av militär personal, eller

3. en internationell organisations särskilda förfarande.

Avtal enligt första stycket 1 skall skickas till kommissionen.

Kommentar

Paragrafen motsvarar artikel 22 i direktivet och 1 kap. 3 § andra stycket LOU.

Paragrafen har sin motsvarighet i 3 kap. 5 § lagen om offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster (kapitel 7 i betänkandet).

Bestämmelsen i artikel 22 a överensstämmer inte helt med motsvarande bestämmelse i det klassiska direktivet. Bestämmelsen i det senare direktivet omfattar dels upphandling av varor eller byggentreprenader avsedda att utnyttjas i samband med att avtalsstaterna gemensamt uppför eller driver en anläggning, dels upphandling av tjänster avsedda att utnyttjas i samband med att avtalsstaterna gemensamt genomför eller driver ett projekt. Denna skillnad återspeglas i de föreslagna paragraferna.

Anknutna företag och samriskföretag

6 §

Under de förutsättningar som anges i 7 § tillämpas inte denna lag i fråga om kontrakt som

1. en upphandlande enhet tilldelar ett anknutet företag, eller

2. ett samriskföretag, bildat uteslutande av flera upphandlande enheter i syfte att bedriva verksamhet som avses i 3 kap., tilldelar ett företag som är anknutet till någon av dem.

Kommentar

Paragrafen motsvarar artikel 23.2 och 4 kap. 4 a § första stycket LOU.

I artikel 23 i direktivet behandlas upphandling där de inblandade parterna är upphandlande enheter, anknutna företag och vad som i LOU kallas samriskföretag (i den svenska språkversionen av direktivet kallat samföretag). Termen "samriskföretag" är ovanlig. Den används nu i LOU och förklaras i lagtexten. Något hinder mot att även i fortsättningen använda termen finns inte.

Artikel 23.2 behandlar endast upphandling som en upphandlande enhet gör från ett anknutet företag eller som ett samriskföretag gör från ett företag som är anknutet till något av de företag som ingår i samriskföretaget. I 4 kap. 4 a § första stycket LOU regleras också det fallet att ett samriskföretag gör en upphandling från ett företag som ingår i samriskföretaget. Detta senare fall, som i direktivet finns i artikel 23.4 a, har i den föreslagna lagen tagits in i 8 §.

Det i direktivet uppställda kravet att ett samriskföretag skall ha bildats "uteslutande" av upphandlande enheter finns inte i LOU men har förts in i den föreslagna paragrafen.

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

De förutsättningar som i artikeln tagits in i artikel 23.3 har i den föreslagna lagen tagits in i 7 §.

7 §

Vad som föreskrivs i 6 § tillämpas under förutsättning att tilldelningen av byggentreprenad-, varu- eller tjänstekontrakt motsvarar minst 80 procent av det anknutna företags genomsnittliga omsättning av byggentreprenader, varor respektive tjänster under de föregående tre åren.

Om ett anknutet företag inte kan visa sin omsättning för de senaste tre åren på grund av tidpunkten för företagets etablering eller verksamhetens påbörjande, får företaget genom prognoser för verksamheten eller på annat sätt göra sannolikt att den andel av omsättningen som avses i första stycket kommer att uppnås.

Om mer än ett företag som är anknutet till den upphandlande enheten tillhandahåller samma eller liknande byggentreprenader, varor eller tjänster, skall andelen beräknas med hänsyn till den totala omsättning som härrör från tillhandahållandet av

byggentreprenader, varor respektive tjänster från dessa anknutna företag.

Kommentar

Paragrafen motsvarar artikel 23.3 i direktivet och, när det gäller tjänster, 4 kap. 4 a § andra stycket LOU.

I artikel 23.3 a–c finns tre likalydande bestämmelser, en om tjänster, en om varor och en om byggentreprenader. Som bestämmelserna är utformade förutsätts att andelen av omsättningen skall beräknas särskilt för byggentreprenader, varor och tjänster, dvs. vid beräkning av om andelen uppnås beträffande tjänster får inte beaktas de byggentreprenad- eller varukontrakt som också kan ha tilldelats det anknutna företaget. Avsikten med den i paragrafen valda formuleringen är att den skall ha den nu angivna innebörden.

Bestämmelserna i artikeln har förts samman till en bestämmelse intagen i 7 § första stycket. Denna bestämmelse överensstämmer i sak med bestämmelserna i direktivet.

Paragrafens andra och tredje stycken överensstämmer med artikel 23.3 andra respektive tredje stycket.

8 §

Denna lag tillämpas inte i fråga om kontrakt som

1. ett samriskföretag, bildat uteslutande av upphandlande enheter för att bedriva verksamhet som avses i 3 kap., tilldelar en av dessa upphandlande enheter, eller

2. en upphandlande enhet tilldelar ett sådant samriskföretag som enheten ingår i, om samriskföretaget har bildats för att utföra den aktuella verksamheten under en tid av minst tre år och det i den handling som upprättats för bildandet av företaget föreskrivs att de upphandlande enheter som det består av kommer att ingå i det under minst samma tid.

Kommentar

Paragrafen motsvarar artikel 23.4 i direktivet och delvis 4 kap. 4 a § första stycket 2 LOU. LOU innehåller ingen bestämmelse motsvarande den i artikel 23.4 b, vilken tagits in i 8 § 2.

9 §

Med anknutet företag avses ett företag vars årsredovisning sammanställs med den upphandlande enhetens enligt 7 kap. årsredovisningslagen (1995:1554) samt annat företag som

1. den upphandlande enheten kan utöva ett bestämmande inflytande över,

2. kan utöva ett bestämmande inflytande över den upphandlande enheten, eller

3. tillsammans med den upphandlande enheten står under bestämmande inflytande av något annat företag på grund av ägande eller finansiellt deltagande eller på grund av de regler företaget lyder under.

Vad som avses med bestämmande inflytande framgår av 2 kap. 5 §.

Kommentar

Paragrafen motsvarar artikel 23.1 i direktivet samt 3 kap. 8 § andra stycket och 4 kap. 4 a § tredje stycket LOU. Paragrafen har med redaktionella ändringar utformats i enlighet med bestämmelserna i direktivet.

10 §

På begäran av Europeiska gemenskapernas kommission skall en upphandlande enhet som vid tilldelning av kontrakt tillämpar något av undantagen i 6 eller 8 § lämna uppgifter till kommissionen om namnen på de berörda företagen eller samriskföretagen och om de berörda kontraktens art och värde samt tillhandahålla det underlag som kommissionen anser vara nödvändigt för att visa att relationerna mellan företaget eller samriskföretaget och den upphandlande enheten motsvarar kraven i 6–9 §§.

Kommentar

Paragrafen motsvarar artikel 23.5 i direktivet och 4 kap. 5 § LOU. Paragrafen har med redaktionella ändringar utformats i enlighet med bestämmelsen i direktivet.

Förvärv av fastighet m.m.

11 §

Denna lag tillämpas inte vid tilldelning av kontrakt som avser

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

2. skiljemanna- eller förlikningsuppdrag,

3. finansiella tjänster i samband med utfärdande, försäljning, förvärv eller överlåtelse av värdepapper eller andra finansiella instrument, däribland den upphandlande enhetens transaktioner för att skaffa pengar eller kapital,

4. anställningskontrakt, eller

5. forsknings- och utvecklingstjänster, med undantag av sådana som uteslutande är till nytta för en upphandlande enhet i dess egen verksamhet, förutsatt att den tillhandahållna tjänsten betalas uteslutande av den upphandlande enheten.

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

Paragrafen motsvarar artikel 24 i direktivet. I 5 kap. 1 § andra stycket LOU finns liknande bestämmelser, som enligt paragrafen skall tillämpas vid upphandling av A-tjänster inom försörjningssektorerna.

I direktivet har dessa undantag behandlats som undantag från upphandlingsreglerna för tjänstekontrakt. Detta synes bero på att tjänstekontrakt enligt definitionerna av olika kontrakt är en restpost, som omfattar sådana kontrakt som inte är byggtreprenad- eller varukontrakt. I den föreslagna paragrafen har detta, utan att någon skillnad i sak är avsedd, inte särskilt angetts.

Paragrafen överensstämmer med 3 kap. 6 § lagen om offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster (kapitel 7 i betänkandet), bortsett från att i den senare paragrafen även finns ett undantag för programmaterial avsett för sändning som utförs av radio- och TV-bolag samt kontrakt om sändningstid. Bestämmelserna har kommenterats i anslutning till den paragrafen (kapitel 7 i betänkandet).

Tjänstekontrakt som tilldelas på grund av ensamrätt

12 §

Denna lag tillämpas inte i fråga om tjänstekontrakt som tilldelas en 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 25 i direktivet och 5 kap. 2 § LOU, som genom 5 kap. 1 § första stycket andra meningen är tillämplig vid upphandling som avses i 4 kap.

Paragrafen överensstämmer med 3 kap. 8 § lagen om offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster (kapitel 7 i betänkandet).

Bestämmelsen har med redaktionella ändringar utformats i överensstämmelse med bestämmelsen i direktivet.

Kontrakt som avser vatten, energi eller bränsle i vissa fall

13 §

Denna lag tillämpas inte i fråga om kontrakt som tilldelas av en upphandlande enhet och avser

1. vatten, om den upphandlande enheten bedriver verksamhet enligt 4 kap. 1 § som avser dricksvatten, eller

2. energi eller bränsle för energiproduktion, om den upphandlande enheten bedriver verksamhet enligt 4 kap. 1 § som avser el, gas eller värme eller verksamhet som avses i 4 kap. 9 § 1.

Kommentar

Paragrafen motsvarar artikel 26 i direktivet och 4 kap. 7 § LOU. Paragrafen har med redaktionella ändringar utformats i enlighet med bestämmelsen i direktivet.

Undantagen kan antas vara motiverade av att vatten regelmässigt förs från närbelägna källor och att övriga nämnda marknader ansetts så reglerade att det funnits litet utrymme för konkurrens.

Direkt konkurrensutsatt verksamhet

14 §

Denna lag tillämpas inte vid tilldelning av kontrakt som syftar till att medge utförandet av en verksamhet som avses i 4 kap., om det enligt det särskilda förfarande som anges i artikel 30 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster fastställts att verksamheten är direkt konkurrensutsatt på marknader med fritt tillträde.

En upphandlande enhet får begära att Europeiska gemenskapernas kommission fastställer att förutsättningarna enligt första stycket är uppfyllda beträffande verksamhet som bedrivs av den upphandlande enheten.

Kommentar

Bestämmelser motsvarande första och andra styckena i paragrafen finns i artikel 30.1 respektive 30.5 första stycket i direktivet. Artikel 30 reglerar i övrigt vad bedömningen skall grundas på (punkt 2), en presumtion för att förutsättningarna är uppfyllda (punkt 3), viss underrättelseskyldighet och effekterna av kommissionens åtgärder (punkt 4), skyldigheten för en medlemsstat att lämna information (punkt 5 andra stycket), rätten för kommissionen att inleda ett förfarande och effekterna av att kommissionen inte fattat beslut inom viss tid (punkt 5 tredje och fjärde styckena) och vad kommissionen har att iaktta (punkt 6).

Fastställandet av att en verksamhet är direkt konkurrensutsatt på marknader med fritt tillträde kan ske antingen genom ett beslut av kommissionen eller genom att kommissionen, inom i artikel 30 angivna tidsfrister, inte fattat något beslut i frågan.

LOU innehåller ingen motsvarighet till artikel 30.

Enligt utredningens bedömning är det endast de bestämmelser som finns i artikel 30.1 och 30.5 första stycket som kan behöva tas in i lagen. Den senare bestämmelsen innebär att upphandlande enheter inte måste men kan ges rätt att själva begära prövning av om det finns förutsättningar för tillämpning av artikel 30. Med hänsyn bl.a. till att lagen i viss utsträckning gäller även privaträttsliga upphandlande enheter finns det skäl att utnyttja denna möjlighet.

28 Tröskelvärden

I likhet med vad som gäller vid upphandling inom den klassiska sektorn har i direktivet fastställts olika tröskelvärden. Innebörden av att det finns tröskelvärden är att direktivets bestämmelser skall tillämpas endast om ett upphandlingskontrakts värde uppgår till minst det tillämpliga tröskelvärdet. I försörjningsdirektivet har fastställts olika tröskelvärden beroende på om det är fråga om upphandling av varor eller tjänster eller om upphandling av byggtreprenader. I fråga om varor och tjänster gäller tröskelvärdet 473 000¹ euro och för byggtreprenader gäller tröskelvärdet 5 923 000² euro.

Särskilda bestämmelser gäller enligt direktivet om tröskelvärden för projekttävlingar och ramavtal. Dessa bestämmelser har tagits in i kapitel 8 respektive 9 i lagen (se kapitel 30 och 31 i betänkandet).

I detta kapitel behandlas finns bestämmelser om tröskelvärdena och om hur de skall beräknas.

Bestämmelserna har tagits in i 6 kap. i lagen.

Föreslagna bestämmelser med kommentarer

Tröskelvärdenas storlek

1 §

Denna lag skall tillämpas på tilldelning av kontrakt vars värde exklusive mervärdesskatt beräknas uppgå till minst 473 000 euro när det gäller varu- eller tjänstekontrakt och minst 5 923 000 euro när det gäller byggtreprenadkontrakt.

¹ Förordning EG/1874/2004 (Celex 3200R1874).

² Förordning EG/1874/2004 (Celex 3200R1874).

Kommentar

Paragrafen motsvarar artikel 16 i direktivet och 4 kap. 8 § LOU.

I direktivet anges uttryckligen att det skall tillämpas på ”upphandlingskontrakt som inte skall undantas enligt artiklarna 19–26 eller artikel 30 när det gäller utövande av verksamheten i fråga”. I överensstämmelse med vad som anförts beträffande motsvarande bestämmelse (4 kap.1 §) i fråga om upphandling inom den klassiska sektorn (se kommentaren till denna paragraf i kapitel 8 i betänkandet) har någon motsvarighet till denna bestämmelse inte tagits in i paragrafen.

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

Beräkning av värdet av ett kontrakt**2 §**

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

Kommentar

Paragrafen motsvarar artikel 17.1 i direktivet. I 4 kap. 9 § tredje stycket LOU finns bestämmelser om options- och förlängningsklausuler. Paragrafen överensstämmer med 4 kap. 3 § lagen om offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster (se kommentaren till denna paragraf i kapitel 8 i betänkandet).

Förbud mot kringgående av tröskelvärden

3 §

En upphandlande enhet får inte kringgå tillämpningen av denna lag genom att dela upp byggtreprenadprojekt eller planerad anskaffning av en viss mängd varor eller tjänster eller genom att välja speciella metoder för att beräkna kontraktets värde.

Kommentar

Paragrafen motsvarar artikel 17.2 i direktivet. LOU innehåller ingen motsvarande bestämmelse. En liknande bestämmelse har tagits in i 4 kap. 5 § lagen om offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster (se kommentaren till denna paragraf i kapitel 8 i betänkandet). Den senare paragrafen innehåller i överensstämmelse med det klassiska direktivet ingen motsvarighet till förbudet mot att använda speciella metoder för att beräkna upphandlingens värde.

Kontrakt som löper på viss tid eller på obestämd tid

4 §

För kontrakt 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 kontrakt som avser längre tid skall värdet beräknas till den totala kostnaden inklusive varans uppskattade restvärde. För kontrakt som löper på obestämd tid eller vars löptid inte kan bestämmas skall värdet beräknas till månadskostnaden multiplicerad med talet 48.

Kommentar

Paragrafen motsvarar artikel 17.9 i direktivet och 4 kap. 9 § första stycket LOU. Paragrafen överensstämmer med 4 kap. 8 § lagen om offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster (se kommentaren till denna paragraf i kapitel 8 i betänkandet).

Vissa tjänstekontrakt

5 §

För 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 provisioner som skall betalas och andra former av ersättning.

Kommentar

Paragrafen motsvarar artikel 17.10 i direktivet och 5 kap. 10 § LOU, som genom 5 kap. 1 § första stycket andra meningen är tillämplig vid upphandling som avses i 4 kap.

Paragrafen överensstämmer med 4 kap. 10 § lagen om offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster (se kommentaren till denna paragraf i kapitel 8 i betänkandet).

6 §

I det fall något totalpris inte bestämts för ett tjänstekontrakt skall värdet av kontraktet 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.

Kommentar

Paragrafen motsvarar artikel 17.11 i direktivet och 5 kap. 7 § LOU, som genom 5 kap. 1 § första stycket andra meningen är tillämplig vid upphandling som avses i 4 kap.

Paragrafen överensstämmer med 4 kap.11 § första stycket lagen om offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster (se kapitel 8 i betänkandet).

Byggentreprenadkontrakt

7 §

I värdet av ett byggentreprenadkontrakt skall inräknas kostnaden för entreprenaden och värdet av varor och tjänster som den upphandlande enheten tillhandahåller entreprenören för att entreprenaden skall kunna fullgöras.

Värdet av varor och tjänster som inte krävs för att entreprenaden skall kunna fullgöras får inte läggas till värdet av entreprenaden, om upphandlingen av dessa varor och tjänster då skulle falla utanför lagens tillämpningsområde.

Kommentar

Paragrafens första stycke motsvarar artikel 17.4 i direktivet samt 4 kap. 6 § andra stycket och 4 kap. 12 § LOU. Det överensstämmer med 4 kap. 6 § lagen om offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster (se kapitel 8 i betänkandet).

Paragrafens andra stycke motsvarar artikel 17.5 i direktivet men saknar motsvarighet i LOU.

Upphandling genom delkontrakt

8 §

Om ett projekt för anskaffning 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 uppnås 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, förutsatt att det sammanlagda värdet av sådana delkontrakt inte överstiger 20 procent av det sammanlagda värdet av alla delkontrakten.

Kommentar

Paragrafen motsvarar artikel 17.6 b i direktivet och 4 kap. 10 § första stycket LOU. Den har med redaktionella ändringar utformats i överensstämmelse med bestämmelserna i direktivet.

9 §

Om en planerad byggtreprenad eller ett projekt för anskaffning av tjänster kan innebära att flera kontrakt tilldelas samtidigt i form av delkontrakt skall värdet av delkontrakten beaktas vid tillämpning av 1 §. Om tröskelvärdet då uppnås 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 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 17.6 a i direktivet och, när det gäller byggtreprenader, 4 kap. 11 § LOU. Den har med redaktionella ändringar utformats i överensstämmelse med bestämmelserna i direktivet.

Varu- eller tjänstekontrakt som regelbundet återkommer eller som skall förnyas

10 §

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.

Kommentar

Paragrafen motsvarar artikel 17.7 i direktivet och 4 kap. 9 § andra och tredje styckena LOU.

I 4 kap. 9 § andra stycket 2 LOU anges i överensstämmelse med det nu gällande direktiv 93/38/EG (artikel 14.7 b) att värdet av upphandlingskontrakt kan beräknas för en kommande tolv-månadersperiod eller för hela kontraktperioden, om denna är längre än tolv månader. Motsvarande bestämmelse i det nya direktivet (artikel 17.7 b) anger att värdet skall beräknas för en kommande tolvmånadersperiod eller för räkenskapsåret, om detta är längre än tolv månader. Det är därför knappast motiverat att behålla anknytningen till kontraktperioden.

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

Kontrakt som omfattar både varor och tjänster**11 §**

Värdet av ett kontrakt som omfattar både varor och tjänster skall utgöras av det totala värdet av kontraktet, oavsett hur det fördelar sig på varor och tjänster. I värdet skall inräknas värdet av monterings- och installationsarbeten.

Kommentar

Paragrafen motsvarar artikel 17.8 i direktivet och 4 kap. 6 § första stycket LOU. Den har med redaktionella ändringar utformats i överensstämmelse med bestämmelserna i direktivet.

29 Upphandlingsförfaranden

I detta kapitel behandlas de olika upphandlingsförfaranden som får tillämpas.

De tre upphandlingsförfaranden som får användas, öppet, selektivt eller förhandlat förfarande, anges i 1 §. Som en huvudregel gäller att en upphandling skall annonseras. I vissa angivna fall får dock upphandling göras utan föregående annonsering. Dessa fall anges i 2 §.

I direktivet har införts två nya elektroniska processer, ”dynamiska inköpssystem” (artikel 15) och ”elektroniska auktioner” (artikel 56). Medlemsstaterna är fria att välja om förfarandet och processerna skall få användas. Upphandlingsförfarandet ”konkurrenspräglad dialog”, som regleras i artikel 29 i det klassiska direktivet, förekommer inte i försörjningsdirektivet.

