

Upphandling på försvars- och säkerhetsområdet

*Betänkande av Försvars- och säkerhetsupphandlings-
utredningen*

Stockholm 2010



STATENS OFFENTLIGA
UTREDNINGAR

SOU 2010:13

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

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

Svara på remiss. Hur och varför. Statsrådsberedningen (SB PM 2003:2, reviderad 2009-05-02)
– En liten broschyr som underlättar arbetet för den som ska svara på remiss.
Broschyren är gratis och kan laddas ner eller beställas på
<http://www.regeringen.se/remiss>

Textbearbetning och layout har utförts av Regeringskansliet, FA/kommittéservice

Tryckt av Elanders Sverige AB
Stockholm 2010

ISBN 978-91-38-23355-9
ISSN 0375-250X

Till stadsrådet Mats Odell

Regeringen beslutade den 7 maj 2009 att tillkalla en särskild utredare med uppdrag att lämna förslag till hur Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/81/EG av den 13 juli 2009 om samordning av förfarandena vid tilldelning av vissa kontrakt för bygg-entreprenader, varor och tjänster av upphandlande myndigheter och enheter på försvars- och säkerhetsområdet och om ändring av direktiven 2004/17/EG och 2004/18/EG ska genomföras i svensk rätt.

Den 29 maj 2009 förordnades lagmannen Christer Sjödin som särskilt utredare.

Som sakkunniga förordnades från och med den 29 maj 2009 ämnesrådet Maria Diamant, Försvarsdepartementet, och kansli-rådet Rickard Falkendal, Finansdepartementet. Samma dag förordnades som experter senior advisor Lars Ajaxon, Säkerhets- och försvarsföretagen, departementssekreteraren Patrik Asplund, Försvarsdepartementet, juristen Olof Erixon, Svenskt näringsliv, verksjuristen Mattias Hållberg Leuf, Säkerhetspolisen, departementsrådet Hans Christer Olson, Näringsdepartementet, ambassadören Henrik Persson, Utrikesdepartementet, affärs-juristen Carl-Mikael Schlyter, Försvarets materielverk, försvars-juristen Anders Svenson, Försvarsmakten, f.d. upphandlings-direktören Karl-Göran Svensson, Rikspolisstyrelsen och exportchefen Rune Thyselius, Sjöland & Thyselius.

Som sekreterare anställdes från och med den 29 maj 2009 kammarrättsassessorn Karin Hansson.

Utredningen har antagit namnet Försvars- och säkerhetsupp-handlingsutredningen.

Härmed överlämnar utredningen betänkandet *Upphandling på försvars- och säkerhetsområdet* (SOU 2010:13). Uppdraget är härigenom slutfört.

Sundsvall i februari 2010

Christer Sjödin

/Karin Hansson

Innehåll

Sammanfattning	11
Förkortningar	17
Författningsförslag	19
1 Förslag till lag (0000:00) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet	19
2 Förslag till lag om ändring i lagen (1971:289) om allmänna förvaltningsdomstolar	98
3 Förslag till lag om ändring i lagen (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet	100
4 Förslag till lag om ändring i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling	102
5 Förslag till lag om ändring i lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster	106
6 Förslag till lag om ändring i offentlighets- och sekretesslagen (2009:400)	109
1 Utredningens uppdrag och arbete m.m.	111
1.1 Uppdraget	111
1.2 Utredningens arbete	111
1.3 Några allmänna utgångspunkter	112

2	Bakgrund.....	115
2.1	Den internationella marknadens egenskaper och miljö	115
2.2	Sveriges bilaterala materielsamarbete	118
2.3	Försvars- och säkerhetsmarknadens särart	119
2.4	Den rättsliga bakgrunden.....	120
2.5	Artikel 346 i EUF-fördraget.....	121
2.6	EU-arbetet	122
3	Gällande rätt	125
3.1	Grundläggande principer	126
3.2	Artikel 346 i EUF-fördraget.....	127
3.3	Lagen om offentlig upphandling	130
3.3.1	15 kap. LOU.....	131
3.3.2	16 kap. LOU.....	134
3.4	Lagen om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster	134
3.4.1	15 kap. LUF.....	135
3.4.2	16 kap. LUF.....	135
4	Allmänna bestämmelser	137
4.1	Bakgrund till direktivet	137
4.2	Tillämpningsområde.....	138
4.2.1	Lagens tillämpningsområde.....	139
4.2.2	Upphandling som faller inom flera tillämpningsområden m.m.....	143
4.3	Undantag från tillämpningsområdet	145
4.3.1	Artikel 11	146
4.3.2	Upphandling enligt särskilda förfaranderegler.....	146
4.3.3	Särskilda undantag	148
4.3.4	Upphandling som rör rikets säkerhet m.m.	152
4.4	Tröskelvärden	153