Medlemsstaterna är fria att välja om de vill tillåta användning av dynamiska inköpssystem och elektroniska auktioner. Enligt utredningens direktiv skall utredningens överväganden i dessa delar redovisas i en andra etapp. I detta betänkande behandlas de därför inte.

Bestämmelserna om upphandlingsförfarandena finns intagna i kapitel 7 i lagen.

Föreslagna bestämmelser med kommentarer

Upphandlingsförfaranden

1 §

Öppet, selektivt eller förhandlat upphandlingsförfarande med föregående annonsering enligt 12 kap. 1 § skall användas, om inte annat följer av 2 §.

Kommentar

Paragrafen motsvarar artikel 40.1 och 40.2 i direktivet och 4 kap. 16 § första stycket LOU.

I artikel 40.2 i den svenska språkversionen föreskrivs att de tre i artikeln angivna upphandlingsförfarandena får användas, förutsatt att det skett upphandling enligt artikel 42. Detta är uppenbarligen en felöversättning; med ledning av innehållet i artikel 42 och andra språkversioner av direktivet kan konstateras att förutsättningen i stället skall vara att det *lämnats ett meddelande om upphandling* enligt artikel 42.

Paragrafen har med rättelse av felöversättningen och med redaktionella ändringar utformats i saklig överensstämmelse med bestämmelserna i direktivet.

Tilldelning av kontrakt utan föregående annonsering**2 §**

En upphandlande enhet får tilldela ett kontrakt utan föregående annonsering om

1. det vid ett förfarande med föregående annonsering inte lämnats några anbud, några lämpliga anbud eller några ansökningar om att få lämna anbud, under förutsättning att de ursprungliga villkoren för kontraktet inte ändrats väsentligt,

Kommentar

Punkt 1 i paragrafen motsvarar artikel 40.3 a i direktivet och 4 kap. 16 § andra stycket 1 LOU. Den har med redaktionella ändringar utformats i enlighet med bestämmelsen i direktivet.

2. kontraktet tilldelas endast för forsknings-, experiment-, studie- eller utvecklingsändamål, och inte syftar till vinst eller till att täcka forsknings- och utvecklingskostnader eller försämrar möjligheten till konkurrens vid en senare kontraktstilldelning som i första hand har något sådant syfte,

Kommentar

Punkt 2 i paragrafen motsvarar artikel 40.3 b i direktivet och 4 kap. 16 § andra stycket 2 LOU.

Som bestämmelsen i punkt 2 språkligt är utformad är det oklart om lönsamheten eller kostnadstäckningen avser den upphandlande enheten eller leverantören. I sak kan det inte gärna vara fråga om att någon annan än den upphandlande enheten som avses. Det innebär att det som upphandlas inte får vara avsett att användas av den upphandlande enheten i ekonomiska syften. Vad som avses kan enligt utredningens mening vara att enheten exempelvis lägger ut ett uppdrag att utveckla en ny produkt och tillhandahålla en prototyp av produkten.

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

3. kontraktet av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt kan fullgöras av endast en viss leverantör,*Kommentar*

Punkt 3 i paragrafen motsvarar artikel 40.3 c i direktivet och 4 kap. 16 § andra stycket 3 LOU.

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

4. 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 enheten, gör det omöjligt att hålla tidsfristerna vid öppet förfarande, selektivt förfarande eller förhandlat förfarande med föregående annonsering,*Kommentar*

Punkt 4 i paragrafen motsvarar artikel 40.3 d i direktivet och 4 kap. 16 § andra stycket 4 LOU.

I direktivet men inte i LOU anges även förhandlad upphandling. Någon annan skillnad i sak föreligger inte mellan direktivets och LOU:s bestämmelser.

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

5. kontraktet avser 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 den upphandlande enheten tvingades anskaffa varor som skulle vara tekniskt oförenliga med de först anskaffade eller leda till oproportionerliga tekniska svårigheter avseende drift och underhåll,

Kommentar

Punkt 5 i paragrafen motsvarar artikel 40.3 e i direktivet och 4 kap. 16 § andra stycket 5 LOU.

I direktivet talas om ”*varukontrakt* för kompletterande leveranser som utförs av den ursprungliga varuleverantören och som antingen syftar till att delvis ersätta gängse varor eller anläggningar, eller till att utöka befintliga varor eller anläggningar - -”. I den engelska språkversionen används formuleringen ”supply contracts - - - which are intended either as a partial replacement of normal supplies or installations or as the extension of existing supplies or installations”. Vad som avses med ”gängse” respektive ”normal” är oklart.

I artikel 20.2 e i direktiv 93/38/EG talas om ”*varuupphandlingskontrakt* beträffande tillkommande leveranser från den ursprungliga leverantören, antingen det rör sig om delvis utbyte av normala leveranser eller installationer - - -”. Formuleringen kommenteras inte alls av Hentze-Sylvén (Offentlig upphandling, Norstedts 1998) eller av Arrowsmith (The Law of Public and Utilities Procurement, Sweet & Maxwell London 1996). Arrowsmith anger endast att undantaget gäller ”where the goods to be acquired are a partial replacement for or addition to existing goods or an existing installation” (s. 485).

I LOU anges att det skall vara fråga om ”*varuupphandlingskontrakt* som gäller ytterligare leveranser från den ursprungliga leverantören, avsedda antingen som delersättning för eller tillägg till tidigare leveranser - - -”.

Någon saklig skillnad synes inte finnas mellan bestämmelserna i direktivet, direktiv 93/38/EEG och LOU. Enligt utredningens

mening överensstämmer den föreslagna punkten med vad som kan antas vara den sakliga innebörden av bestämmelsen i direktivet. I enlighet med ordalydelsen i direktivet bör "oproportionerliga" väljas i stället för det i LOU använda ordet "oskäliga".

6. kontraktet avser kompletterande byggtreprenader eller tjänster som inte ingår i ett ursprungligt projekt eller omfattas av ett ursprungligt kontrakt, under förutsättning att kompletteringarna på grund av oförutsedda omständigheter blivit nödvändiga för att kontraktet skall kunna fullgöras, att de skall utföras av den ursprunglige leverantören, att de inte utan stora tekniska eller ekonomiska olägenheter för den upphandlande enheten kan skiljas från det ursprungliga kontraktet eller, att de, om de kan avskiljas, är absolut nödvändiga för att det ursprungliga kontraktet skall kunna fullgöras,

Kommentar

Punkt 6 i paragrafen motsvarar artikel 40.3 f i direktivet och 4 kap. 16 § andra stycket 6 LOU.

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

7. kontraktet avser en ny byggtreprenad, som är en upprepning av liknande byggtreprenader enligt kontrakt som en upphandlande enhet tilldelat en leverantör efter ett annonserat upphandlingsförfarande, under förutsättning att enheten tilldelar samma leverantör det nya kontraktet, att det nya kontraktet är i överensstämmelse med det ursprungliga projektet, att värdet av det nya kontraktet ingått i tröskelvärdeberäkningen för det ursprungliga projektet och att det i samband med den ursprungliga upphandlingen annonserats att det nu avsedda förfaringssättet kunde komma att användas.

Kommentar

Punkt 7 i paragrafen motsvarar artikel 40.3 g i direktivet och 4 kap. 16 § andra stycket 73 LOU.

Artikel 40.3 g i direktivet lyder:

Om det rör sig om byggtreprenadkontrakt, för nya byggtreprenader som är en upprepning av liknande byggtreprenader som utförs av en entreprenör som av samma upphandlande enhet tilldelats ett tidigare kontrakt, under förutsättning att de nya byggtreprenaderna är i överensstämmelse med ett ursprungligt projekt för vilket ett första kontrakt tilldelades efter meddelad upphandling. I samband med den ursprungliga upphandlingen skall det anges att detta förfaringssätt kan bli aktuellt, och den upphandlande enheten skall beakta ett uppskattat totalt värde för byggtreprenaderna vid tillämpning av bestämmelserna i artiklarna 16 och 17.

4 kap. 16 § andra stycket 7 LOU lyder:

(om) upphandlingen vid byggtreprenad gäller nya arbeten som består enbart av en upprepning av arbeten ingående i ett projekt som tidigare varit föremål för öppen eller selektiv upphandling och arbetena tilldelas samma leverantör som tidigare fått upphandlingskontraktet, om värdet av de nya arbetena ingått i tröskelvärdeberäkningen och dessa annonserats i samband med det ursprungliga projektet, varvid angivits att förhandlat förfarande kan komma att användas,

Enligt utredningens uppfattning motsvarar den föreslagna punkten det sakliga innehållet i direktivets bestämmelser.

8. kontraktet avser varor som noteras och omsätts på en råvarumarknad,

Kommentar

Punkt 8 i paragrafen motsvarar artikel 40.3 h i direktivet och 4 kap. 16 § andra stycket 8 LOU. I direktivet används uttrycket "är noterade och köps på en råvarumarknadsplats" medan LOU talar om "upphandling av varor som noteras och omsätts på en råvarumarknad".

Utredningen föreslår att punkten redaktionellt utformas i nära överensstämmelse med bestämmelsen i LOU. Någon skillnad i sak i förhållande till direktivets bestämmelse är inte avsedd.

9. det gäller tilldelning av kontrakt som bygger på ett gällande ramavtal, som slutits enligt denna lag,

Kommentar

Punkt 9 i paragrafen motsvarar artikel 40.3 i direktivet och 4 kap. 16 § andra stycket 9 LOU.

Bestämmelsen i punkt 9 i artikeln är utformad så att den gäller om kontraktstilldelningen sker utifrån ett ramavtal, under förutsättning att villkoret i artikel 14.2 är uppfyllt. I artikel 14.2 anges endast att en upphandlande enhet som slutit ett ramavtal i enlighet med direktivet får tillämpa artikel 40.3 när den tilldelar kontrakt inom ramavtalet. Denna uppdelning på två artiklar förefaller onödig. Det är en fördel om bestämmelserna, som är fallet i LOU, samlas i en punkt. Någon saklig skillnad mellan den föreslagna punkten och bestämmelserna i direktivet finns inte.

10. det är möjligt att anskaffa varor genom att utnyttja särskilt förmånliga erbjudanden som gäller under mycket kort tid, när priset ligger betydligt under det normala marknadspriset,

11. 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,

Kommentar till punkterna 10 och 11

Punkterna 10 och 11 i paragrafen motsvarar artikel 40.3 j respektive 40.3 k i direktivet och 4 kap. 16 § andra stycket 10 LOU.

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

12. det är fråga om tilldelning av ett 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.

Kommentar

Punkt 12 i paragrafen motsvarar artikel 40.3 l första meningen i direktivet och 4 kap. 16 § andra stycket 11 LOU.

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

Den andra meningen i artikel 40.3 l tas in i 3 §.

Mer än en vinnare i en projekttävling**3 §**

Om en tävling som avses i 2 § 12 avslutats med att mer än en vinnare utsetts skall vinnarna inbjudas att delta i förhandlingar.

Kommentar

Paragrafen motsvarar artikel 40.3 l andra meningen i direktivet och 4 kap. 16 § tredje stycket LOU.

Det kan anmärkas att som bestämmelsen i LOU är utformad kan den bokstavligt läsas så att samtliga deltagares bidrag skall ingå i förhandlingen, om juryn utsett mer än en vinnare. Detta kan knappast vara avsikten. Av direktivets bestämmelse framgår att det är samtliga vinnare som skall inbjudas till förhandlingen.

Paragrafen har utformats i saklig överensstämmelse med bestämmelsen i direktivet.

30 Projekttävlingar på tjänsteområdet

I direktivet finns särskilda bestämmelser om projekttävlingar på tjänsteområdet i artiklarna 60–66. De behandlas i detta kapitel.

Bestämmelserna har tagits in i 8 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 5 §.

Kommentar

Paragrafen motsvarar delvis artikel 61.1 och 61.2 första stycket i direktivet. Någon direkt motsvarighet till paragrafen finns inte i LOU.

I lagen om offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster har de tagits in i 16 kap. (se kapitel 20 i betänkandet).

Undantagna projektävlingar

2 §

Bestämmelserna i detta kapitel skall inte tillämpas i fråga om projektävlingar som anordnas i sådana fall som avses i 5 kap. 3–5 eller 14 §.

Kommentar

Paragrafen motsvarar artikel 62 i direktivet men saknar motsvarighet i LOU. I lagen om offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster finns undantag från tillämpningen i 16 kap. 2 §.

I LOU behandlas formgivningstävlingar som en form av upphandling av tjänster. De undantag som gäller för upphandlingar i allmänhet gäller därför även för formgivningstävlingar.

Genom hänvisningen till 5 kap. 3–5 och 14 § uppnås att bestämmelserna i 7 kap. inte tillämpas på anordnande av projektävlingar

- för något annat ändamål än för utövande av en verksamhet som omfattas av lagen,
- för utövande av verksamhet i tredje land,
- som omfattas av sekretess eller särskilda begränsningar med hänsyn till rikets säkerhet,
- som omfattas av andra internationella förfaranderegler, eller
- för en verksamhet som är konkurrensutsatt på marknader med fritt tillträde.

Regler för anordnande av projektävlingar

3 §

Projektävlingar skall anordnas med tillämpning av de förfaranden som anges i 7 kap.

Kommentar

Paragrafen motsvarar artikel 65.1 i direktivet men saknar motsvarighet i LOU. Den har med redaktionella ändringar utformats i enlighet med bestämmelsen i direktivet.

4 §

Reglerna för en projekttävling 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 viss 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 60 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. Paragrafen överensstämmer med 16 kap. 3 § lagen om offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster (se kommentaren till denna paragraf i kapitel 20 i betänkandet).

Tröskelvärden för projekttävlingar

5 §

Bestämmelserna i denna lag om projekttävlingar skall tillämpas på projekttävlingar vars värde beräknas uppgå till minst 473 000 euro exklusive mervärdesskatt.

Kommentar

I paragrafen anges endast det tröskelvärde som skall tillämpas. Den motsvarar delvis artikel 61.1 i direktivet medan övriga delar av artikeln motsvaras av 6 och 7 §§. I LOU finns motsvarande bestämmelser i 4 kap. 8 § andra stycket och 5 kap. 29 § LOU. Bestämmelser om tröskelvärden för projekttävlingar finns i 16 kap. 4 § lagen om offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster (se kapitel 20 i betänkandet).

Hur tröskelvärdet skall beräknas framgår av 6 och 7 §§.

6 §

Värdet av en projektävling skall, om projektävlingen ingår i en tjänsteupphandling, av den upphandlande enheten beräknas till värdet exklusive mervärdesskatt av tjänstekontraktet. I värdet skall inräknas de priser och ersättningar som skall betalas till deltagarna.

Kommentar

Paragrafen motsvarar artikel 61.1 andra meningen i direktivet samt 4 kap. 8 § andra stycket och 5 kap. 29 § LOU. Den överensstämmer med 16 kap. 5 § lagen om offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster (se kapitel 20 i betänkandet).

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

7 §

Värdet av en annan projektävling än som avses i 6 § skall av den upphandlande enheten beräknas till summan av de priser och ersättningar som betalas till deltagarna och det beräknade värdet exklusive mervärdesskatt av de tjänstekontrakt som senare kan komma att tilldelas vinnaren eller en av vinnarna i tävlingen, om en sådan tilldelning inte har utslutits i annonsen om tävlingen.

Kommentar

Paragrafen motsvarar artikel 61.2 andra stycket i direktivet och 4 kap. 8 § andra stycket och 5 kap. 29 § LOU. Den överensstämmer med 16 kap. 6 § lagen om offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster (se kapitel 20 i betänkandet).

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

Val av deltagare**8 §**

Om endast ett visst antal deltagare får delta i en projektävling skall den upphandlande enheten 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 65.2 i direktivet och 5 kap. 30 § andra stycket LOU. Paragrafen överensstämmer med 16 kap. 10 § lagen om offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster (se kommentaren till denna paragraf i kapitel 20 i betänkandet).

Annonsering

9 §

En upphandlande enhet som avser att anordna en projekttävling skall annonsera tävlingen.

En upphandlande enhet som anordnat en projekttävling skall annonsera resultatet av tävlingen.

Kommentar

Paragrafen motsvarar artikel 63.1 första stycket i direktivet och 5 kap. 31 § första meningen LOU.

I tredje meningen i den svenska språkversionen av direktivet finns en felöversättning. Där sägs att "detta meddelande" skall innehålla viss information. Eftersom stycket inleds med två meningar som behandlar meddelanden som skall lämnas i två olika situationer syftar "detta meddelande" språkligt på det meddelande som avses i andra meningen, men det står klart att det sakligt sett syftar på det meddelande som avses i första meningen. Genom den föreslagna utformningen av paragrafen rättas detta till.

Paragrafen har i övrigt med redaktionella ändringar utformats i enlighet med bestämmelserna i direktivet. Den överensstämmer också med 16 kap. 6 § första och andra styckena lagen om offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster. Någon motsvarighet till bestämmelsen i den paragrafens tredje stycke om undantag från skyldigheten att annonsera, om detta t.ex. skulle hindra tillämpning av lag, finns inte i försörjningsdirektivet och har heller inte tagits in lagen om upphandling inom försörjningssektorn.

Vad en annons skall innehålla och hur offentliggörande skall gå till anges i artikel 63 i direktivet. I likhet med vad som föreslås gälla i övrigt (se 12 kap. i lagen och kapitel 34 i betänkandet) bör föreskrifter om annonser och annonsering meddelas av regeringen eller den myndighet som regeringen bestämmer. Ett bemyndigande har tagits in i 16 §.

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.

I övrigt skall i fråga om kommunikation och information tillämpas vad som föreskrivs i 14 kap. 1 och 2 §§.

Kommentar

Paragrafen motsvarar artikel 64 i direktivet men saknar motsvarighet i LOU.

Den överensstämmer med 16 kap. 9 § lagen om offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster (se kommentaren till denna paragraf i kapitel 20 i betänkandet).

Utöver vad som direkt anges i artikel 64 skall artikel 48.1, 48.2 och 48.4 tillämpas på annonser om projektävlingar. Artiklarna motsvaras i lagen av 14 kap. 1 och 2 §§ (kapitel 36 i betänkandet).

11 §

Resultatet av en projektävling skall meddelas till Europeiska gemenskapernas kommission inom två månader efter det att projektävlingen har avslutats.

Kommentar

Paragrafen motsvarar artikel 63.1 andra stycket i direktivet men saknar motsvarighet i LOU.

Skyldigheten att meddela kommissionen resultatet av en projekttävling åvilar enligt 8 § andra stycket den upphandlande enheten. I artikeln anges att resultatet skall meddelas på de villkor som kommissionen skall fastställa på visst sätt. Någon motsvarighet till denna bestämmelse har inte tagits in i paragrafen.

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

12 §

I fråga om annonsering som avser projekttävlingar tillämpas 12 kap. 14–21 §§.

Kommentar

Paragrafen motsvarar artiklarna 63.2 och 64.1 i direktivet men saknar motsvarighet i LOU.

Den överensstämmer med 16 kap. 8 § lagen om offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster (kapitel 20 i betänkandet).

Juryns sammansättning**13 §**

Den jury som skall utse vinnande bidrag i projekttävlingen skall vara sammansatt uteslutande av fysiska personer som är oberoende av de tävlande. Om det krävs särskilda yrkesmässiga kvalifikationer av de tävlande, skall minst en tredjedel av medlemmarna i juryn ha samma eller likvärdiga kvalifikationer

Kommentar

Paragrafen motsvarar artikel 65.3 i direktivet och 5 kap. 28 § andra stycket andra och tredje meningarna LOU.

Den överensstämmer med 16 kap. 11 § lagen om offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster (se kommentaren till denna paragraf i kapitel 20 i betänkandet).

Juryns beslut

14 §

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 66.1, 66.2 och 66.4 i direktivet och 5 kap. 32 § LOU.

Den överensstämmer med 16 kap. 12 § lagen om offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster som behandlas i kapitel 20 i betänkandet.

15 §

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 66 i direktivet men saknar motsvarighet i LOU. Den överensstämmer med 16 kap. 12 § lagen om offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster som behandlas i kapitel 20 i betänkandet.

Bemyndigande

16 §

Regeringen eller den myndighet som regeringen bestämmer meddelar föreskrifter om de krav som skall vara uppfyllda beträffande anordningar som används för elektronisk överföring som avses i 10 § andra stycket.

31 Ramavtal

I detta kapitel behandlas ramavtal.

Bestämmelser om ramavtal finns både i direktiv 93/38/EEG (bl.a. i artiklarna 1.6 och 5) och i LOU. En definition finns i 1 kap. 5 § sjunde 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). Förklaringen till denna knapphändiga reglering av ramavtal i LOU torde vara att ingående av ramavtal ansetts som en upphandling och därför fallit under de vanliga bestämmelserna om upphandling.

Ramavtal definieras i artikel 1.4 i direktivet.

I inledningen till kapitel 10 i betänkandet, som behandlar bl.a. ramavtal inom den klassiska sektorn, har utredningen diskuterat olika aspekter på ramavtal. De synpunkter som där framförts upprepas inte här.

Definitionen av ramavtal i artikel 1.4 i försörjningsdirektivet är, bortsett från att där talas om ”en eller flera upphandlande enheter som avses i artikel 2.2”, likalydande med definitionen av ramavtal i det klassiska direktivet.

I artikel 14.1 i försörjningsdirektivet föreskrivs att en upphandlande enhet får betrakta ett ramavtal som ett kontrakt i direktivets mening och att ett ramavtal får tilldelas enligt bestämmelserna i direktivet. Om ett ramavtal har slutits i enlighet med direktivet får enligt artikel 14.2 kontrakt tilldelas inom ramavtalet utan föregående annonsering. Ett ramavtal får enligt artikel 14.4 inte användas otillbörligt i avsikt att hindra, begränsa eller snedvrída konkurrensen.

I övrigt gäller i fråga om ramavtal att en upphandlande enhet är skyldig att lämna förhandsmeddelanden (artikel 41) och att

annonsera om ingångna ramavtal (artikel 43.1 första stycket). Någon skyldighet att annonsera om tilldelning av kontrakt enligt ett ramavtal föreligger inte, om ramavtalet ingåtts i enlighet med direktivet (artikel 43.1 andra stycket).

Som framgår av denna redogörelse för regleringen av ramavtal i försörjningsdirektivet är regleringen väsentligt mindre detaljerad än den i det klassiska direktivet. I försörjningsdirektivet finns t.ex. inte krav på att de leverantörer som ingått ramavtalet skall inbjudas att lämna anbud på enskilda kontrakt, om inte alla villkor för tilldelningen av kontrakt fastställts i ramavtalet.

Bestämmelserna om ramavtal har tagits in i 9 kap. i lagen.

Föreslagna bestämmelser med kommentarer

1 §

En upphandlande enhet får betrakta ett ramavtal som ett kontrakt enligt denna lag och tilldela det i enlighet med bestämmelserna i lagen.

Kommentar

Paragrafen är med redaktionella ändringar utformad i enlighet med artikel 14.1 i direktivet.

2 §

Om ett ramavtal har slutits i enlighet med denna lag får kontrakt som grundar sig på ramavtalet tilldelas utan föregående annonsering.

Kommentar

Paragrafen är i sak utformad i enlighet med artikel 14.2 i direktivet. I denna artikel anges att en upphandlande enhet som slutit ramavtal enligt direktivet får tillämpa artikel 40.3 i när den tilldelar kontrakt inom ramavtalet. Artikel 40.3 innebär att en upphandlande enhet kan välja ett förfarande utan föregående meddelande om upphandling, om kontraktstilldelningen sker utifrån ett ramavtal, under förutsättning att villkoret i artikel 14.2 är uppfyllt. Den föreslagna paragrafen har utformats på ett enklare sätt. Paragrafen innehåller ingen motsvarighet till artikel 14.3, som innebär att

artikel 40.3 inte får tillämpas, om ett ramavtal inte har slutits i enlighet med direktivet.

3 §

Värdet av ett ramavtal skall beräknas till det högsta värdet exklusive mervärdesskatt av samtliga planerade kontrakt under avtalets löptid.

Kommentar

Paragrafen motsvarar artikel 17.3 i direktivet samt 4 kap. 10 § andra stycket och 5 kap. 29 § LOU. Paragrafen har med redaktionella ändringar utformats i överensstämmelse med bestämmelsen i direktivet.

4 §

En upphandlande enhet får inte använda ett ramavtal otillbörligt i syfte att hindra, begränsa eller snedvrída konkurrensen.

Kommentar

Paragrafen är utformad i enlighet med artikel 14.4 i direktivet.

32 Inköpscentraler

Direktivet innehåller i motsats till det äldre direktivet särskilda bestämmelser om inköpscentraler. Anskaffningar genom inköpscentraler får göras utan att den upphandlande enheten själv behöver iaktta bestämmelserna i direktivet.

Bestämmelserna har tagits in i 10 kap. i lagen.

Föreslagna bestämmelser och kommentarer

1 §

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

Kommentar

Paragrafen motsvarar artikel 29.1 i direktivet och har utformats i överensstämmelse med 8 kap. 1 § lagen om offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster. Beträffande kommentarer hänvisas till kapitel 11 i betänkandet.

2 §

En upphandlande enhet som anskaffar byggtreprenader, varor och tjänster genom en inköpscentral skall anses ha följt denna lag, under förutsättning att inköpscentralen har gjort det eller följt lagen (0000:00) om offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster.

Kommentar

Paragrafen motsvarar artikel 29.2 i direktivet. Enligt definitionen i 2 kap. 11 § avses med inköpscentral en upphandlande myndighet som förvärvar varor eller tjänster som är avsedda för andra

upphandlande enheter, eller ingår kontrakt eller träffar ramavtal om byggentreprenader, varor eller tjänster som är avsedda för andra upphandlande enheter. En upphandlande enhet som inte är en upphandlande myndighet kan alltså inte vara en inköpscentral men kan göra sina anskaffningar från en inköpscentral.

I direktivet anges inte på vilket sätt en upphandlande enhet 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.

33 Förfrågningsunderlag m.m.

Förfrågningsunderlag är enligt definitionen i 2 kap. 12 § det underlag för anbud som en upphandlande enhet tillhandahåller en leverantör. Den väsentligaste uppgiften i förfrågningsunderlaget är föremålet för upphandlingen, som skall anges preciserat och begripligt. I många fall krävs att underlaget innehåller noggranna och detaljerade tekniska specifikationer. Hur dessa skall vara utformade anges i 1–10 §§.

Kapitlet innehåller också bestämmelser om erkända certifieringsorgan (11 §), tillhandahållande av tekniska specifikationer (12 §), alternativa utföranden (13 och 14 §§), underentreprenader (15 §), sociala, miljömässiga och andra krav som får ställas på hur kontrakt skall fullgöras (16 §) och information om arbetsvillkor m.m. (17 §).

Bestämmelserna om förfrågningsunderlag har tagits in i 11 kap. i lagen.

Föreslagna bestämmelser med kommentarer

Tekniska specifikationer

1 §

Tekniska specifikationer skall ingå i annonser om upphandling, förfrågningsunderlaget eller kompletterande handlingar.

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 34.1 och 34.2 i direktivet men saknar motsvarighet i LOU. Den motsvarar 8 kap. 1 § i lagen om offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster som har kommenterats i kapitel 12 i betänkandet. I likhet med vad som föreslagits i fråga om upphandling inom den klassiska sektorn (8 kap. 21 §) bör ett bemyndigande lämnas till regeringen eller den myndighet som regeringen bestämmer att meddela föreskrifter om vad som skall förstås med tekniska specifikationer (jfr punkt 1 i bilaga XXI till direktivet). Bemyndigandet har tagits in i 18 §.

Utformningen av de tekniska specifikationerna**2 §**

De tekniska specifikationerna skall vara utformade på något av de sätt som anges i 3–6 §§.

Kommentar

Paragrafen, som inte har någon motsvarighet i direktivet eller i LOU, innehåller endast en upplysning om vilka bestämmelser som gäller för utformningen av en teknisk beskrivning.

Tekniska specifikationer som hänvisar till en standard**3 §**

De tekniska specifikationerna skall vara utformade med hänvisning i turordning, till

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 byggentreprenader 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 34.3 a i direktivet och 1 kap. 12 § LOU. Motsvarande bestämmelse i lagen om offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster (8 kap. 1 §) har kommenterats i kapitel 12 i betänkandet.

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

Tekniska specifikationer i form av prestanda- eller funktionskrav

4 §

De tekniska specifikationerna får anges som prestanda- eller funktionskrav, varvid miljöegenskaper kan ingå. Kraven skall vara så utformade att anbudsgivarna kan bilda sig en bestämd uppfattning om föremålet för upphandlingen och den upphandlande enheten kan genomföra upphandlingen.

Kommentar

Paragrafen motsvarar artikel 34.3 b i direktivet men saknar motsvarighet i LOU. Den överensstämmer med 8 kap. 3 § lagen om offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster. Beträffande kommentarer hänvisas till kommentaren till den bestämmelsen (kapitel 12 i betänkandet).

5 §

De tekniska specifikationerna får anges som prestanda- eller funktionskrav enligt 4 § och hänvisa till de tekniska specifikationerna enligt 3 § som ett sätt att visa att de uppställda kraven är uppfyllda.

Kommentar

Paragrafen motsvarar artikel 34.3 c i direktivet men saknar motsvarighet i LOU. Den har utformats i överensstämmelse med motsvarande bestämmelse i lagen om offentlig upphandling inom den klassiska sektorn (8 kap. 4 §). Beträffande kommentarer hänvisas till kommentaren till den paragrafen (kapitel 12 i betänkandet).

6 §

De tekniska specifikationerna får anges genom hänvisning till specifikationerna i 3 § i fråga om vissa egenskaper och till de prestanda- eller funktionskrav som anges i 4 § i fråga om andra egenskaper.

Kommentar

Paragrafen motsvarar artikel 34.3 d i direktivet men saknar motsvarighet i LOU. Den har med redaktionella ändringar utformats i överensstämmelse med bestämmelsen i direktivet. Motsvarande bestämmelse i lagen om offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster finns i 8 kap. 5 § och är utformad på samma sätt.

Uppgifter om tillverkning, ursprung m.m.**7 §**

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 34.8 i direktivet och 1 kap. 16 § LOU. Den överensstämmer med 8 kap. 6 § lagen om offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster.

Andra sätt att visa att uppställda krav uppfylls**8 §**

Om en upphandlande enhet 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 enheten kan godta, i sitt anbud visar att de föreslagna lösningarna på ett likvärdigt sätt uppfyller kraven enligt de tekniska specifikationerna.

Kommentar

Paragrafen motsvarar artikel 34.4 i direktivet men saknar motsvarighet i LOU.

Artikel 34.4 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. Enligt utredningens uppfattning finns denna möjlighet, oavsett om den anges i lagtexten eller inte. Någon motsvarighet till andra stycket har därför inte tagits in i den föreslagna paragrafen.

Paragrafen överensstämmer med 8 kap. 7 § lagen om offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster.

9 §

Om en upphandlande enhet väljer att i enlighet med 4, 5 eller 6 § 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 enheten 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 34.5 i direktivet men saknar motsvarighet i LOU.

Artikel 34.5 innehåller i andra stycket en anvisning motsvarande den som finns i artikel 34.4 andra stycket. Av det skäl som angetts i kommentaren till 8 § har någon motsvarighet till andra stycket inte tagits in i den föreslagna paragrafen.

Paragrafen har utformats i överensstämmelse med 8 kap. 8 § lagen om offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster.

Miljömärken

10 §

Om en upphandlande enhet föreskriver miljöegenskaper i form av prestanda- eller funktionskrav enligt 4 §, 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 märket 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 enheten får ange att varor eller tjänster som är försedda med miljömärke som avses i första stycket skall antas motsvara tekniska specifikationer som fastställts i förfrågningsunderlaget men skall godta även annat bevis för att så är fallet.

Kommentar

Paragrafen motsvarar artikel 34.6 i direktivet och 1 kap. 12 § andra stycket LOU. Den har utformats i överensstämmelse med 8 kap. 9 § lagen om offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster, som kommenterats i kapitel 13 i betänkandet.

Erkända organ**11 §**

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

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

Kommentar

Paragrafen motsvarar artikel 34.7 i direktivet men saknar motsvarighet i LOU. Den har utformats i överensstämmelse med 8 kap. 9 § lagen om offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster.

Tillhandahållande av tekniska specifikationer**12 §**

En upphandlande enhet skall på begäran tillhandahålla en leverantör de tekniska beskrivningar som regelbundet anges i enhetens upphandlingskontrakt. Detsamma gäller i fråga om de beskrivningar enheten avser att tillämpa vid tilldelning av kontrakt som förhandsannonseras enligt 12 kap. 3 §.

Om beskrivningarna har angetts i handlingar som är tillgängliga för leverantören, är det tillräckligt att enheten hänvisar till handlingarna.

Kommentar

Paragrafen motsvarar artikel 35 i direktivet och 4 kap. 15 d § LOU. Den har med redaktionella ändringar utformats i överensstämmelse med bestämmelsen i direktivet.

Alternativa utföranden**13 §**

Skall en upphandlande enhet anta det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, får den även pröva anbud som innehåller ett alternativt utförande, om det uppfyller de minimikrav som enheten ställt upp.

En upphandlande enhet skall i förfrågningsunderlaget ange huruvida den godkänner alternativa utföranden och, när detta tillåts, vilka minimikrav som alternativa utföranden måste uppfylla samt informera om eventuella krav som gäller för hur de skall presenteras.

Kommentar

Paragrafen motsvarar artikel 36.1 i direktivet och 1 kap. 23 b § LOU. Den har med redaktionella ändringar utformats i överensstämmelse med bestämmelsen i direktivet.

Motsvarande bestämmelse finns i 8 kap. 11 § lagen om offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster.

14 §

Vid tilldelning av varu- eller tjänstekontrakt får en upphandlande enhet som har tillåtit alternativa utföranden enligt 13 § inte förkasta ett alternativ 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 36.2 i direktivet men saknar motsvarighet i LOU. Den har utformats i överensstämmelse med 8 kap. 12 § lagen om offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster.

Underentreprenad**15 §**

I förfrågningsunderlaget får en upphandlande enhet begära att anbudsgivaren i anbudet anger hur stor del av kontraktet som kan komma att läggas ut på tredje part samt vilka underleverantörer som föreslås.

Kommentar

Paragrafen motsvarar artikel 37 i direktivet och 1 kap. 18 a § LOU. Den har utformats i överensstämmelse med 8 kap. 13 § lagen om offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster. Beträffande kommentarer hänvisas till kommentaren till den paragrafen (kapitel 13 i betänkandet).

Information om arbetsvillkor m.m.**16 §**

En upphandlande enhet får i förfrågningsunderlaget upplysa om vilka myndigheter som kan lämna en anbudssökande eller anbudsgivare information om de bestämmelser om beskattning, miljöskydd, arbetarskydd och arbetsvillkor som kommer att gälla vid utförandet av de tjänster eller byggentreprenader som omfattas av kontraktet.

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

Första stycket skall inte påverka tillämpningen av 17 kap. 3 § om granskning av onormalt låga anbud.

Kommentar

Paragrafen motsvarar artikel 39 i direktivet och 4 kap. 31 § LOU. Den har utformats i överensstämmelse med 8 kap. 16 § lagen om offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster. Den paragrafen kommenteras i kapitel 12 i betänkandet. Det kan anmärkas att bestämmelsen i LOU talar om anställningsskydd medan i de svenska, danska, engelska och tyska språkversionerna av försörjningsdirektivet talas om arbetarskydd. I paragrafen har detta uttryck valts.

Villkor för fullgörande av kontrakt**17 §**

En upphandlande enhet 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 38 i direktivet och 1 kap. 18 b § LOU. Den har utformats i överensstämmelse med 8 kap. 13 § lagen om offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster. Beträffande kommentarer hänvisas till kommentaren till den paragrafen (kapitel 12 i betänkandet).

Bemyndigande**18 §**

Regeringen eller den myndighet regeringen bestämmer meddelar föreskrifter om vad som förstås med tekniska specifikationer.

Kommentar

I artikel 34.1 anges bl. a. att tekniska specifikationer enligt definitionen i punkt 1 i bilaga XXI skall ingå i kontraktshandlingarna. I punkt 1 i bilagan finns omfattande definitioner av tekniska specifikationer i fråga om tjänste- eller varukontrakt och i fråga om byggtreprenadkontrakt. Sådana definitioner kan lämpligen fastställas av regeringen eller den myndighet som regeringen bestämmer.

34 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 enheter 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 enheten 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 12 kap. i lagen.

Föreslagna bestämmelser med kommentarer

Skyldigheten att annonsera upphandlingar

1§

En upphandlande enhet skall annonsera upphandlingar, om inte annat följer av 7 kap. 2 § eller av 8 § eller 11 § andra stycket i detta kapitel.

Kommentar

I direktivet framgår skyldigheten att annonsera vid öppen, selektiv eller förhandlad upphandling indirekt av artikel 40.2, där det anges att en upphandlande enhet får välja något av dessa upphandlingsförfaranden, förutsatt att ett meddelande om upphandling har

lämnats. Enligt artikel 41.1 och 41.3 finns det en skyldighet att annonsera förhandsmeddelanden respektive kvalificeringssystem.

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 12 kap. 2 § (se kapitel 34 i betänkandet) och i 8 § och 11 § andra stycket i detta kapitel. Den föreslagna paragrafen överensstämmer med motsvarande paragraf i lagen om offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster (9 kap. 1 §).

Olika slag av annonsering

2 §

Annonsering om upphandling kan ske genom

1. förhandsannonsering som avses i 3 §,
2. annonsering om att det finns ett urvalssystem som avses i 10 §, eller
3. annonsering om upphandling som skall ske genom öppet, selektivt eller förhandlat förfarande.

Kommentar

Paragrafen motsvarar artikel 42.1 i direktivet och 4 kap. 14 § fjärde stycket LOU.

Enligt artikel 42.1 kan meddelande om upphandling vid *varu-, byggtreprenad- eller tjänsteupphandling* ske på olika sätt. Det framgår inte uttryckligen om avsikten med denna formulering är att upphandling av *ramavtal* skall falla utanför bestämmelsernas tillämpningsområde. Det förefaller dock mindre sannolikt att så skulle vara fallet, eftersom ett ramavtal får betraktas som ett kontrakt enligt definitionen i artikel 1.2 (2 kap. 3–6 i lagen) och bestämmelserna i artikel 41.1, som behandlar tröskelvärden, talar om kontrakt eller ramavtal avseende varor, tjänster eller byggtreprenader. I paragrafen har valts den enklare formuleringen ”annonsering om upphandling”, som alltså är avsedd att omfatta också ramavtal.

Förhandsannonsering

3 §

En upphandlande enhet skall, om inte annat följer av 8 § andra stycket, minst en gång om året genom förhandsannonsering lämna information enligt andra stycket om de kontrakt och 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 byggtreprenader, 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 6 kap. gäller för beräkning av tröskelvärden.

Kommentar

Paragrafen motsvarar delar av artikel 41.1 i direktivet och delar av 4 kap. 14 § första stycket LOU.

I denna paragraf har tagits in de gränsvärden som enligt direktivet gäller för upphandlingar på olika områden. Värdena skall enligt direktivet beräknas enligt artiklarna 16 och 17 eller, som det anges i artikel 41.1 c, enligt artikel 16, med beaktande av bestämmelserna i artikel 17. Bestämmelsen i paragrafens tredje stycke är avsedd att motsvara direktivets bestämmelser.

I artikel 41.1 regleras också hur varuområdet skall bestämmas, vad som avses med tjänstekategori och hur förhandsannonseringen skall offentliggöras. Dessa delar av artikeln har tagits in i 4 respektive 5 §.

I artikel 41.1 första stycket c anges beträffande byggtreprenader att informationen skall avse ”de väsentliga upplysningarna om de byggtreprenadkontrakt eller ramavtal som den (upphandlande enheten) avser att tilldela under de kommande tolv månaderna, om värdet uppgår till minst de tröskelvärden som anges i artikel 16, med beaktande av bestämmelserna i artikel 17”. I artikel 22 i direktiv 93/38/EG används samma uttryck som i det

nya direktivet. I 4 kap. 14 § första stycket LOU föreskrivs att upphandlingarnas ”huvudsakliga art och omfattning” skall anges. Den formulering som valts i LOU har antagits ha samma innebörd som formuleringen i försörjningsdirektivet och det äldre direktivet och har därför tagits in i den föreslagna paragrafen.

Utredningen har antagit att informationsskyldigheten när det gäller byggentreprenader omfattar endast sådana enskilda byggentreprenader vars värde uppgår till minst det värde som följer av artikeln.