5	Upphandlingsförfaranden m.m.	155
5.1	Direktivets bestämmelser	155
5.2	Selektivt förfarande.....	156
5.3	Förhandlat förfarande.....	157
5.4	Konkurrenspräglad dialog	158
5.5	Elektronisk auktion	159
5.6	Inköpscentraler	161
5.7	Reserverade kontrakt.....	163
6	Informationssäkerhet	165
6.1	Bakgrund till direktivets bestämmelser	165
6.2	Direktivets bestämmelser	166
6.3	Definition av sekretessbelagd information	167
6.4	Krav på leverantörer och underleverantörer.....	168
6.5	Åtgärder och krav i annonsen om upphandling m.m.	169
6.6	Innehållskrav på anbud	170
6.7	Godkännande av likvärdiga säkerhetskontrollsystem	171
6.8	Bevis på en leverantörs kapacitet	173
6.9	Möjlighet till säkerhetskontrollsystem.....	174
6.10	Kontroll av anbudssökande	176
7	Försörjningstrygghet	179
7.1	Bakgrund till direktivets bestämmelser	179
7.2	Direktivets bestämmelser	180
7.3	Krav i annonsen om upphandling m.m.....	180
7.4	Innehållskrav på anbud	181
7.5	Begränsning av åtagande.....	183

8	Underentreprenad.....	185
8.1	Bakgrund till direktivets bestämmelser.....	185
8.2	Direktivets bestämmelser	186
8.3	Val av underleverantör	187
8.4	Uppgifter i anbud.....	188
8.5	Krav att använda tilldelningsreglerna	189
8.6	Krav på underentreprenad	190
8.6.1	Uppfyllelse av krav.....	190
8.6.2	Större andel på underentreprenad.....	191
8.6.3	Krav att ange föremålet för underentreprenaden.....	191
8.6.4	Krav att ange föremålet för underentreprenad som är utöver minimiandelen	192
8.7	Tilldelning av underleverantörskontrakt som den upphandlande myndigheten eller enheten kräver.....	193
8.8	Avvisning av underleverantör	193
8.9	Krav på innehåll i annonsen	194
8.10	Leverantörens ansvar.....	194
8.11	Krav på tillämpningsbestämmelser.....	195
8.12	Företag som går samman och anknutna företag	196
8.13	Allmänna principer.....	197
8.14	Annonsering	197
8.15	Frivillig annonsering	198
8.16	Underramavtal och giltighetstid.....	199
8.17	Beräkning av kontraktets värde	200
8.18	Kriterier för urval	200
8.19	Undantag från kravet att anlita underleverantör	201

9	Rättsmedel	203
9.1	Rättsmedelsdirektivet	203
9.2	Direktivets bestämmelser	204
9.3	Tillämpningsområdet	205
9.4	Förbud vid vite	206
9.5	Hantering m.m. av ärenden i domstol	206
9.6	Undantag från ogiltighet vid allmänintresse	211
10	Avslutande artiklar och övriga lagändringar	213
11	Konsekvensanalys	215
12	Författningskommentar	219
12.1	Förslaget till lag (0000:00) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet	219
12.2	Förslaget till lag om ändring i lagen (1971:289) om allmänna förvaltningsdomstolar	265
12.3	Förslaget till lag om ändring i lagen (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet	266
12.4	Förslaget till lag om ändring i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling	266
12.5	Förslaget till lag om ändring i lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster	268
12.6	Förslaget till lag om ändring i offentlighets- och sekretesslagen (2009:400)	269
	Bilagor	271
	<i>Bilaga 1</i> Kommittédirektiv	271
	<i>Bilaga 2</i> Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/81/EG av den 13 juli 2009 om samordning av förfarandena	

vid tilldelning av vissa kontrakt för byggentreprenader, varor och tjänster av upphandlande myndigheter och enheter på försvars- och säkerhetsområdet och om ändring av direktiven 2004/17/EG och 2004/18/EG.....	279
--	-----