Motsvarande bestämmelse i lagen om upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster finns i 9 kap. 2 §. Beträffande kommentarer i övrigt hänvisas till kommentaren till den paragrafen (kapitel 13 i betänkandet).

4 §

Varuområdet skall fastställas av den upphandlande enheten 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

Paragrafens första stycke motsvarar artikel 41.1 a andra stycket i direktivet och dess andra stycke motsvarar delar av artikel 41.1 b.

Paragrafen överensstämmer i sak med bestämmelserna i direktivet. Den motsvarar 9 kap. 3 § i lagen om offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster.

5 §

En annons enligt 3 § som avser varor eller tjänster skall snarast möjligt efter varje budgetårs början skickas till Europeiska gemenskapernas kommission eller offentliggöras på den upphandlande enhetens upphandlarprofil.

En annons enligt 3 § som avser byggentreprenader skall snarast möjligt efter det att ett beslut fattats om tillstånd för den planering som gäller de byggentreprenadkontrakt eller ramavtal som den upphandlande enheten avser att tilldela, skickas till kommissionen eller offentliggöras på den upphandlande enhetens upphandlarprofil.

Med upphandlarprofil avses uppgifter som är tillgängliga på Internet och som kan innehålla information om den upphandlande enheten och uppgifter om dess upphandlingar såsom förhandsannonser, inbjudningar att lämna anbud, planerade anskaffningar, tecknade kontrakt, avbrutna upphandlingsförfaranden och liknande förhållanden.

Kommentar

Paragrafens första och andra stycken motsvarar artikel 41.1 andra och tredje styckena i direktivet och, bortsett från vad sägs om upphandlarprofil, 1 kap. 8 § första stycket LOU. Den motsvarar 9 kap. 4 § i lagen om offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster.

Någon motsvarighet till bestämmelserna i paragrafens tredje stycke om upphandlarprofil finns inte i direktiv 93/38/EG och inte heller i LOU. Av bilaga XX punkt 1 b andra stycket till direktivet framgår att de upphandlande enheterna kan offentliggöra förhandsannonser, annonser om upphandling, kontraktstilldelning och 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 41.1, 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. Det bör också i enlighet med direktivet anges exempel på vad en upphandlarprofil kan innehålla. Med uppgifter om den upphandlande enheten i paragrafens andra stycke avses uppgifter om t.ex. kontaktpersoner, telefon- och faxnummer, post- och e-postadress.

Offentliggörande i en upphandlarprofil är ett alternativ som en upphandlande enhet 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.

Inbjudan genom förhandsannonsering att lämna anbud

6 §

Inbjudan att lämna anbud får ske genom förhandsannonsering, under förutsättning att

1. det i annonsen anges vilka varor, byggtreprenader eller tjänster som kontraktet kan komma att omfatta,

2. det i annonsen anges att kontraktet kommer att tilldelas genom selektivt eller förhandlat förfarande utan någon ytterligare annonsering och att intresserade leverantörer skriftligen skall anmäla sitt intresse, och

3. annonseringen offentliggörs tidigast tolv månader före den dag då enheten skickar ut inbjudan enligt 13 kap. 15 § att delta i upphandlingsförfarandet.

Den upphandlande enheten skall iaktta de tidsfrister som anges i 13 kap. 1–9 §§.

Kommentar

Paragrafen motsvarar artikel 42.3 i direktivet och 4 kap. 14 § andra stycket LOU.

I andra meningen i artikel 42.3 c sägs, efter den bestämmelse som motsvarar den som är intagen i 4 § första stycket 3, att den upphandlande enheten dessutom skall iaktta de tidsfrister som anges i artikel 45. Den sistnämnda artikeln innehåller omfattande bestämmelser om tidsfrister för mottagande av anbudsansökningar och anbud. Tidsfristerna varierar bl.a. beroende på slag av upphandlingsförfarande, på det tekniska sättet för att skicka annonser och på om förhandsannonsering har skett. I överensstämmelse med direktivet har i paragrafens andra stycke tagits in en hänvisning till de bestämmelser i lagen som motsvarar artikel 45 i direktivet.

I bilaga XV A del II anges vilken information som skall lämnas i ett förhandsmeddelande, om meddelandet skall fungera som meddelande om upphandling eller när det skall möjliggöra förkortad tidsfrist för mottagande av ansökningar eller anbud. Till den information som skall lämnas hör upplysningar om tidsfrist för mottagande av begäran om att få en inbjudan att lämna anbud eller att förhandla (punkt 8), tidsfrister för leverans eller utförande eller kontraktets varaktighet (punkt 11) och sista datum för mottagande av intresseanmälningar (punkt 12). Föreskrifter om annonsering

bör meddelas av regeringen eller den myndighet som regeringen bestämmer. Ett bemyndigande har tagits in i 14 §.

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

Meddelande om förhandsannonsering

7 §

En upphandlande enhet som offentliggör en förhandsannons på sin upphandlarprofil skall på elektronisk väg skicka ett meddelande om offentliggörandet till Europeiska gemenskapernas kommission.

Kommentar

Paragrafen motsvarar artikel 41.1 fjärde stycket i direktivet men saknar motsvarighet i LOU. I artikeln sägs att ett meddelande om offentliggörande av ett förhandsmeddelande skall skickas till kommissionen i det format och i enlighet med de förfaranden för överföring som anges i punkt 3 i bilaga XX till direktivet.

Denna skyldighet bör komma till uttryck i paragrafen. Den bör ankomma på regeringen eller den myndighet som regeringen bestämmer att meddela föreskrifter om meddelanden som avses i paragrafen. Ett bemyndigande har tagits in i 14 §

Paragrafen motsvarar 9 kap. 5 § i lagen om offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster.

Begränsningar av skyldigheten att förhandsannonsera

8 §

En upphandlande enhet är skyldig att förhandsannonsera endast om enheten förkortar tidsfristen för mottagande av anbud i enlighet med 13 kap. 3 eller 4 §.

En upphandlande enhet är inte skyldig att förhandsannonsera, om enheten med stöd av 7 kap. 2 § tillämpar ett förfarande utan föregående annonsering.

Kommentar

Paragrafen motsvarar artikel 41.1 femte stycket i direktivet men saknar motsvarighet i LOU. Den har med redaktionella ändringar utformats i överensställelsen med bestämmelserna i direktivet. Paragrafen motsvarar 9 kap. 6 § i lagen om offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster.

Tilläggsannonsering**9 §**

I fråga om större projekt får förhandsannonsering ske utan att information som har tagits in i en tidigare förhandsannonsering upprepas, under förutsättning att det tydligt anges att den nya annonsen är en tilläggsannons.

Kommentar

Paragrafen motsvarar artikel 41.2 i direktivet och 4 kap. 14 § tredje stycket LOU. I bestämmelsen i direktivet anges att en upphandlande enhet kan "särskilt själv eller genom kommissionens försorg" offentliggöra förhandsmeddelanden enligt bestämmelsen. Denna möjlighet följer redan av vad som sägs i 5 § och behöver därför inte tas in i den nu aktuella paragrafen.

Någon saklig skillnad finns inte mellan bestämmelsen i direktivet och bestämmelsen i LOU.

Paragrafen har utformats i överensstämmelse med bestämmelsen i LOU.

Annonsering om kvalificeringssystem**10 §**

En upphandlande enhet som upprättar ett kvalificeringssystem enligt 15 kap. 1 § skall i en annons upplysa om detta. Annonsen skall innehålla uppgifter om syftet med systemet och hur man kan ta del av de regler som avses i 15 kap. 2 §.

Om systemet skall gälla under längre tid än tre år skall annonsen publiceras årligen.

Kommentar

Paragrafen motsvarar artikel 41.3 i direktivet och 4 kap. 25 § LOU.

Vad en annons om ett kvalificeringssystem skall innehålla framgår av bilaga XIV till direktivet. Med hänsyn till innehållet i bilagan framstår det inte som helt nödvändigt att i artikeln ange en del av vad annonsen skall innehålla. Någon anledning att utforma paragrafen på annat sätt än bestämmelsen i artikeln finns dock inte. Avsikten är att det fullständiga innehållet i annonser skall regleras i föreskrifter som meddelas av regeringen eller den myndighet som regeringen bestämmer (se 14 §).

Utöver den bestämmelse som finns i paragrafens andra stycke innehåller direktivet också en bestämmelse om att det är tillräckligt med ett meddelande i början, om systemet gäller kortare tid än tre år. Denna bestämmelse är överflödigt och har därför inte tagits in i den föreslagna paragrafen.

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

Annonsering om tilldelning av kontrakt och om ingångna ramavtal**11 §**

En upphandlande enhet som har tilldelat ett kontrakt eller ingått ett ramavtal skall, om inte annat följer av andra stycket, inom två månader därefter lämna Europeiska gemenskapernas kommission uppgifter om kontraktet eller ramavtalet.

Vad som sägs i första stycket gäller inte i fråga om tilldelning av kontrakt som bygger på ett ramavtal som ingåtts i enlighet med denna lag.

Kommentar

Paragrafen motsvarar artikel 43.1 i direktivet och 4 kap. 15 § andra stycket LOU.

Artikel 43.1 innehåller också bestämmelser om dynamiska inköpssystem. Några bestämmelser om sådana system har inte tagits med i detta lagförslag.

Enligt artikel 43.1 andra stycket i direktivet finns ingen skyldighet att lämna uppgifter till kommissionen om tilldelningen

av varje kontrakt som grundar sig på ett ramavtal som ingåtts i enlighet med artikel 14.2. Det får förutsättas att det även inom försörjningssektorerna kan förekomma ramavtal i vilka alla villkor har fastställts och ramavtal där detta inte är fallet. Försörjningsdirektivet innehåller i motsats till det klassiska direktivet inga bestämmelser om att en andra konkurrensutsättning skall ske om inte alla villkor har fastställts i ramavtalet. Såvitt kan förstås gäller befrielsen från skyldigheten att lämna uppgifter även om alla villkor inte har fastställts i ramavtalet.

Paragrafen motsvarar 9 kap. 7§ i lagen om offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster.

Uppgifter om kontrakt som avser forskning och utveckling

12 §

I fråga om tilldelning av ett tjänstekontrakt som avser forskning och utveckling och som i enlighet med 7 kap. 2 § görs utan föregående annonsering får den upphandlande enheten i stället för uppgifter om tjänsternas art och mängd ange att kontraktet avser forsknings- och utvecklingstjänster.

I fråga om tilldelning av ett annat tjänstekontrakt som avser forskning och utveckling får den upphandlande enheten begränsa uppgifterna om tjänsternas art och mängd, om det är nödvändigt med hänsyn till skyddet av affärshemligheter. Uppgifterna skall dock vara minst lika utförliga som uppgifterna i annonsen om upphandlingen.

Om den upphandlande enheten använder ett kvalificeringssystem enligt 15 kap. 1 §, skall de uppgifter som lämnas om tilldelning av kontrakt som avser forskning och utveckling vara minst lika utförliga som beskrivningen av den kategori det hänvisas till i den förteckning över leverantörer som skall upprättas enligt 15 kap. 9 §.

Kommentar

Paragrafen motsvarar artikel 43.3 i direktivet. En motsvarande bestämmelse finns i artikel 24.3 i direktiv 93/38/EEG men inte i LOU.

I artikel 43.3 tredje stycket föreskrivs att de uppgifter som offentliggörs om tilldelning av kontrakt om forskning och

utveckling efter föregående annonsering skall vara minst lika utförliga som ”uppgifterna i det meddelande om upphandling som offentliggörs i enlighet med artikel 42.1”. Av 42.1 framgår endast att annonsering om varu-, byggtreprenad- eller tjänsteupphandling kan ske genom förhandsmeddelande, meddelande om att det finns ett kvalificeringssystem eller meddelande om upphandling som avses i olika bilagor (som behandlar öppet, selektivt och förhandlat förfarande). Enligt utredningens mening uppnås samma materiella resultat med den av utredningen föreslagna kortare formuleringen i andra meningen i andra stycket.

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

Kontrakt som avser vissa tjänster

13 §

I fråga om tilldelning av kontrakt som avser tjänster som avses i bilaga 3 till denna lag skall den upphandlande enheten då den lämnar uppgifter enligt 11 § ange om den samtycker till offentliggörande.

Kommentar

Paragrafen motsvarar artikel 43.4 och delvis 4 kap. 15 § andra stycket LOU.

Artikel 43 är en av de två artiklar som enligt artikel 32 skall tillämpas vid tilldelning av kontrakt som avser s.k. B-tjänster. Enligt artikel 43.4 skall den upphandlande enheten ange om den samtycker till offentliggörande medan enligt bestämmelsen i LOU enheten skall ange de uppgifter som inte bör offentliggöras. Skillnaden tycks alltså vara att artikeln syftar på alla uppgifter medan enligt paragrafen i LOU vissa uppgifter kan anges. Någon anledning att avvika från direktivets formulering finns inte. Paragrafen har därför med redaktionella ändringar utformats i överensstämmelse med bestämmelserna i direktivet.

Av artikel 43.5 i direktivet framgår att de uppgifter som lämnas om tilldelade kontrakt med angivelsen att de inte är avsedda att offentliggöras skall offentliggöras endast i förenklad form och i enlighet med bilaga XX för statistiska ändamål. Bestämmelsen, som

riktar sig endast till kommissionen, har inte tagits in i den föreslagna paragrafen

Bemyndigande

14 §

Regeringen eller den myndighet regeringen bestämmer meddelar föreskrifter om

1. innehållet i och utformningen av annonser om upphandling samt om sättet för överföring till Europeiska gemenskapernas kommission av sådana annonser och
2. sådana meddelanden som avses i 7 §.

Kommentar

Bestämmelser om utformning och offentliggörande av meddelanden finns i artikel 44 i direktivet.

I likhet med vad som föreslagits i motsvarande ämne i lagen om upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster bör föreskrifter om annonsering meddelas av regeringen eller den myndighet som regeringen bestämmer. Bemyndigandet täcker vad som föreskrivs i artikel 44.1 och 44.2 första stycket. Artikel 44.3 andra stycket, 44.5, 44.6 och 44.8 har tagits in i 15, 17, 20 respektive 21 §. Övriga bestämmelser i artikel 44 riktar sig till kommissionen och har därför inte tagits in i lagen.

Begäran om offentliggörande av annons som skickats med telefax

15 §

En upphandlande enhet får begära att en annons om upphandling genom öppet, selektivt eller förhandlat förfarande, som inte skickats med hjälp av elektroniska medel, offentliggörs inom fem dagar, om annonsen skickats med telefax.

Kommentar

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

Enligt artikeln skall en annons, som utarbetas och skickas med hjälp av elektroniska medel i det format och i enlighet med de förfaranden för överföring som anges i punkt 3 i bilaga XX till direktivet, offentliggöras senast fem dagar efter det att de avsänts. Andra meddelanden skall offentliggöras senast tolv dagar efter det att de avsänts. I undantagsfall och om den upphandlande enheten begär det skall de meddelanden om upphandling som anges i artikel 42.1 c dock offentliggöras inom fem dagar, under förutsättning att meddelandet skickats med fax.

Den möjlighet som ges en upphandlande enhet enligt artikel 44.3 andra stycket andra meningen bör föras in som en rätt för enheten att begära offentliggörande inom fem dagar.

Övriga bestämmelser i artikel 44.3 riktar sig enbart till kommissionen och behöver därför inte tas in i den nya lagen.

Val av språk i annons

16 §

En upphandlande enhet 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 44.4 första stycket och har delvis en motsvarighet i 1 kap. 9 § första stycket LOU.

Artikel 44.4 innehåller också bestämmelser om att ett sammandrag av de väsentliga delarna i varje meddelande skall offentliggöras på de andra officiella språken och att kostnaderna för kommissionens offentliggörande av meddelanden skall belasta gemenskapen. Dessa bestämmelser riktar sig endast till kommissionen och har därför inte tagits i den föreslagna paragrafen.

Paragrafen motsvarar 9 kap. 10 § i lagen om offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster.

Tidpunkt för offentliggörande av annons

17 §

En upphandlande enhet får inte offentliggöra en annons eller dess innehåll innan den skickas till Europeiska gemenskapernas kommission.

En annons som offentliggörs av en upphandlande enhet får inte innehålla någon annan information än den som skickas till kommissionen eller offentliggörs på den upphandlande enhetens upphandlarprofil.

18 §

En upphandlande enhet får inte offentliggöra en förhandsannons på sin upphandlarprofil innan ett meddelande har skickats till Europeiska gemenskapernas kommission som anger att offentliggörandet sker i denna form.

Uppgift om dag då annons skickats till Europeiska gemenskapernas kommission

19 §

En annons eller förhandsannons som offentliggörs av en upphandlande enhet skall innehålla uppgift om vilken dag meddelandet skickats till Europeiska gemenskapernas kommission eller offentliggjorts på upphandlarprofilen.

20 §

En upphandlande enhet skall kunna visa vilken dag ett meddelande har skickats till Europeiska gemenskapernas kommission.

Kommentar till 17–20 §§

Paragraferna motsvarar sammantaget artikel 44.5 och 44.6. 18 § motsvarar 1 kap. 10 § LOU och 20 och 21 §§ motsvarar 1 kap. 8 § andra stycket LOU. I övrigt saknas motsvarighet till de föreslagna bestämmelserna i LOU.

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

I artikel 44.7 i direktivet sägs att kommissionen skall till den upphandlande enheten lämna en bekräftelse på offentliggörandet av den översända informationen och ange dag för offentliggörandet och att denna bekräftelse skall tjäna som bevis för offentliggörandet. Bestämmelserna riktar sig endast till kommissionen och har därför inte tagits in i lagen.

Paragraferna motsvarar 9 kap. 11–14 §§ i lagen om offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster.

Icke obligatoriskt offentliggörande av annons

21 §

En upphandlande enhet får, även om någon skyldighet till det inte finns enligt detta kapitel, offentliggöra annonser och förhandsannonser i enlighet med vad som föreskrivs i 14 – 20 §§.

Kommentar

Paragrafen motsvarar artikel 44.8 i direktivet men saknar motsvarighet i LOU.

Artikeln omfattar ”meddelanden om upphandling som inte omfattas av de krav på offentliggörande som anges i detta direktiv”. Till sådan upphandling hör i och för sig upphandling som inte alls eller endast i mycket begränsad omfattning regleras i direktivet, såsom upphandling under tröskelvärdena och upphandling av B-tjänster. Av punkt 8 i artikeln framgår inte uttryckligen om sådan upphandling skall kunna annonseras med stöd av bestämmelsen. Eftersom artikeln inte innehåller någon sådan begränsning får antas att all upphandling av det slag som omfattas av lagen får annonseras enligt direktivets bestämmelser.

Artikel 44.8 får uppfattas så att det frivilliga offentliggörandet skall ske på det sätt och i de former som anges i 14–20 §§ och med det innehåll som anges där. Vidare torde artikeln innebära att de skyldigheter som kommissionen har enligt bestämmelserna i artikel 44.1–44.7 gäller också då det är fråga om ett frivilligt offentliggörande.

35 Tidsfrister för mottagande av anbudsansökningar och anbud

I försörjningsdirektivet finns bestämmelser om tidsfrister i artiklarna 45–47. Det är i första hand fråga om tidsfrister som skall bestämmas av en upphandlande enhet för lämnande av anbud och ansökningar om att få lämna anbud. 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. Det föreskrivs också frister som skall iakttas av upphandlande enheter bl.a. då det gäller att lämna ut handlingar.

Bestämmelser om tidsfrister har tagits in i 13 kap. i lagen.

Föreslagna bestämmelser med kommentarer

Inledande bestämmelse

1 §

Tidsfrister för mottagande av anbudsansökningar och anbud skall, med iakttagande av 2–10 §§, bestämmas till den tid som upphandlingens art och omfattning motiverar.

Kommentar

Paragrafen motsvarar artikel 45.1 i direktivet. Den är med redaktionella ändringar utformad i enlighet med bestämmelsen i direktivet.

Paragrafen saknar motsvarighet i LOU.

Tidsfrister vid öppet upphandlingsförfarande

Allmän bestämmelse

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 3–6 §§.

Kommentar

Paragrafen motsvarar artikel 45.2 i direktivet och 4 kap. 17 § första stycket LOU. Den har med redaktionella ändringar utformats i enlighet med bestämmelsen i direktivet.