Sammanfattning

Europaparlamentet och rådet antog i juli 2009 direktiv 2009/81/EG om samordning av förfarandena vid tilldelning av vissa kontrakt för byggtreprenader, varor och tjänster av upphandlande myndigheter och enheter på försvars- och säkerhetsområdet och om ändring av direktiven 2004/17/EG och 2004/18/EG. Direktivet reglerar upphandlingar inom försvars- och säkerhetsområdet. Syftet med direktivet är framför allt att skapa förutsättningar för upphandlingar av sådant material och sådana tjänster som är av så känslig natur att upphandling enligt Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster (det klassiska direktivet) och Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (försörjningsdirektivet) inte lämpar sig.

Direktivet följer i princip de tidigare upphandlingsdirektiven. Den stora skillnaden jämfört med dessa är att direktivet innehåller bestämmelser om informationssäkerhet, försörjningstrygghet och underentreprenad. Till skillnad från det klassiska direktivet och försörjningsdirektivet innehåller direktivet även bestämmelser om rättsmedel. Dessa bestämmelser är i stor utsträckning desamma som bestämmelserna i Europaparlamentets och rådets direktiv 2007/66/EG av den 11 december 2007 om ändring av rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG vad gäller effektivare förfaranden för prövning av offentlig upphandling (rättsmedelsdirektivet).

Utredningen har haft i uppdrag att föreslå hur direktivet ska genomföras i svensk rätt. Enligt kommittédirektivet ska utredningen lämna förslag till en ny lag, som även ska innehålla bestämmelser som inte omfattas av direktivet, dvs. bestämmelser motsvarande dem i 15 kap. lagen (2007:1091) om offentlig upp-

handling (LOU) och i 15 kap. lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF).

Direktivets tillämpningsområde

Lagen gäller för upphandling på försvars- och säkerhetsområdet av

- militär utrustning,
- utrustning av känslig karaktär,
- byggtreprenader, varor och tjänster som direkt hänför sig till den utrustning som avses ovan,
- byggtreprenader och tjänster specifikt för militärändamål, eller
- byggtreprenader och tjänster av känslig karaktär.

Direktivet tillämpas för upphandlingar vars värde överstiger vissa tröskelvärden, som är desamma som i LUF.

Liksom i LOU och LUF är de tjänster som omfattas av direktivet indelade i två olika kategorier; en som helt omfattas av direktivet och en som endast delvis omfattas av direktivet. Utredningen har valt att kalla dessa tjänster för tjänster enligt klass 1 och tjänster enligt klass 2.

Om en upphandling som omfattas av direktivet även faller inom tillämpningsområdet för det klassiska direktivet eller försörjningsdirektivet ska direktivet tillämpas. Däremot ska direktivet inte tillämpas om en upphandling delvis omfattas av direktivet, men i övrigt varken omfattas av det klassiska direktivet eller försörjningsdirektivet. Detta gäller under förutsättning att tilldelningen av ett enda kontrakt är berättigat av objektiva skäl. Beslutet att tilldela ett enda kontrakt får inte fattas för att undvika att kontraktet omfattas av direktivet, det klassiska direktivet eller försörjningsdirektivet.

Direktivet ska inte tillämpas på upphandlingar som omfattas av särskilda förfaranderegler i enlighet med vissa internationella avtal eller överenskommelser eller särskilda förfaranderegler som tillämpas av en internationell organisation. Direktivet ska inte heller tillämpas för vissa särskilt angivna kontrakt, bl.a. de för vilka tillämpningen av direktivet skulle kräva att en upphandlande myndighet eller enhet tillhandahåller information vars avslöjande den anser strida mot rikets väsentliga säkerhetsintressen eller som avser underrättelseverksamhet. Slutligen behöver inte direktivet tillämpas när artiklarna 36, 51, 52, 62 eller 346 i fördraget om

Europeiska unionens funktionssätt, EUF-fördraget, medger undantag.