I enlighet med vad som anförts i kommentaren till motsvarande bestämmelse i lagen om upphandling inom den klassiska sektorn (10 kap. 2 §, kapitel 14 i betänkandet) har i paragrafen angetts att tiden skall räknas ”från” en viss dag och inte som i direktivet ”från och med” en viss dag. I övrigt hänvisas till den nämnda kommentaren.

Tidsfrist efter förhandsannonsering

3 §

Om den upphandlande enheten har förhandsannonserat enligt 12 kap. 3–9 §§, skall tidsfristen för mottagande av anbud vid öppet upphandlingsförfarande i regel vara minst 36 dagar och inte i något fall kortare än 22 dagar från den dag då meddelandet skickades för offentliggörande.

Den tidsfrist som anges i första stycket får användas endast om

1. förhandsannonsen innehöll de uppgifter som anges i föreskrifter som meddelats med stöd av 12 kap. 14 §,
2. minst 52 dagar, men högst 12 månader, gått från den dag då förhandsannonsen skickades för offentliggörande.

Kommentar

Paragrafen motsvarar artikel 45.4 i direktivet och 4 kap. 17 § andra stycket LOU.

För att tidsfristen enligt 3 § skall få tillämpas skall enligt direktivet vissa uppgifter obligatoriskt lämnas och vissa andra uppgifter lämnas, om de är tillgängliga vid tidpunkten för förhandsannonseringen. Eftersom föreskrifter om innehållet i annonser enligt förslaget skall meddelas av regeringen eller den myndighet som regeringen bestämmer får denna skillnad komma till uttryck i dessa föreskrifter.

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

*Tidsfrist vid användning av elektroniska medel***4 §**

Om en annons utarbetas och skickas med elektroniska medel i enlighet med vad som gäller vid användande av sådan teknik, får tidsfristerna enligt 2 och 3 §§ förkortas med sju dagar.

Kommentar

Paragrafen motsvarar artikel 45.5 i direktivet men saknar motsvarighet i LOU. Den har med redaktionella ändringar utformats i enlighet med bestämmelsen i direktivet.

*Förkortad tidsfrist vid tillgång till förfrågningsunderlag via elektroniska medel***5 §**

Tidsfristerna enligt 2 och 3 §§ får, utöver vad som följer av 4 §, förkortas med fem dagar, om den upphandlande enheten ger obegränsad, direkt och fullständig tillgång via elektroniska medel till alla förfrågningsunderlag och alla kompletterande handlingar från och med den dag då annonsen för upphandlingen offentliggörs. Den Internetadress där denna dokumentation finns tillgänglig skall anges i meddelandet

Kommentar

Paragrafen motsvarar artikel 45.6 i direktivet men saknar motsvarighet i LOU.

I artikeln anges att tiden skall beräknas från och med den dag då annonsen för upphandlingen offentliggörs ”i enlighet med bilaga XX”. Innehållet i och utformningen av en annons skall bestämmas i föreskrifter som meddelas med stöd av 12 kap. 14 §. Något behov av att ange att offentliggörandet skall ske i enlighet med dessa bestämmelser behövs därför inte här.

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

*Minsta tillåtna tidsfrist***6 §**

Den samlade effekten av de förkortade tidsfristerna enligt 4 och 5 §§ får inte i något fall leda till en tidsfrist för mottagande av anbud, räknat från den dag då annons om upphandlingen skickades för offentliggörande, som är kortare än 15 dagar, om annonsen skickas med elektroniska medel eller telefax, eller 22 dagar i annat fall.

Kommentar

Paragrafen motsvarar artikel 45.7 i direktivet men saknar motsvarighet i LOU. Den har med redaktionella ändringar utformats i enlighet med bestämmelsen i direktivet.

Tidsfrister vid selektivt eller förhandlat upphandlingsförfarande*Tidsfrist för mottagande av ansökan om att få lämna anbud***7 §**

Vid selektivt upphandlingsförfarande och vid förhandlat förfarande med föregående annonsering skall tidsfristen för mottagande av en ansökan om att få lämna anbud efter annonsering enligt 12 kap. 2 § 3 eller av svar på en anmodan att bekräfta intresset för anbudsgivning efter en inbjudan enligt 16 § i regel vara minst 37 dagar från den dag då annonsen eller

inbjudan skickades för offentliggörande. Tidsfristen får om meddelandet skickas med elektroniska medel eller telefax inte vara kortare än 15 dagar och i annat fall inte kortare än 22 dagar.

Kommentar

Paragrafen motsvarar artikel 45.3 a i direktivet och 4 kap. 18 § LOU. Den har med redaktionella ändringar utformats i enlighet med bestämmelsen i direktivet.

I sista meningen i tredje stycket i 4 kap. 18 § LOU sägs att tiden måste avvägas så att möjlighet ges för intresserade att på ett tillfredsställande sätt ta del av förfrågningsunderlaget. Att så skall ske framgår av den föreslagna 1 § och behövs därför inte här.

Tidsfrist vid användning av elektroniska medel

8 §

Om en annons utarbetas och skickas med elektroniska medel i enlighet med vad som gäller vid användande av sådan teknik, får tidsfristen enligt 7 § förkortas med sju dagar.

Kommentar

Paragrafen motsvarar artikel 45.5 i direktivet men saknar motsvarighet i LOU. Den har med redaktionella ändringar utformats i enlighet med bestämmelsen i direktivet.

Minsta tillåtna tidsfrist

9 §

Efter annonsering enligt 12 kap. 2 § 3 eller en inbjudan enligt 16 § skall tidsfristen vara minst 15 dagar från den dag då annonsen eller inbjudan skickades för offentliggörande.

Kommentar

Paragrafens första stycke motsvarar artikel 45.8 första stycket i direktivet men saknar motsvarighet i LOU.

I artikel 45.8 första stycket behandlas inledningsvis det fallet att ett meddelande har offentliggjorts enligt artikel 42.1 c. Där anges att meddelande om upphandling kan ske genom ett sådant meddelande om upphandling som avses i bilaga XIII A, XIII B eller XIII C. Bilagorna behandlar i tur och ordning den information som skall finnas i meddelanden om upphandling när det gäller öppna, selektiva och förhandlade förfaranden. Tidsfristen får i dessa fall inte bestämmas till kortare tid än 15 dagar. Enligt andra stycket i artikel 45.8 får tidsfristen vid de selektiva och förhandlade förfarandena inte bestämmas till kortare tid än tio dagar.

De båda styckena är svårförenliga. Enligt den engelska språkversionen av direktivet avser tidsfristen i första stycket endast mottagande av ansökningar om att få lämna anbud ("a time limit for receipt of requests to participate") medan andra stycket avser tidsfristen för mottagande av anbud ("a time limit for the receipt of tenders"). Eftersom texten i den engelska språkversionen är begriplig får antas att den bättre än den svenska svarar mot syftet med bestämmelsen. Den bör därför i den delen läggas till grund för utformningen av paragrafen i den nya lagen. Trots att det i direktivet talas om att den samlade effekten av olika förkortningar, är det när det gäller tiden för att ansöka om att få lämna anbud endast en förkortning som kan komma i fråga, nämligen den i artikel 45.5 (8 § i lagen).

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

*Tidsfrist för mottagande av anbud***10 §**

Tidsfristen för mottagande av anbud får bestämmas genom överenskommelse mellan den upphandlande enheten och de anbudssökande som utvalts av enheten, under förutsättning att alla får samma tid att lämna anbud.

Om en sådan överenskommelse inte har kunnat uppnås, skall den upphandlande enheten fastställa en tidsfrist som i regel bör

vara minst 24 dagar från dagen för inbjudan att lämna anbud och aldrig får vara kortare än 10 dagar från samma dag.

Kommentar

Paragrafen motsvarar artikel 45.3 i direktivet och 4 kap. 18 § LOU. Den har med redaktionella ändringar utformats i enlighet med bestämmelsen i direktivet.

I sista meningen i tredje stycket i 4 kap. 18 § LOU sägs att tiden måste avvägas så att möjlighet ges för intresserade att på ett tillfredsställande sätt ta del av förfrågningsunderlaget. Att så skall ske framgår av den föreslagna 1 § och behövs därför inte här.

Förkortad tidsfrist vid tillgång till förfrågningsunderlag via elektroniska medel

11 §

Tidsfristen enligt 9 § andra stycket får förkortas med fem dagar, om den upphandlande enheten ger obegränsad, direkt och fullständig tillgång via elektroniska medel till alla förfrågningsunderlag och alla kompletterande handlingar från och med den dag då annonsen för upphandlingen offentliggörs. Den Internetadress där denna dokumentation finns tillgänglig skall anges i meddelandet.

Tidsfristen får dock inte vara kortare än tio dagar.

Kommentar

Paragrafen motsvarar artikel 45.6 i direktivet men saknar motsvarighet i LOU.

I artikeln anges att tiden skall beräknas från och med den dag då annonsen för upphandlingen offentliggörs ”i enlighet med bilaga XX”. I bilaga XX anges dels de format som skall användas vid översändande till kommissionen av annonser, dels hur dessa annonser skall offentliggöras. Med hänsyn till att det av 12 kap. 14 § framgår att regeringen eller den myndighet som regeringen bestämmer meddelar föreskrifter om vad en annons skall innehålla och hur den skall utformas och till att bestämmelserna i övrigt riktar sig till kommissionen finns inget behov av att ange att offentliggörandet skall ske i enlighet med bilaga XX.

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

Förlängning av frister för mottagande av anbud

12 §

Tillhandahålls inte förfrågningsunderlaget och kompletterande handlingar och upplysningar, trots att detta begärts i god tid, inom de tidsfrister som anges i 13–17 §§, 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 också i det fall anbud inte kan lämnas annat än efter ett besök på plats eller efter en granskning på plats av underlaget till förfrågningsunderlaget,

Första och andra styckena gäller inte då tidsfristen fastställts genom en överenskommelse i enlighet med 10 § första stycket.

Kommentar

Paragrafen motsvarar artikel 45.9 i direktivet men saknar motsvarighet i LOU. Den har med redaktionella ändringar utformats i enlighet med bestämmelsen i direktivet.

Utlämnande av förfrågningsunderlag och andra handlingar på begäran

13 §

Om en upphandlande enhet vid öppet förfarande inte enligt 5 § 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 mottagits, förutsatt att begäran har gjorts i god tid före utgången av tidsfristen för att lämna anbud.

Den upphandlande enheten eller den som av enheten utsetts att fullgöra denna uppgift skall lämna ut kompletterande information om förfrågningsunderlaget senast sex dagar före

fastställd sista dag för mottagande av anbud, om informationen har begärts i god tid.

Kommentar

Paragrafen motsvarar artikel 46 i direktivet och 4 kap. 19 § LOU. Den motsvarande bestämmelsen i lagen om offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster, finns i 10 kap. 9 §. Beträffande kommentarer hänvisas till kommentaren till den paragrafen i kapitel 14 i betänkandet.

Samtidig skriftlig inbjudan till deltagare i selektivt eller förhandlat upphandlingsförfarande

14 §

Vid selektivt eller förhandlat förfarande skall en upphandlande enhet vid ett och samma tillfälle till samtliga utvalda deltagare skicka ut en skriftlig inbjudan att lämna anbud eller att förhandla. Inbjudan skall innehålla förfrågningsunderlaget och samtliga kompletterande handlingar.

Om förfrågningsunderlaget och kompletterande handlingar är direkt tillgängliga med elektroniska medel är det dock tillräckligt att inbjudan innehåller en uppgift om var underlaget och handlingarna hålls tillgängliga.

Kommentar

Paragrafen motsvarar artikel 47.1 i direktivet och 4 kap. 20 § LOU. Den har med redaktionella ändringar utformats i enlighet med bestämmelserna i direktivet.

Utlämnande av annan än en upphandlande enhet

15 §

I det fall någon annan enhet än den ansvariga upphandlande enheten på begäran skall lämna ut förfrågningsunderlaget eller de kompletterande handlingarna, skall adressen till den enhet från vilken underlaget och handlingarna kan begäras anges i inbjudan. Om en tidsfrist gäller för en sådan begäran och om en

avgift skall betalas för de begärda handlingarna skall upplysning om fristen och avgiften samt betalningsvillkor anges i inbjudan.

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

Kommentar

Paragrafen motsvarar artikel 47.2 i direktivet men saknar motsvarighet i LOU.

Den svenska språkversionen av artikeln inleds med orden ”om någon annan enhet än den ansvariga upphandlande enheten har tillgång till förfrågningsunderlaget - - -”. Enligt utredningens mening är det bättre att använda verbet innehar, som dessutom stämmer bättre med formuleringen i den engelska språkversionen (”the specifications - - - are held by”).

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

16 §

Den upphandlande enheten eller den som avses i 13 § 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.

Kommentar

Paragrafen motsvarar artikel 47.3 i direktivet och 4 kap. 19 § LOU. Den har med redaktionella ändringar utformats i enlighet med bestämmelsen i direktivet.

Inbjudan att bekräfta intresse efter förhandsannonsering

17 §

I det fall förhandsannonsering gjorts skall den upphandlande enheten senare inbjuda samtliga anbudssökande att bekräfta sitt intresse med utgångspunkt i mer detaljerade upplysningar om upphandlingen och först därefter välja anbudsgivare eller förhandlingsparter.

Innehållet i inbjudan att lämna anbud eller förhandla

18 §

En inbjudan som avses i 14 § skall innehålla förfrågningsunderlaget och samtliga kompletterande handlingar eller uppgift om hur underlaget och handlingarna gjorts tillgängliga med elektroniska medel.

Inbjudan skall dessutom innehålla uppgifter av betydelse för upphandlingen såsom

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

2. sista dag för mottagande av anbud samt uppgifter om till vilken adress anbudet skall skickas och på vilket eller vilka språk de skall avfattas,

3. en hänvisning till offentliggjorda annonser om upphandling,

4. uppgifter om vilka handlingar som skall bifogas,

5. tilldelningskriterier, om de inte redovisas i en annons om att det finns ett kvalificeringssystem vilket används för konkurrensutsättning,

6. den relativa inbördes betydelsen av kriterierna för tilldelning av kontrakt eller kriteriernas prioritetsordning, om dessa upplysningar inte redovisas i annonsen om upphandling, annonsen om att det finns ett kvalificeringssystem eller förfrågningsunderlaget.

Kommentar

Paragrafen motsvarar artikel 47.4 i direktivet och 1 kap. 16 a § LOU.

I 1 kap. 16 a § LOU sägs att även adressen där ytterligare handlingar kan beställas skall anges. En sådan uppgiftsskyldighet synes följa av artikel 47.2 (se 13 § ovan). Vidare sägs i punkt 6 i bestämmelsen i LOU att uppgifter skall lämnas om andra särskilda villkor som gäller för att få delta. Någon motsvarighet till denna bestämmelse finns inte i artikel 47.4. I direktivet finns en särskild punkt f) som avser viktningen av tilldelningskriterierna. Någon motsvarighet finns inte i LOU.

Någon anledning att utforma paragrafen på annat sätt än i huvudsaklig överensstämmelse med direktivets bestämmelser finns inte.

Innehållet i inbjudan att bekräfta intresse efter förhandsannonsering

19 §

I det fall förhandsannonsering gjorts skall den upphandlande enheten senare inbjuda samtliga anbudssökande att bekräfta sitt intresse med utgångspunkt i mer detaljerade upplysningar om upphandlingen och först därefter välja anbudsgivare eller förhandlingsparter.

Inbjudan skall innehålla uppgifter av betydelse för upphandlingen såsom

1. typ och mängd av det som skall upphandlas, option på ytterligare kontrakt och om möjligt beräknad tidsfrist för optionen samt, när det gäller kontrakt som kan förnyas, typ och mängd och, om möjligt, beräknad tidpunkt för kommande annonser om upphandling av byggtreprenader, varor eller tjänster,

2. huruvida selektivt eller förhandlat upphandlingsförfarande skall användas,

3. dag för leverans av varor eller för påbörjande eller avslutande av byggtreprenaden eller tjänsterna,

4. inlämningsadress och sista dag för begäran att få ut anbudsunderlag samt uppgift om på vilket eller vilka språk ansökan skall avfattas,

5. adress till den enhet som sköter upphandlingen och nödvändiga upplysningar om hur förfrågningsunderlaget och övriga handlingar rekvireras,

6. ekonomiska eller tekniska krav, ekonomiska garantier och upplysningar som krävs från leverantörer,

7. belopp och betalningsätt, om en avgift skall betalas för de handlingar som gäller upphandlingsförfarandet,

8. om kontraktet syftar till köp, leasing, hyra eller hyrköp eller en kombination av dessa, och

9. kriterier för tilldelning av kontrakt samt kriteriernas relativa inbördes betydelse eller kriteriernas prioritetsordning,

om dessa upplysningar inte redovisas i den vägledande annonsen eller i förfrågningsunderlaget.

Kommentar

Paragrafen motsvarar artikel 47.5 i direktivet men saknar motsvarighet i LOU. Den har med redaktionella ändringar utformats i överensstämmelse med bestämmelserna i direktivet.

36 Kommunikation, information och dokumentation

Försörjningsdirektivet innehåller bestämmelser om hur kommunikationen i ett upphandlingsärende skall gå till och vilka kommunikationsmedel som får användas. I direktivet finns bestämmelser också om den information som skall lämnas till dem som deltar i en upphandling och om skyldigheten att bevara information om tilldelade kontrakt.

Bestämmelserna, som behandlas i artiklarna 48–50 i direktivet, har i lagen placerats i 14 kap.

Föreslagna bestämmelser med kommentarer

Regler för kommunikation

1 §

En upphandlande enhet 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.

Enheten skall i en annons eller i förfrågningsunderlaget ange hur anbud och ansökningar om att få lämna anbud får lämnas.

Kommentar

Paragrafen motsvarar artikel 48.1 och 48.2 i direktivet och 1 kap. 19 § LOU.

Bestämmelserna har utformats i överensstämmelse med motsvarande bestämmelser i 11 kap. 1 § lagen om offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster (kapitel 15 i

betänkandet). Beträffande kommentaren hänvisas till kommentaren till den paragrafen.

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 48.4 i direktivet men saknar motsvarighet i LOU. Den överensstämmer med motsvarande paragraf i lagen om offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster (se kommentaren till 11 kap. 2 § i den lagen i kapitel 15 i betänkandet).

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 enhet 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 meddelar föreskrifter om de krav som skall vara uppfyllda beträffande anordningar som används för elektronisk mottagning av anbud och anbudsansökningar.

Kommentar

Paragrafen motsvarar artikel 48.5 a–c i direktivet men saknar motsvarighet i LOU. Den har utformats i överensstämmelse med motsvarande bestämmelse i lagen om offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster (se kommentaren till 11 kap. 3 § i kapitel 15 i betänkandet).

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 15 kap. 5, 9, 14, och 15 §§ och som inte finns tillgängliga i elektronisk form,

Kommentar

Paragrafen motsvarar artikel 48.5 d i direktivet men saknar motsvarighet i LOU.

De handlingar och intyg som avses i de i artikel 48.5 d nämnda artiklarna (52.2, 52.3, 53 och 54) tycks vara

- intyg om kvalitetssäkringsstandarder (artikel 52.2, 15 kap. 14 § i den föreslagna lagen),
- intyg om miljöledningsstandarder (artikel 52.3, 15 kap. 15 § i den föreslagna lagen),
- bevis om ekonomisk och finansiell kapacitet (artikel 53.4 och 54.5, 15 kap. 5 och 9 §§ i den föreslagna lagen), och
- bevis om teknisk förmåga och/eller yrkeskunnande (artikel 53.5 och 54.6, 15 kap. 5 och 9 §§ i den föreslagna lagen).

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

5 §

En upphandlande enhet får om det behövs begära att ett anbud eller en ansökan om att få lämna anbud som görs 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 enheten bestämmer. Har en ansökan om att få lämna anbud gjorts muntligen skall en bekräftelse, på det sätt som den upphandlande enheten bestämmer, skickas före utgången av ansökningstiden.

Kommentar

Paragrafen motsvarar delvis artikel 48.6 i direktivet och 1 kap. 19 § och 4 kap. 22 § LOU.

I direktivet finns, som redan nämnts, en generell bestämmelse om hur kommunikation och informationsutbyte skall gå till i artikel 48.1. Den motsvaras av 1 § i det nu behandlade kapitlet i lagen. Bestämmelsen i direktivet medger att den upphandlande enheten får bestämma om kommunikationen och informationsutbytet skall ske per post, fax, elektroniska medel eller, i vissa fall, telefon. I artikel 48.6 anges att anbudsansökningar får göras skriftligt eller per telefon. Görs den per telefon skall en skriftlig bekräftelse lämnas. Vidare framgår av artikel 48.6 c att en upphandlande enhet får kräva att en anbudsansökan som görs per fax skall bekräftas per post eller elektroniska medel.

Av det sagda framgår att en upphandlande enhet 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.

Paragrafen har utformats i överensstämmelse med 11 kap. 5 § lagen om offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster som har kommenterats i kapitel 15 i betänkandet.

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 enheten inte tar del av innehållet i anbudena och anbudsansökningarna förrän tidsfristen för att lämna anbud respektive anbudsansökan har gått ut.

Kommentar

Paragrafen motsvarar artikel 48.3 men saknar motsvarighet i LOU. Den har utformats i enlighet med motsvarande bestämmelse i lagen om offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster (11 kap. 6 §). Vid utformningen har alltså gjorts de ändringar i förhållande till texten i direktivet som framgår av kommentaren till denna paragraf (kapitel 18 i betänkandet).

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 enheten utsedda personer skall delta. Anbudena 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 anbudena förtecknas utan en sådan förrättning som avses i första stycket. Anbudena 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.

Rättelse av fel, förtydligande och komplettering**8 §**

En upphandlande enhet 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 16 kap..

Kommentar

Paragrafen överensstämmer med 1 kap. 21 § LOU. Den saknar motsvarighet i direktivet.

Information till leverantörer

Underrättelse om beslut

9 §

En upphandlande enhet skall, om inte annat följer av 10 §, snarast möjligt skriftligen underrätta de deltagande leverantörerna 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 49.1 och 1 kap. 28 och 29 §§ LOU. Den har utformats i överensstämmelse med 11 kap. 9 § lagen om offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster. Utformningen av den paragrafen har kommenterats i kapitel 15 i betänkandet. Som artikel 49.1 är utformad tycks det finnas en skyldighet för en upphandlande enhet att lämna skäl för sina upphandlingsbeslut endast då enheten beslutat att inte fullfölja ett påbörjat upphandlingsförfarande. Enligt utredningens mening finns det inte någon anledning att begränsa denna skyldighet till sådana fall. En generell skyldighet att ange skälen för ett beslut i ett upphandlingsärende bör därför föreskrivas.

I artikel 49.1 finns vissa bestämmelser även om dynamiska inköpssystem. Några motsvarande bestämmelser föreslås inte nu bli införda i den nya lagen.

*Beslut att inte lämna ut information***10 §**

En upphandlande enhet 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 49.2 tredje stycket men saknar motsvarighet i LOU. Den har utformats i överensstämmelse med motsvarande bestämmelse i lagen om offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster (11 kap. 10 §).

*Underrättelse på begäran***11 §**

En upphandlande enhet 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.

Upplýsningar enligt första stycket skall lämnas snarast möjligt och senast inom 15 dagar från det att begäran kom in.

Kommentar

Paragrafen motsvarar artikel 49.2 första och andra styckena i direktivet och 1 kap. 27 § LOU. Den har utformats i enlighet med motsvarande bestämmelse i lagen om offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster (11 kap. 11 §). I

kommentaren till den paragrafen (kapitel 15 i betänkandet) har motiverats varför avvikelser har gjorts från texten i direktivet.

Anbudsgivares bundenhet

12 §

En anbudsgivare är bunden av sitt anbud även om anbudsgivaren fått upplysningar som avses i 9 eller 11 §.

Kommentar

Paragrafen överensstämmer med 1 kap. 19 a § LOU.

Beslut om godkännande av kvalifikationer

13 §

En upphandlande enhet som upprättar och förvaltar ett kvalificeringssystem som avses i 15 kap. 1 § skall inom skälig tid fatta beslut beträffande en ansökan om godkännande av kvalifikationer och underrätta sökanden om beslutet. Om beslutet inte kommer att fattas inom fyra månader från det att ansökan gjordes, skall den upphandlande enheten inom två månader från det att ansökan gjordes underrätta sökanden om orsakerna till att handläggningen kommer att ta längre tid och ange när beslut kommer att fattas.

Ansökningar om godkännande av kvalifikationer får avslås endast med tillämpning av sådana kriterier som avses i 15 kap. 2 och 3 §§.

En sökande vars kvalifikationer inte godkänns skall underrättas om beslutet så snart som möjligt och senast inom 15 dagar från det att beslutet fattats.

Kommentar

Paragrafen motsvarar artikel 49.3 och 49.4 i direktivet och 4 kap. 24 § första stycket LOU.

I stället för det i direktivet använda uttrycket ”inom rimlig tid” har i första stycket första meningen valts det i svensk lagstiftning

vanligare uttrycket ”inom skälig tid”. Någon skillnad i sak medför inte detta val.

Enligt artikel 49.4 skall skälen för att avslå en ansökan om godkännande av kvalifikationer bygga på kvalificeringskriterierna i artikel 53.2. En motsvarande bestämmelse finns i artikel 30.6 i direktiv 93/38/EG. Det förefaller ologiskt att detta krav skall gälla endast avslagsbeslut. Det är lika olämpligt att en upphandlande enhet gynnar en sökande genom att med avvikelse från de kriterier den har fastställt godkänna en okvalificerad sökande. Med hänsyn till utformningen av artikel 49.4 får det godtas att en motsvarande bestämmelse tas in i den nya lagen.

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

Underrättelse om övervägd uteslutning

14 §

En upphandlande enhet som upprättar och förvaltar ett kvalificeringssystem får utesluta en leverantör endast med tillämpning av sådana kriterier som avses i 15 kap. 2–4 §§.

En upphandlande enhet som överväger att utesluta en leverantör skall skriftligen underrätta leverantören om detta och om skälen för det innan slutligt beslut fattas. Underrättelsen skall ske minst 15 dagar före den dag då uteslutningen skall verkställas.

Kommentar

Paragrafen motsvarar artikel 49.5 i direktivet och 4 kap. 24 § andra stycket LOU.

Andra meningen i artikel 49.5 lyder:

En planerad diskvalificering skall föregås av ett skriftligt meddelande till den ekonomiska aktören senast inom 15 dagar räknat från diskvalificeringen tillsammans med skälen till diskvalificeringen.

Denna mening synes vara felöversatt. Av den engelska språkversionen framgår klart att underrättelsen skall lämnas 15 dagar före den dag då diskvalificeringen skall verkställas. Andra stycket har utformats i enlighet med som nu sagts.

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

Bevarande av information

15 §

En upphandlande enhet skall bevara sådan information om varje kontrakt som behövs för att vid ett senare tillfälle kunna motivera beslut om

1. kvalificering och val av leverantörer samt tilldelning av kontrakt,

2. tillämpning av förfaranden utan föregående annonsering om upphandling i enlighet med 12 kap. 2 §, och

3. att tillämpa bestämmelserna om undantag i 1 kap. 11 §, 5 kap., 6 kap. 8 eller 9 § eller 10 kap. 2 §.

Den upphandlande enheten skall vidta lämpliga åtgärder för att dokumentera genomförandet av upphandlingsförfaranden som skett med hjälp av elektroniska medel.

En upphandlande enhet skall på betryggande sätt förvara anbud och anbudsansökningar med tillhörande beskrivningar, modeller och ritningar, samt anbudsförteckningar, sammanställningar och liknande.

Kommentar

Paragrafen motsvarar artikel 50.1 i direktivet och 4 kap. 27 § första stycket LOU.

Bestämmelsen i artikel 50.1 c är svårtillgänglig. Den innebär att information skall bevaras som gör det möjligt att motivera beslut om att inte ”tillämpa bestämmelserna i kapitlen III–IV i denna avdelning (anm.: avdelning II) med stöd av undantag i kapitel II i avdelning I och i kapitel II i denna avdelning.” Syftet får antas vara att det i efterhand skall vara möjligt att kontrollera om en upphandlande enhet haft godtagbara skäl för att inte tillämpa bestämmelserna i kapitlen III–VI.

Vad som avses med direktivtextens ”undantag” är inte uppenbart. Uttryckliga undantag finns i artiklarna 18–30. Att dessa undantag avses med bestämmelsen i artikel 50.1 är klart. Undantagen finns i 5 kap., utom de som avser skyddade verkstäder, som finns i 1 kap. 11 §, och inköpscentraler, som finns i 10 kap. 2 §.

Kapitel II i avdelning I, som omfattar artiklarna 2–9, behandlar vad som skall anses som upphandlande enheter. Enligt artikel 3.2, 3.4 och 4.3 skall viss verksamhet, som gäller leveranser av gas, värme, el eller vatten, och som bedrivs av en upphandlande enhet, som inte är en myndighet, under vissa förutsättningar inte anses utgöra en verksamhet som omfattas av direktivet. Kapitlet innehåller inga andra bestämmelser som kan betecknas som undantagsbestämmelser. Utredningen har därför utgått från att artiklarna 3.2, 3.4 och 4.3 omfattas av artikel 50.1. Motsvarigheten till dessa bestämmelser finns i 4 kap. 2 och 3 §§ i lagen.

Enligt artikel 17.6 a tredje stycket och artikel 17.6 b tredje stycket behöver en upphandlande enhet i visst fall inte tillämpa direktivet på delkontrakt. Bestämmelserna kan enligt utredningens mening inte ses som undantag enligt artikel 50.1 och har därför tagits in i uppräkningsavundantag.

De bestämmelser som en upphandlande enhet beslutat att inte tillämpa skall enligt direktivet vara bestämmelserna i kapitlen III och VI i avdelning II. I kapitel III anges vilka regler som skall tillämpas på tjänstekontrakt (artiklarna 31–33), i kapitel IV särskilda regler om förfrågningsunderlag och kontraktshandlingar (artiklarna 34–39), kapitel V bestämmelser om upphandlingsförfaranden och kapitel VI regler om annonsering, tidsfrister, kommunikation och information.

Enligt utredningens uppfattning är det mer naturligt att utgå från att en upphandlande enhet beslutat tillämpa ett visst undantag i stället för att, som i direktivet utgå från att enheten beslutat att inte tillämpa vissa bestämmelser i direktivet. Genom att tillämpa ett undantag uppnås att den upphandlande enheten inte behöver iakttas annars gällande förfarandebestämmelser i direktivet. De grundläggande principer som skall tillämpas vid upphandling måste dock iakttas även om ett undantag kan åberopas.

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 allmänna handlingar som förvaras hos upphandlande myndigheter följer en sådan skyldighet av arkivlagen (1990:782). Beträffande sådant som hör till ett upphandlingsärendet men som inte är allmänna handlingar, t.ex. modeller, föreligger ingen arkiverings-skyldighet enligt arkivlagen. För upphandlande enheter som inte är

myndigheter gäller arkivlagen vanligen inte. Det finns därför enligt utredningens mening anledning att i den nya lagen föra in en bestämmelse motsvarande 1 kap. 24 §.

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

16 §

Informationen skall bevaras minst fyra år från den dag då kontraktet tilldelades, så att den upphandlande enheten under denna period på begäran kan förse Europeiska gemenskapernas kommission med nödvändiga upplysningar.

Kommentar

Paragrafen motsvarar artikel 50.2 i direktivet och 4 kap. 27 § andra stycket LOU. Den har utformats i överensstämmelse med bestämmelsen i direktivet.

37 Kvalificering och urvalsbedömning

I detta kapitel behandlas vad som enligt direktivet skall gälla i fråga om ett system för kvalificering på förhand av eventuella leverantörer, val av deltagare i upphandlingsförfaranden och ömsesidigt erkännande av bl.a. tekniska villkor och intyg m.m. Bestämmelserna innefattar bl.a. krav på att upphandlande enheter enligt vissa principer skall fastställa regler och kriterier som skall tillämpas vid val av deltagare i kvalificeringssystem eller i upphandlingsförfaranden.

Bestämmelserna finns i kapitel 15 i lagen.

I det klassiska direktivet finns bestämmelser om kontroll av lämplighet och val av deltagare i artikel 44 och i artikel 45 finns kvalitativa urvalskriterier (anbudssökandes och anbudsgivares personliga ställning). Dessa bestämmelser behandlas i kapitel 12 i betänkandet (8 kap. i lagen om offentlig upphandling inom den klassiska sektorn.). I det klassiska direktivet finns inte något system för kvalificering på förhand av leverantörer.

I försörjningsdirektivet finns bestämmelser om kvalificeringssystem i artikel 53 och kvalitativa urvalskriterier i artikel 54.

Bestämmelserna om kvalificeringssystem innebär att en upphandlande enhet får upprätta och förvalta ett sådant system, varvid kvalificeringskriterierna får eller, när den upphandlande enheten är en myndighet, skall omfatta de uteslutningskriterier som anges i artikel 45 i det klassiska direktivet. Även vid fastställande av kvalitativa urvalskriterier gäller detsamma. Enligt dessa bestämmelser kan en leverantör uteslutas om han dömts för ekonomisk brottslighet av vissa slag, är på obestånd, inte skött sina betalningar av skatter och avgifter eller gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen. Dessa uteslutningsgrunder finns intagna i 16 kap. i lagen (kapitel 38 i betänkandet).

En upphandlande enhet skall kunna fastställa ett kvalificeringssystem som skall tillämpas vid efterföljande upphandlingar och alltså inte endast vid en särskild upphandling.

Kvalitativa urvalskriterier har däremot samband med en viss konkret upphandling. Bestämmelserna hör dock inbördes samman bl.a. på det viset att de bygger på samma krav som får eller skall ställas på leverantörer.

Föreslagna bestämmelser med kommentarer

Kvalificeringssystem

Upprättande av ett kvalificeringssystem

1 §

En upphandlande enhet får upprätta och tillämpa ett särskilt kvalificeringssystem för urval på förhand av leverantörer som får delta i selektivt eller förhandlat upphandlingsförfarande. En kvalificering får begränsas till deltagande i förfarande för tilldelning av en eller flera typer av kontrakt.

Ett kvalificeringssystem kan omfatta flera kvalificeringsfaser.

Vid upprättande och tillämpning av ett kvalificeringssystem skall 16 § tillämpas.

Kommentar

Första meningen i paragrafens första stycke motsvarar artikel 53.1 första stycket i direktivet och första meningen i 4 kap. 23 § första stycket LOU. Att endast selektivt eller förhandlat förfarande kan komma i fråga ligger i sakens natur och framgår indirekt av artikel 53.9.

Andra meningen i första stycket bygger på att den lista som enligt artikel 53.7 skall upprättas över kvalificerade ekonomiska aktörer får delas in efter den typ av upphandling för vilken kvalificeringen är giltig. Grunden för att listan får delas in på detta sätt är uppenbarligen, vilket inte uttryckligen sägs i direktivet, att en kvalificering kan begränsas till viss eller vissa typer av upphandling. En sådan begränsning, som förefaller naturlig, är av materiell natur och kan lämpligen placeras i denna paragraf.

I den svenska språkversionen har i artikel 53.7 valts uttrycket ”typ av upphandling” medan i de danska, engelska och tyska språk-

versionerna används uttrycket ”kategorier efter den kontraktstyp”, ”categories according to the type of contract” respektive ”Kategorien nach auftragsarten”. Direktivet. Vad som avses med typ av upphandling eller kontraktskategori framgår inte av direktivet. Med hänsyn till syftet med ett kvalificeringssystem synes det ligga närmast till hands att skilja mellan olika slag av byggentreprenader, varor respektive tjänster. En leverantör skulle då kunna kvalificeras för exempelvis endast anläggande av vägar eller tillhandahållande av visst slag av varor.

Paragrafens andra stycke motsvarar artikel 53.2 första stycket i direktivet men saknar motsvarighet i LOU.

I artikel 53.8 i direktivet finns följande bestämmelse:

De upphandlande enheterna skall, när de upprättar och förvaltar ett kvalificeringssystem, iakttä bestämmelserna i artikel 41.3 angående meddelanden om att det finns ett kvalificeringssystem, artikel 49.3–49.5 om den information som skall lämnas till ekonomiska operatörer som har ansökt om kvalificering, artikel 51.2 om urval av deltagare när upphandling sker med hjälp av ett meddelande om att det finns ett kvalificeringssystem samt bestämmelserna i artikel 52 om ömsesidigt erkännande av administrativa, tekniska och ekonomiska villkor samt intyg, prover och bevis.

LOU innehåller ingen motsvarande bestämmelse.

Av artiklarna 41.3 och 49.3–49.5 framgår att en upphandlande enhet skall annonsera sitt kvalificeringssystem och lämna information till leverantörerna om de kvalificerat sig och om de diskvalificerats. Motsvarande bestämmelser finns i 12 kap. 10 § och 14 kap. 10 och 11 §§. I dessa delar tillför bestämmelsen i artikel 3.8 ingenting och kan undvaras.

Enligt artikel 51.2 a skall en upphandlande enhet kvalificera leverantörer i enlighet med reglerna om kvalificeringssystem. Detta framgår av de bestämmelser som tagits in i 2, 3 och 7 §§ och av 16 kap. Enligt artikel 51.2 b skall en upphandlande enhet tillämpa de bestämmelser i artikel 51.1 som är relevanta för selektiva och förhandlade förfaranden på de leverantörer som kvalificerats. Även detta framgår av andra bestämmelser i den föreslagna lagen (11, 12 och 14 §§ i detta kapitel). Bestämmelserna i artikel 51.2 har därför inte tagits in i lagen.

Att bestämmelserna i artikel 52 om ömsesidigt erkännande av administrativa, tekniska och ekonomiska villkor m.m. skall tillämpas på kvalificeringssystem framgår däremot inte direkt av den artikeln. Genom en hänvisning i paragrafens tredje stycke till

16 §, där en motsvarighet till artikel 52 tagits in, bör därför klargöras att den skall tillämpas.

Fastställande av kriterier och regler för kvalificeringssystem

2 §

Enheten skall fastställa kriterier och regler för urval till ett kvalificeringssystem. Kriterierna och reglerna skall utformas så att de innebär en garanti för att samma krav ställs på varje leverantör, för att urvalet görs utan ovidkommande hänsyn och för att leverantörer när som helst kan ansöka om att bli kvalificerade.

Kommentar

Paragrafen motsvarar artikel 53.1 andra stycket och artikel 53.2 andra stycket i direktivet och 4 kap. 23 § första stycket LOU. Den har med redaktionella ändringar utformats i överensstämmelse med bestämmelserna i direktivet.

Tekniska specifikationer

3 §

Om de kriterier och regler som avses i 1 § omfattar tekniska specifikationer skall i fråga om sådana specifikationer 12 kap. 1–12 §§ tillämpas.

Kriterierna och reglerna får uppdateras vid behov.

Kommentar

Paragrafen motsvarar artikel 53.2 tredje stycket i direktivet men saknar motsvarighet i LOU. Den har med redaktionella ändringar utformats i överensstämmelse med bestämmelserna i direktivet.

*Uteslutningsgrunder***4 §**

De kriterier och regler som anges i 1 § skall i den utsträckning som framgår av 16 kap. innefatta grunder för uteslutning från ett kvalificeringssystem.

Kommentar

I 16 kap. anges i vilka fall en upphandlande enhet skall eller får utesluta en leverantör.

*Tillgång till andra företags kapacitet***5 §**

När de kriterier och regler för kvalificering som avses i 1 § innefattar krav rörande leverantörernas ekonomiska och finansiella kapacitet, tekniska förmåga eller yrkeskunnande kan en leverantör vid behov åberopa andra företags kapacitet, förmåga eller kunnande, oavsett vilka juridiska band som finns 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 under hela den period under vilken kvalificeringssystemet är giltigt.

På samma villkor kan en grupp av leverantörer som avses i 3 kap. 14 § åberopa resurserna hos deltagarna i gruppen eller andra företag.

Kommentar

Paragrafen motsvarar artiklarna 53.4 och 53.5 men saknar motsvarighet i LOU. Den har utformats i enlighet med artiklarna. Dessa är likalydande utom vad gäller området för den kapacitet det är fråga om. De kan därför utan olägenhet skrivas ihop till en paragraf.

*Tillhandahållande av kriterier och regler***6 §**

De kriterier och regler som avses i 1 § andra stycket skall tillhandahållas leverantörer som begär det. Om kriterierna eller reglerna uppdateras skall de berörda leverantörerna underrättas om detta.

Om en upphandlande enhet anser att vissa andra företags eller organs kvalificeringssystem uppfyller de krav som ställs, skall den meddela de berörda leverantörerna namnen på dessa andra företag eller organ.

Kommentar

Paragrafen motsvarar artikel 53.6 i direktivet och 4 kap. 23 § andra stycket LOU. Den har utformats i enlighet med bestämmelserna i direktivet.

*Förteckning över leverantörer***7 §**

De leverantörer som av den upphandlande enheten ansetts kvalificerade skall föras upp i en förteckning, som skall bevaras. Av förteckningen skall framgå om en leverantörs kvalificering är begränsad till deltagande i förfarande för tilldelning av en eller flera typer av kontrakt.

Kommentar

Paragrafen motsvarar artikel 53.7 och 4 kap. 23 § tredje stycket LOU. I andra meningen återspeglas den möjlighet som en upphandlande enhet har enligt 1 § första stycket att begränsa kvalificeringen till viss eller vissa typer av upphandling. Vad som avses med typ av upphandling har berörts i kommentaren till 1 §.

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

Kvalificerad leverantör skall väljas

8 §

Om en upphandling sker med hjälp av en annons om att det finns ett kvalificeringssystem, skall anbudsgivarna i ett selektivt förfarande eller deltagarna i ett förhandlat förfarande väljas ut bland de anbudssökande som kvalificerat sig enligt detta system.

Kommentar

Paragrafen motsvarar artikel 53.9 i direktivet men saknar motsvarighet i LOU. Den har utformats i enlighet med bestämmelsen i direktivet.

Det strider givetvis mot de grundläggande principer som ligger bakom regleringen av den offentliga upphandlingen att till anbudssökande eller anbudsgivare välja någon som inte kvalificerat sig enligt ett av den upphandlande enheten fastställt kvalificeringssystem. Även om det inte skulle vara alldeles nödvändigt med en föreskrift om detta kan enligt utredningens mening i klagörande syfte godtas bestämmelsen tas in i den nya lagen.

Kvalitativa urvalskriterier

Fastställande av urvalskriterier

9 §

Vid öppet upphandlingsförfarande skall en upphandlande enhet fastställa urvalskriterier enligt objektiva regler och kriterier som är tillgängliga för de berörda leverantörerna.

När urvalskriterierna innefattar krav rörande leverantörernas ekonomiska och finansiella kapacitet, tekniska förmåga eller yrkeskunnande skall 5 § tillämpas.

Om andra enheters resurser åberopas skall dessa resurser vara tillgängliga vid fullgörandet av det aktuella kontraktet.

Kommentar

Paragrafens första stycke motsvarar artikel 54.1 i direktivet men saknar motsvarighet i LOU. Det har utformats i enlighet med bestämmelsen i direktivet.

Att urvalskriterier skall fastställas enligt objektiva kriterier bygger på samma princip som anges i 1 kap. 4 § LOU (om att affärsmässiga grunder skall iakttas) eller artikel 10 i direktivet (om att ekonomiska aktörer skall behandlas på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt). Här handlar det dock om att fastställa urvalskriterier, vilket ligger i tiden före den direkta behandlingen av leverantörer. Att kriterierna skall vara tillgängliga för de berörda leverantörerna bygger på principen att de upphandlande enheterna som det heter i artikel 10 skall ”förfara på ett öppet sätt”.

I direktivet är bestämmelserna om kriterier och regler för kvalificering (artikel 53 punkterna 3–5) nästan identiska med bestämmelserna om kriterier och regler för urval av anbudssökande (artikel 54 punkterna 4–6).

Enligt artikel 54 punkterna 5 och 6 kan en leverantör åberopa andra enheters kapacitet endast i fråga om ett visst kontrakt medan enligt artikel 53 punkterna 4 och 5 kapaciteten skall vara tillgänglig under hela den period som kvalificeringssystemet är giltigt. Denna skillnad kommer till uttryck i andra meningen i paragrafens andra stycke.

Det finns en skillnad också mellan artikel 54.5 och 54.6. Enligt artikel 54.6 skall en leverantör kunna förfoga över andra enheters tekniska förmåga och yrkeskunnande ”för fullgörandet av kontraktet” medan det i 54.5 endast anges att leverantören skall förfoga över andra enheters ekonomiska och finansiella kapacitet. Det framgår inte av direktivet om denna skillnad är avsiktlig och, om den är det, av vilken anledning den införts. Genom utformningen av de föreslagna bestämmelserna uppkommer ingen sådan skillnad.

Uteslutningsgrunder

10 §

De kriterier och regler som anges i 9 § skall i den utsträckning som framgår av 16 kap. innefatta grunder för uteslutning från ett kvalificeringssystem.

Kommentar

I 16 kap. anges i vilka fall en upphandlande enhet skall eller får utesluta en leverantör.

*Val av anbudssökande***11 §**

Vid selektivt eller förhandlat upphandlingsförfarande skall en upphandlande enhet välja ut anbudssökande enligt de objektiva regler och kriterier som den har fastställt och som är tillgängliga för de berörda leverantörerna.

Kommentar

Paragrafen motsvarar artikel 54.2 i direktivet och 4 kap. 22 a § LOU. Den har utformats i enlighet med bestämmelsen i direktivet.

*Begränsning av antalet anbudssökande***12 §**

Vid selektivt eller förhandlat förfarande får den upphandlande enheten använda kriterier som grundas på ett objektivet behov av att minska antalet anbudssökande till en nivå som anses rimlig med tanke på särskilda förhållanden i samband med upphandlingsförfarandet och på de resurser som behövs för att genomföra det. De utvalda anbudssökandena skall dock vara tillräckligt många för att uppfylla kravet på tillräcklig konkurrens.

Kommentar

Paragrafen motsvarar artikel 54.3 i direktivet och 4 kap. 22 a § LOU.

I den svenska språkversionen av direktivet anges att den upphandlande enheten får ”använda kriterier som grundas på ett objektivet behov av att minska antalet anbudssökande till en nivå som anses rimlig med tanke på speciella förhållanden i samband med upphandlingsförfarandet och på de resurser som behövs för att genomföra det”.

Det är oklart vad uttrycket ”speciella förhållanden i samband med upphandlingsförfarandet” har för innebörd. De danska, engelska och tyska språkversionerna ger ingen särskild ledning.

Det skulle kunna ge uttryck för en insikt om att de föreskrivna upphandlingsförfarandena är så komplicerade och kostnads-

krävande att hantera att det inte är rimligt att låta alla leverantörer som vill det vara med i förfarandet, om detta skulle leda till en i förhållande till värdet och betydelsen av upphandlingen alltför stor belastning på den upphandlande enheten. Bestämmelsen skulle i så fall syfta på upphandlingsförfarandena i allmänhet och inte på förhållandena vid en viss upphandling.

Mot denna tolkning talar att direktivet anger ”speciella förhållanden i samband med upphandlingsförfarandet”, vilket närmast leder till tanken att det är förhållandena vid en viss upphandling och det förfarande som då används som skall ställas mot den upphandlande enhetens resursanvändning.

Varken direktivet eller beaktandesatserna ger någon ledning för valet mellan dessa två alternativ och inte heller beträffande vilka omständigheter som gör upphandlingsförfarandet speciellt.

Motsvarande bestämmelse i direktiv 93/38/EG (artikel 31.3) var formulerad på samma sätt som i den svenska språkversionen av det nya direktivet. I 4 kap. 22 a § LOU lyder bestämmelsen:

En upphandlande enhet skall välja ut de leverantörer som får delta i selektiv eller förhandlad upphandling enligt regler som hålles tillgängliga för de leverantörer som vill ta del av dem. Det antal leverantörer som väljs ut skall vara tillräckligt stort för att konkurrens skall kunna uppnås.

Bestämmelsen i 4 kap. 22 a § LOU infördes genom en lagändring år 1997 (SFS 1997:1068) I förarbetena till ändringen (prop. 1996/97:153 s. 70 förklarades att bestämmelsen motsvarades av artikel 31.1 och 31.3 i direktiv 93/38/EEG. Enligt utredningens mening är det inte uppenbart att så är fallet. Det kan ändå, mot bakgrund av att bestämmelsen gällt i oförändrad lydelse sedan den infördes, övervägas att i den nya lagen ta in en likalydande bestämmelse. Mot detta talar att det, som utredningen inledningsvis anfört, ligger ett värde i att utforma de nationella bestämmelserna i så nära överensstämmelse med bestämmelserna i direktivet som möjligt. Utredningen har därför stannat för att föreslå en lydelse av paragrafen som ansluter till bestämmelsen i direktivet. I stället för ”speciella förhållanden” har valts uttrycket ”särskilda förhållanden”.

Ömsesidigt erkännande av administrativa, tekniska och ekonomiska villkor samt intyg, prover och bevis

13 §

En upphandlande enhet som väljer ut deltagare till ett selektivt eller förhandlat förfarande får inte, när den beslutar om huruvida en sökande är kvalificerad eller uppdaterar sina kriterier och regler för kvalificering,

1. ställa upp administrativa, tekniska eller ekonomiska villkor för vissa leverantörer som inte gäller för andra, eller
2. kräva prover eller bevis som redan finns i tillgängligt objektivet material.

Kommentar

Paragrafen motsvarar artikel 52.1 i direktivet men saknar motsvarighet i LOU.

Artikel 52.1 a, som motsvarar punkt 1 i paragrafen, följer egentligen redan av 1 kap. 4 § LOU (om att affärsmässiga grunder skall iakttas) eller artikel 10 (om att ekonomiska aktörer skall behandlas på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt). I pedagogiskt och förtydligande syfte kan bestämmelsen tas in i den nya lagen med formulering enligt direktivet.

14 §

Om en upphandlande enhet kräver att ett intyg uppvisas som är utfärdat av ett oberoende organ på att leverantören iakttar vissa kvalitetssäkringsstandarder, skall den hänvisa till kvalitetssäkringssystem som bygger på relevanta europeiska standarder och som är certifierade av organ som uppfyller europeiska certifieringsstandarder.

Den skall godkänna likvärdiga intyg från sådana organ som är etablerade i andra medlemsstater. Den skall även godta andra bevis på likvärdiga kvalitetssäkringsåtgärder från de leverantörer.

Kommentar

Paragrafen motsvarar artikel 52.2 i direktivet och 4 kap. 30 § LOU. Den har utformats i överensstämmelse med bestämmelserna i direktivet och med 8 kap. 13 § lagen om offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster.

15 §

När det gäller byggentreprenad- eller tjänstekontrakt kan en upphandlande enhet, då det är påkallat, kräva att leverantörerna anger de åtgärder för miljöledning som de kommer att tillämpa när kontraktet fullgörs, för att därigenom kontrollera deras tekniska förmåga.

Om den upphandlande enheten i ett sådant fall kräver att få se intyg från ett oberoende organ om att leverantörer uppfyller vissa miljöledningsstandarder, skall enheten 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 relevanta europeiska eller internationella standarder för certifiering.

Den upphandlande enheten skall godta likvärdiga intyg från organ i andra medlemsstater och andra bevis på likvärdiga miljöledningsåtgärder.

Kommentar

Paragrafen motsvarar artikel 52.3 i direktivet men saknar motsvarighet i LOU.

I direktivet sägs att den upphandlande enheten ”endast i lämpliga fall” kan kräva att åtgärder för miljöledning anges. Vad som menas med uttrycket framgår inte på annat sätt än att det anges i beaktandesats 53 att det kan krävas att åtgärder eller system för miljöledning tillämpas i ”lämpliga fall, när byggentreprenadens och/eller tjänsternas natur motiverar” det. Någon ledning ges inte heller i de danska, engelska eller tyska språkversionerna. Det kan möjligen antas att det finns byggentreprenad- och tjänstekontrakt där leverantörens miljöledning inte har någon betydelse, t.ex. därför att det som skall utföras inte påverkar miljön på ett sätt som kräver miljöledning.

I den nya lagen föreslås uttrycket ”då det är påkallat” i stället för direktivets uttryck ”i lämpliga fall”.

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

38 Uteslutning av leverantörer

Enligt direktivet kan leverantörer uteslutas från deltagande i ett kvalificeringssystem eller i upphandlingsförfarande. En uteslutningsgrund är att en leverantör gjort sig skyldig till viss ekonomisk brottslighet och en annan att han på annat sätt misskött sig. I direktivet finns dessa bestämmelser i artikel 53.3 respektive 54.4. Bestämmelserna är utformade som en hänvisning till vissa bestämmelser i det klassiska direktivet.

När det gäller ekonomisk brottslighet är en upphandlande myndighet, som får kännedom om förhållandet, skyldig att utesluta leverantören i fråga. I övriga fall, dvs. då den upphandlande enheten inte är myndighet och då det är fråga om annan form av misskötsamhet, har den upphandlande enheten rätt men inte är inte skyldig att utesluta leverantören.

Bestämmelser om uteslutning har tagits in i 16 kap. i lagen.

Föreslagna bestämmelser med kommentarer

Omständigheter som skall medföra uteslutning av leverantörer

1 §

Om den upphandlande enheten är en upphandlande myndighet skall myndigheten utesluta en leverantör från deltagande i ett kvalificeringssystem eller 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 denne uteslutas enligt första stycket om någon som direkt eller indirekt har ett bestämmande inflytande över leverantören har 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

Paragrafen motsvarar artikel 53.3 andra stycket och artikel 54.4 andra stycket i direktivet men saknar motsvarighet i LOU. I tredje stycket har dock lagts till en möjlighet som ges enligt direktivet att avstå från att tillämpa uteslutningsgrunderna i vissa fall.

Paragrafen har utformats i enlighet med 12 kap. 1 § i lagen om offentlig upphandling av byggtreprenader, tjänster och varor (se kommentaren till den paragrafen i kapitel 16 i betänkandet).

2 §

En upphandlande enhet som inte är en myndighet får i enlighet med 1 § utesluta en leverantör från deltagande i ett kvalificeringssystem eller i upphandlingsförfaranden.

Kommentar

Paragrafen motsvarar artikel 53.3 förstastycket och artikel 54.3 första stycket i direktivet. Den har utformats i enlighet med 12 kap. 2 § i lagen om offentlig upphandling av byggtreprenader, tjänster och varor

Omständigheter som får medföra uteslutning av leverantörer

3 §

En leverantör får uteslutas från deltagande i ett kvalificeringssystem eller i upphandlingsförfaranden, 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 är dömd för brott avseende yrkesutövningen,

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

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

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

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.

Enheten 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 53.3 första stycket och artikel 54.4 första stycket i direktivet och 1 kap. 17 § LOU. Det är inte fråga om ett obligatoriskt uteslutande. Motsvarande bestämmelse i lagen om offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster (12 kap. 2 §) har kommenterats i kapitel 16 i betänkandet.

Paragrafen överensstämmer bortsett från redaktionella ändringar med direktivtexten.

39 Kontraktstilldelning

Direktivet erbjuder liksom LOU två alternativ vid val av leverantör: antingen skall det anbud antas som är mest fördelaktigt från den upphandlande enhetens 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 17 kap. i lagen.

Föreslagna bestämmelser med kommentarer

Tilldelningsgrunder

1 §

En upphandlande enhet skall anta antingen

1. det anbud som är det ur den upphandlande enhetens 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 enheten ta hänsyn till olika kriterier som är kopplade till föremålet för kontraktet såsom pris, leverans- eller genomförandetid, driftkostnader, kvalitet, miljöegenskaper, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service och tekniskt stöd.

Kommentar

Paragrafen motsvarar artikel 55.1 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 enhetens 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 enheten 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.

Kriteriernas betydelse

2 §

Den upphandlande enheten 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 enheten 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, om den inte framgår av en annons om upphandlingen, en inbjudan om att bekräfta intresse som avses i 13 kap. 17 § eller en inbjudan att lämna anbud eller att delta i förhandlingar, anges i förfrågningsunderlaget.

Kommentar

Paragrafen motsvarar artikel 55.2 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 är tveksamt om paragrafens tredje stycke behövs. Att en annons om upphandling skall innehålla kriterier framgår genom att artikel 44.1 beträffande innehållet i en sådan annons hänvisar till olika bilagor till direktivet. I bilaga XIII finns krav på att kriterierna och deras viktning eller ordningsföljd skall, om de inte framgår av visst annat material, anges i annonser om öppen upphandling, (punkten A.18), selektiv upphandling (punkten B.15) och förhandlad upphandling (punkten C.14). I bilaga XIV som behandlar annonser om kvalificeringssystem, finns motsvarande krav i punkten 9. Enligt bilaga XV A, som avser förhandsannonsering, behandlas kriterieviktningen i punkten 17. De två övriga bilagor som anges i artikel 42 – bilaga XV B och bilaga XVI – saknar intresse i detta sammanhang. Av artikel 47.5, som direkt anges i artikel 55.2 tredje stycket, framgår att urvalskriterier och deras viktning eller prioriteringsordning skall anges i en inbjudan att bekräfta intresse att delta i en förhandsannonserad upphandling (punkten i). Även artikel 47.4 f innehåller en sådan föreskrift när det gäller inbjudan att lämna anbud eller att förhandla.

I några fall sägs att kriterieviktningen skall anges, om den inte framgår av förfrågningsunderlaget. Någon samlad beskrivning av vad ett förfrågningsunderlag skall innehålla finns inte i direktivet. Enligt Hentze – Sylvén Offentlig upphandling (Norstedts 1998, s. 80) består förfrågningsunderlaget normalt av kravspecifikation, kommersiella villkor (kontraktsvillkoren), administrativa bestämmelser och utvärderingskriterier. Vad som behöver regleras i paragrafens tredje stycke är en skyldighet att ange kriterieviktningen i förfrågningsunderlaget, om den inte framgår av en annons om upphandling, en inbjudan om att bekräfta intresse för att delta i ett upphandlingsförfarande eller en inbjudan att lämna anbud eller att delta i förhandlingar.

I artikel 55.2 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.

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 enhet får förkasta ett anbud som den anser vara onormalt lågt. Anbudet får dock förkastas först sedan enheten 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 byggtreprenader, som föreslås av anbudsgivaren, eller

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 enheten skall i samråd med anbudsgivaren granska detta innehåll med beaktande av de ingivna förklaringarna

Kommentar

Paragrafen motsvarar artikel 57.1 och 57.2 i direktivet och 1 kap. 23 § LOU. Den har utformats i överensstämmelse med 14 kap. 3 § lagen om offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster. Utformningen har kommenterats i anslutning till den paragrafen (kapitel 18 i betänkandet).

4 §

Om en upphandlande enhet finner att ett anbud är onormalt lågt på grund av att anbudsgivaren har fått statligt stöd skall enheten samråda med anbudsgivaren. Kan anbudsgivaren inte inom en skälig tidsfrist som fastställs av den upphandlande enheten visa att det är fråga om ett tillåtet stöd, får anbudet förkastas.

En upphandlande enhet som förkastar ett anbud enligt första stycket skall underrätta Europeiska gemenskapernas kommission om det.

Kommentar

Paragrafen motsvarar artikel 57.3 i direktivet och 4 kap. 26 § LOU.

I LOU och i artikel 34.5 tredje stycket i direktiv 93/38/EEG anges i motsats till vad som är fallet med artikel 57.3 i försörjningsdirektivet hur anbudsgivaren skall visa att det mottagna stödet är godtagbart. Någon anledning att behålla denna bestämmelse torde inte finnas.

Utformningen av paragrafen har kommenterats i anslutning till motsvarande paragraf i lagen om offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster (se 14 kap. 4 § i kapitel 18 i betänkandet).

40 Anbud som omfattar varor med ursprung i tredje land

I artikel 58 finns bestämmelser som bl.a. ger visst företräde för andra anbud än sådana som omfattar varor med ursprung i en stat med vilken gemenskapen inte träffat avtal som ger företag från gemenskapen tillträde till marknaden i denna stat. Bestämmelserna har tagits in i 18 kap. i lagen.

Föreslagna bestämmelser med kommentarer

1 § I fråga om anbud som omfattar varor med ursprung i tredje land, med vilket gemenskapen inte har slutit avtal som tillförsäkrar företag från gemenskapen jämförbart och faktiskt tillträde till marknaden i detta tredje land, tillämpas 2 och 3 §§.

Kommentar

Paragrafen motsvarar artikel 58.1 i direktivet och 4 kap. 28 § första stycket LOU. I andra meningen i artikel 58.1 anges att artikeln inte påverkar de åtaganden som gemenskapen eller dess medlemsstater har gentemot tredje land. En motsvarande bestämmelse finns i artikel 36.1 i direktiv 93/38/EEG men har alltså inte förts in i LOU. Den föreslås inte heller föras in i den nya lagen.

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

2 §

En upphandlande enhet får vid tilldelning av varukontrakt förkasta ett anbud som omfattar varor med ursprung i tredje land, om andelen sådana varor, bestämd enligt rådets förordning (EEG) nr 2913/92 av den 12 oktober 1992 om inrättandet av en tullkodex för gemenskapen, uppgår till mer än hälften av det totala värdet av de varor som anbudet omfattar.

Med vara avses även programvara för användning i ett allmänt telekommunikationsnät.

Vid beräkning av den andel varor med ursprung i tredje land som avses i första stycket skall inte beaktas varor från tredje land som omfattas av bestämmelserna i denna lag till följd av ett avtal som avses i 1 §.

Kommentar

Paragrafen motsvarar artikel 58.2 och 58.4 i direktivet och 4 kap. 28 § andra och femte styckena och 29 § LOU.

I 4 kap. 28 § andra stycket LOU hänvisas till EG-förordningen nr 802/68 medan direktivet hänvisar till en EG-förordning från 1992.

I artikeln i den svenska språkversionen sägs att ”anbud kan förkastas - - - om andelen varor med ursprung i tredje land, fastställd enligt rådets - - -”. Språkligt hänför sig ”fastställd” till den nämnda andelen. Det vore mer naturligt om det som skall fastställas med hjälp av förordningen är varornas ursprung. De danska, engelska och tyska språkversionerna förefaller vara utformade på samma sätt som den svenska. Paragrafen föreslås därför få en lydelse och innebörd som överensstämmer med den svenska språkversionen.

3 §

Om två eller flera anbud som vid en bedömning enligt 17 kap. 1 § är likvärdiga, skall företräde ges anbud som inte kan förkastas med stöd av 2 §, om inte annat följer av andra stycket. Anbud skall anses som likvärdiga, om prisskillnaden inte är större än tre procent.

Ett anbud skall inte ges företräde framför ett annat enligt första stycket, om detta skulle tvinga den upphandlande enheten att anskaffa varor med tekniska egenskaper som avviker från vad som förut anskaffats och som därför inte är förenliga med den befintliga utrustningen, skapar tekniska svårigheter vid drift och underhåll eller ger oproportionerligt höga kostnader.

Kommentar

Paragrafen motsvarar artikel 58.3 i direktivet och 4 kap. 28 § tredje och fjärde styckena LOU. Den har med redaktionella ändringar utformats i enlighet med bestämmelsen i direktivet.

41 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 tjänstekoncessioner eller byggkoncessioner (artikel 18),
2. avser återförsäljning (artikel 19),
3. omfattas av sekretess eller kräver särskilda säkerhetsåtgärder (artikel 21),
4. görs från ett anknutet företag (artikel 23),
5. görs i enlighet med internationella regler (artikel 22),
6. avser fast egendom, programmaterial, skiljemanna- och förlikningstjänster, vissa finansiella tjänster, anställningskontrakt, forsknings- och utvecklingstjänster (artikel 24),
7. avser tjänster och görs från en myndighet som har ensamrätt att tillhandahålla sådana tjänster (artikel 25),
8. avser vatten som upphandlas för verksamhet som avser drift eller tillhandahållande av fasta nät i syfte att tillhandahålla allmänheten med vatten eller avser energi eller bränsle för energiproduktion för verksamhet som avser drift eller tillhandahållande av fasta nät i syfte att tillhandahålla allmänheten med elektricitet (artikel 26), eller
9. avser tjänster som förtecknats i bilaga II B (artikel 32; artiklarna 34 och 43 är dock tillämpliga).

I artikel 28 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 enhet skyldig att på begäran upplysa om skälen för att en ansökan eller ett anbud förkastats respektive upplysa varje anbudssökande eller anbudsgivare när beslut fattats om leverantör och anbud och om skälen för beslutet.

I 6 kap. 1 § tredje och fjärde styckena finns bestämmelser om upphandling för verksamhet inom försörjningssektorerna. Där anges att termen ”upphandlande enhet” innefattar företag som framgår av 4 kap. 1 § andra stycket (vad som i den föreslagna lagen kallas ”offentligt styrda företag”) och att vid upphandling av tjänster för sådan verksamhet gäller 4 kap. 4 a § (anskaffning från anknutna företag).

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).

Beträffande tjänster som anges i avdelning B i bilagan och som överstiger tröskelvärdena i 4 och 5 kap. skall en upphandlande

enhet enligt 6 kap. 16 § tillämpa bestämmelserna i 1 kap. 12–16 (som avser tekniska beskrivningar), 4 kap. 2–4 §§ (som avser upphandling för vattenbyggnad m.m., undantag för verksamhet utanför EES, för konkurrensutsatt busstransportverksamhet, telekommunikationsverksamhet eller viss återförsäljning), 6 § (beräkning av värdet av en upphandling som omfattar både varor och tjänster m.m.), 8–10 §§ (tröskelvärdenas storlek och beräkning av värdet av en upphandling) och 13 § (förbud mot att dela en upphandling i syfte att tröskelvärdena skall underskridas) samt 5 kap. 1–10 §§ (som avser lagens omfattning när det gäller upphandling av tjänster samt tröskelvärdenas storlek och beräkning av värdet av en upphandling).

Av beskrivningen av vad 6 kap. omfattar framgår att undantagen enligt artiklarna 21 och 22 gäller också enligt 6 kap. Undantaget i 1 kap. 3 § andra stycket 2 för försvarsprodukter och tjänster utan civil användning finns inte i direktivet. Sådan upphandling omfattas därför av de vanliga bestämmelserna i direktivet och i den föreslagna lagen, om värdet av upphandlingen uppgår till minst gällande tröskelvärde.

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 19 kap. endast i det fall detta enligt LOU har angetts uttryckligen. Någon särskild bestämmelse om upphandling av försvarsprodukter och tjänster som inte har civil användning behövs inte, eftersom sådan upphandling inte är undantagen. Det innebär att endast upphandling som omfattas av sekretess eller andra särskilda begränsningar med hänsyn till rikets säkerhet behöver anges särskilt i den föreslagna paragrafen.

I övrigt har bestämmelserna i 6 kap. LOU så gott som helt förts in i det föreslagna 19 kap.

På samma sätt som i övriga kapitel i lagen benämns de subjekt som omfattas av lagen upphandlande enheter.

Föreslagna bestämmelser med kommentarer

Tillämpningsområde

1 §

Detta kapitel gäller i fråga om kontrakt som avser tjänster som anges i bilaga 3, för andra kontrakt vars värde understiger de tröskelvärden som anges i 6 kap. och för kontrakt som är undantagna enligt 5 kap. 4 §.

Kommentar

I paragrafen anges vilken upphandling som omfattas av kapitlet. Det är upphandling av s.k. B-tjänster, oavsett värde, och av byggentreprenader, 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.

Tillämpliga bestämmelser

2 §

Vid tilldelning av kontrakt enligt detta kapitel tillämpas 1–5 kap., 10 kap., 11 kap. 10 § och 20 kap. 1–10 §§ 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 11 kap. 1–9 och 11 §§, om värdet av kontraktet uppgår till minst det tröskelvärde som anges i 6 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.

Genom hänvisningen i den föreslagna paragrafen till 1 kap. uppnås bl.a. att det kapitlet blir tillämpligt på upphandling inom

försörjningssektorerna som görs av en upphandlande enhet som anges i 2 kap. för en verksamhet som anges i 3 kap. och att de allmänna principer som enligt 1 kap. 4 § gäller vid tilldelning av kontrakt skall iakttas även vid upphandling enligt detta kapitel. Av 1 kap. 1 § andra stycket andra meningen följer att även bestämmelserna om anordnande av projekttävlingar blir tillämpliga på projekttävlingar under tröskelvärdena.

Bestämmelserna i 2 kap. om upphandlande enheter och i 3 kap. om verksamheter inom försörjningssektorn blir tillämpliga liksom definitionerna i 4 kap.

Vidare blir undantagen enligt 5 kap. tillämpliga.

Genom hänvisningen till 10 kap. gäller reglerna om inköpscentraler vid upphandling enligt detta kapitel.

Hänvisningen till bestämmelserna i 20 kap. 1-10 §§ om överprövning, skadestånd och tillsyn gör dessa bestämmelser tillämpliga vid upphandling enligt 19 kap.

Andra stycket i paragrafen motsvarar 6 kap. 16 § första stycket första punkten LOU.

Upphandlingsförfaranden

3 §

Tilldelning av kontrakt skall göras genom förenklat förfarande eller urvalsförfarande.

Direktupphandlingsförfarande får dock användas om kontraktets värde är lågt eller om det finns synnerliga skäl. Den upphandlande enheten 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 enheten får förhandla med en eller flera anbudsgivare.

Med urvalsförfarande avses ett förfarande där alla leverantörer har rätt att ansöka om att få lämna anbud, den upphandlande

enheten inbjuder vissa leverantörer att lämna anbud och den upphandlande enheten får förhandla med en eller flera anbudsgivare.

Med direktupphandlingsförfarande avses ett förfarande utan krav på anbud.

Kommentar

Definitionerna motsvara de definitionerna som finns i 1 kap. 5 § 18–20 styckena LOU.

Annonsering vid förenklat förfarande

5 §

Vid förenklat förfarande skall den upphandlande enheten begära anbud genom annons i en elektronisk databas, som är allmänt tillgänglig, eller genom annons i annan form som 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 enhet 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 oskäligen tekniska eller ekonomiska olägenheter.

Kommentar

Paragrafen överensstämmer med 6 kap 2 b § LOU.

Annonsering vid urvalsförfarande

7 §

Vid tillämpning av urvalsförfarande skall den upphandlande enheten 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 ansökan senast skall ha kommit in.

Enheten 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 en redaktionell ändring 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 11 kap. 7 §. Att bestämmelsen i 11 kap. 10 § 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 med 6 kap. 4 § LOU.

Former och tidsfrister för att lämna anbud och anbudsansökningar

10 §

Vad som föreskrivs i 14 kap. 1 § första och andra styckena 2, 3, 5 och 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 14 kap. 1 § får således den upphandlande enheten bestämma sättet för anbudsgivning, dvs. om anbud skall lämnas skriftligen, per telefax eller med elektroniska medel. En ansökan om att få lämna anbud kan lämnas muntligen. Vidare skall kommunikationsmedlen vara allmänt tillgängliga.

14 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 14 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 enhet 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 14 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 14 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 14 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 anbudena och anbudsansökningarna iakttas och att den upphandlande enheten inte tar del av innehållet i anbudena 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 annonser m.m.

13 §

I annonsen enligt 6 §, skrivelsen enligt 7 § 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

Paragrafen 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 enheten 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 bestämmelser finns i 6 kap. 7 § LOU. Bestämmelsen återfinns också i 1 kap. 20 § LOU. I enlighet med bestämmelsen i 14 kap 7 § har möjligheten att, om det finns synnerliga skäl, öppna anbudet allteftersom de kommit in tagits bort.

Rättelse av fel, förtydligande och komplettering

15 §

En upphandlande enhet 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.

Enheten 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 med tillämpning av de kriterier som anges i 10 kap. 4 §, 5 § eller 6 § första–tredje styckena.

Innan ett skriftligt anbud antas skall den upphandlande enheten, om det inte är onödigt, kontrollera om leverantören är

1. registrerad i aktiebolags-, handels- eller föreningsregistret,
2. registrerad för redovisning och inbetalning av mervärdeskatt, innehållen preliminär A-skatt och arbetsgivaravgifter, och
3. fri från skulder för svenska skatter och socialförsäkringsavgifter.

En upphandlande enhet 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

Den motsvarande paragrafen i 17 kap. 16 § lagen om upphandling inom den klassiska sektorn har kommenterats i kapitel 21 i betänkandet.

6 kap. 9 § andra stycket LOU, som gäller rätten att infordra vissa upplysningar beträffande de förhållanden som avses i paragrafens första stycke, motsvaras av 15 kap. 3 § tredje stycket.

Krav på registrering av leverantörer

17 §

En upphandlande enhet 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 enhet 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

Paragrafen överensstämmer med 11 kap. 16 § 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 enhet 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 16 §.

En upphandlande enhet får förkasta ett anbud eller en ansökan om sådana förhållanden föreligger som avses i de bestämmelser till vilka hänvisas i 16 § första stycket.

Kommentar

Paragrafen överensstämmer i sak med 6 kap. 11 § LOU.

Grunder för tilldelning av kontrakt

20 §

En upphandlande enhet skall anta antingen

1. det anbud som är det ur den upphandlande enhetens 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 16 kap. 1 § andra stycket.

Den upphandlande enheten 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 får anges som intervall med en lämplig största tillåtna spridning.

Den relativa betydelsen av kriterierna eller prioritetsordningen skall anges i annonsen om upphandling eller i förfrågningsunderlaget.

Kommentar

Paragrafen överensstämmer delvis med 6 kap. 12 § LOU. I stället för att i paragrafen ange de omständigheter som skall beaktas har en hänvisning gjorts till motsvarande bestämmelse i 16 kap.

Vidare anges att omständigheterna skall viktas inbördes enligt reglerna för upphandlingar över tröskelvärdena i 16 kap. eller rangordnas enligt nuvarande regler. Utredningen finner det inte motiverat att införa de strängare reglerna i 16 kap. med viktning som obligatorisk huvudregel för samtliga upphandlingar som inte omfattas av direktivets tillämpningsområde.

Onormalt låga anbud

21 §

Den upphandlande enheten får förkasta anbud som den anser vara onormalt lågt, dock först sedan enheten 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 17 kap.

Dokumentation, underrättelse och förvaring av handlingar

22 §

En upphandlande enhet 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 enheten lämna sådana upplysningar till anbudssökandena och anbudsgivarna som avses i 14 kap. 7 och 9 §§.

I det fall första stycket inte är tillämpligt skall den upphandlande enheten, när ett beslut om leverantör och anbud fattats, underrätta anbudsgivarna om detta snarast möjligt.

Kommentar

Paragrafens första stycke hänvisar till motsvarande bestämmelse i 14 kap. samt motsvarar 6 kap. 1 § andra stycket andra meningen jämfört med 1 kap. 27 och 28 §§ LOU.

Paragrafen 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 §

Enheten 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

Paragrafen 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 tröskelvärdet i 6 kap. skall den upphandlande enheten inom 60 dagar efter det att kontraktet tilldelats skicka ett meddelande därom till Europeiska gemenskapernas kommission. I meddelandet skall anges om den upphandlande enheten godkänner att meddelandet publiceras.

Kommentar

Paragrafen överensstämmer i sak med 6 kap. 16 § andra stycket LOU. I den paragrafens första stycke anges vilka bestämmelser som skall tillämpas i fråga om upphandling enligt 4 kap. som överstiger de tröskelvärden som anges där.

Upphandling som rör rikets säkerhet m.m.

26 §

Vid tilldelning av kontrakt som avses i 5 kap. 4 § får regeringen föreskriva eller i enskilda fall besluta om

1. undantag från bestämmelserna om annonsering i detta kapitel,

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

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

Kommentar

Regeln överensstämmer med 6 kap. 17 § LOU med den skillnaden att undantag som är nödvändiga med hänsyn till försvarspolitiska intressen slopats på grund av att försörjningsdirektivet inte innehåller något undantag för försvarsupphandlingar.

Projekttävlingar

27 §

Vad som föreskrivs i 8 kap. 2, 4, 6–8, 10 och 13–15 §§ gäller även för projekttävlingar som understiger tröskelvärdet i 8 kap. 5 §, 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 enhet får genomföra en formgivningstävling och att bestämmelserna i 5 kap. 28 och 30–33 §§ skall tillämpas på tävlingen, om inte upphandlingen avser lågt värde. Dessa regler gäller även för försörjningssektorerna på grund av en hänvisning dit från 4 kap. 8 § andra stycket.

I 5 kap. 28 § första stycket LOU finns en definition av formgivningstävling. Den motsvaras av den definition som tagits in i 4 kap. 17 § 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 8 kap. 13 §. 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 8 kap. 4 och 8 §§.

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 8 kap. 14 §.

Tredje stycket motsvarar 6 kap. 18 § jämfört med 5 kap. 33 § LOU, som innebär att en upphandling som ansluter till en

projektävling 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. Dessa bestämmelser motsvaras av 7 kap. 2 § 12 och 3 §.

42 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.

Bestämmelserna finns i 20 kap. i 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 enheten lämnat upplysningar enligt 14 kap. 7 § till anbudssökandena eller anbudsgivarna om de beslut som fattats om leverantör och anbud och om skälen för besluten, 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 5 kap. 4 §, 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 nödvändig att genomföra med sådan synnerlig brådska som är orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses av den upphandlande enheten 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 enheten har brutit mot 1 kap. 4 § 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 vid vite förbjuda den upphandlande enheten att fortsätta upphandlingen utan att avhjälpa bristerna.

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.

3 §

Ett mål som avser åtgärder enligt 2 § får inte avgöras slutligt så länge medlingsförfarande enligt 12 och 13 §§ pågår.

Kommentar

Paragrafen motsvarar 7 kap. 3 § LOU.

Behörig domstol

4 §

En ansökan enligt 1 § skall göras hos den länsrätt i vars domkrets den upphandlande enheten har sitt hemvist.

Prövningstillstånd krävs vid överklagande till kammarrätten.

Kommentar

Paragrafen motsvarar 7 kap. 4 § LOU.

Förbud mot överklagande

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

Kommentar

Paragrafen motsvarar 7 kap. 5 § LOU.

Skadestånd

6 §

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

Kommentar

Paragrafen motsvarar 7 kap. 6 § LOU.

7 §

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

Kommentar

Paragrafen motsvarar 7 kap. 7 § LOU.

8 §

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 motsvarar 7 kap. 8 § LOU.

Tillsyn**9 §**

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 enheter.

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 enheten.

Kommentar

Paragrafen motsvarar 7 kap. 9 § LOU.

10 §

En upphandlande enhet är skyldig att tillhandahålla de upplysningar som Nämnden för offentlig upphandling begär för sin tillsyn.

Kommentar

Paragrafen motsvarar 7 kap. 10 § LOU.

Granskning**11 §**

En upphandlande enhet kan få sina rutiner för tilldelning av kontrakt granskade av en oberoende granskare i syfte att bedöma om rutinerna stämmer överens med gemenskapens upphandlingsregler och denna lag.

Granskaren skall genomföra granskningen enligt europeisk standard och, sedan granskaren försäkrat sig om att eventuella brister rättats till, utfärda ett intyg om att rutinerna stämmer överens med denna lag.

Styrelsen för ackreditering och teknisk kontroll ackrediterar granskare. Vid ackrediteringen tillämpas bestämmelserna i lagen (1992:1119) om teknisk kontroll. Kostnaderna för granskningen skall betalas av den upphandlande enheten.

Kommentar

Paragrafen motsvarar 7 kap. 11 § LOU.

Medling

12 §

Utan hinder av att ansökan enligt 1 § har gjorts får en anbudsgivare eller anbudssökande som anser att han lidit eller kan komma att lida skada på grund av att en upphandlande enhet under pågående förfarande inte följer bestämmelserna i denna lag begära medling hos Europeiska gemenskapernas kommission. Framställning om medling kan också riktas till Nämnden för offentlig upphandling, som omedelbart skall överlämna framställningen till kommissionen.

Kommentar

Paragrafen motsvarar 7 kap. 12 § LOU.

13 §

Den upphandlande enheten skall meddela Europeiska gemenskapernas kommission om den vill delta i medlingsförfarandet och dessutom om någon ansökan har gjorts enligt 1 § eller talan om skadestånd väckts.

Var och en av deltagarna i ett medlingsförfarande skall godkänna den medlare som kommissionen valt samt utse vardera ytterligare en medlare.

Medlarna får anlita högst två experter. Kommissionen och deltagarna har rätt att inte godkänna de experter som anlitas av medlarna. Den som har begärt medling, upphandlande enhet, anbudssökande eller anbudsgivare som deltagit i upphandlingen

skall beredas tillfälle att muntligen eller skriftligen delta i medlingen.

Kommentar

Paragrafen motsvarar 7 kap. 13 § LOU.

14 §

Om inte annat avtalas skall deltagarna i ett medlingsförfarande bära sina egna kostnader och i lika delar bära övriga kostnader för förfarandet. Deltagarna har rätt att när som helst begära att medlingsförfarandet skall ställas in.

Kommentar

Paragrafen motsvarar 7 kap. 14 § LOU.

Ikraftträdande och övergångsbestämmelser

1. Denna lag träder ikraft den 1 februari 2006.
2. Lagen tillämpas på upphandlingsförfaranden som påbörjas efter ikraftträdandet.
3. Bestämmelserna i 4 kap. 6–8 §§ tillämpas på upphandlingsförfaranden som påbörjas efter utgången av år 2008.