Upphandlingsförfaranden m.m.

De huvudsakliga upphandlingsförfarandena inom försvars- och säkerhetsområdet är selektivt förfarande och förhandlat förfarande med föregående annonsering. Till skillnad från vad som gäller enligt det klassiska direktivet, och i likhet med vad som gäller enligt försörjningsdirektivet, får förhandlat förfarande med föregående annonsering användas utan några begränsande villkor.

Förutsättningarna för att använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering är i princip desamma som i det klassiska direktivet samt några till. Även förfarandet konkurrenspräglad dialog får användas under de förutsättningar som angivits i det klassiska direktivet. Öppet förfarande är inte omnämnt i direktivet.

Elektronisk auktion och inköpscentraler kan användas vid upphandling enligt direktivet.

Informationssäkerhet

Direktivet innehåller ett antal bestämmelser som avser att skydda den sekretessbelagda information som en upphandlande myndighet eller enhet lämnar under ett upphandlingsförfarande. En upphandlande myndighet eller enhet får i detta syfte ställa vissa krav på både en leverantör och dennes underleverantör. I annonsen om upphandling, förfrågningsunderlaget m.m. ska den upphandlande myndigheten eller enheten därför precisera alla de åtgärder och krav som är nödvändiga för att se till säkerheten för sekretessbelagd information när det gäller kontrakt som innehåller, inbegriper eller kräver sådan information.

En leverantör får, när det gäller kontrakt som inbegriper, kräver eller innehåller sekretessbelagd information, genom bevis styrka sin förmåga att behandla, lagra och överföra sådana uppgifter på den skyddsnivå som krävs av den upphandlande myndigheten eller enheten. Leverantören kan även få införa ett säkerhetskontrollsystem om denne inte redan har det. Säkerhetskontrollsystem motsvaras närmast i svensk rätt av säkerhetsskyddsavtal enligt 8 § säkerhetsskyddslagen (1996:627). Det finns även en möjlighet för

den upphandlande myndigheten eller enheten att kontrollera leverantören ur olika aspekter, t.ex. vad avser lokaler och former för informationsstyrning.

Försörjningstrygghet

Upprätthållandet och utvecklingen av ett försvar innebär att leveranser och underhåll måste tryggas under ett materiellprogramms hela livscykel, från materielens utformning till dess utrangering. I detta syfte ska en upphandlande myndighet eller enhet i annonsen om upphandling, förfrågningsunderlaget m.m. ange sina krav i fråga om försörjningstrygghet. Den upphandlande myndigheten eller enheten får kräva att anbudena bl.a. innehåller dokumentation som visar i vilken utsträckning anbudsgivaren har förmåga att uppfylla sina skyldigheter i fråga om export, överföring och transitering av varor. Ett sådant krav får dock inte begränsa möjligheten för utfärdande organ i anbudsgivarens stat att tillämpa nationella kriterier för beviljande av licens för export, överföring eller transitering.

Underentreprenad

Som huvudregel kan den utvalda anbudsgivaren fritt välja om denne vill ha underleverantörer och vilka underleverantörer som i sådant fall ska anlitas. Den upphandlande myndigheten eller enheten kan dock begära att den utvalda anbudsgivaren lägger ut en del av kontraktet på underentreprenad. Den procentuella andel som måste läggas ut på underentreprenad ska anges i form av intervallvärden med en minimiandel och en maximandel. Maximiandelen får inte överstiga 30 procent av kontraktets värde. Anbudsgivaren får föreslå att en större andel än så av det totala värdet ska läggas ut på underentreprenad.

Den upphandlande myndigheten eller enheten kan även kräva att anbudsgivaren följer de i direktivet fastställda förfaranderegler för tilldelning av underleverantörskontrakt, bl.a. om annonsering. Den upphandlande myndigheten eller enheten kan enligt dessa förfaranderegler också ange kriterier för urvalet.

Förfaranderegler för tilldelning av underleverantörskontrakt innehåller även en bestämmelse om att sådan tilldelning kan ske

genom ett så kallat underramavtal, dvs. ett ramavtal som sluts mellan en leverantör och en eller flera underleverantören i syfte att fastställa villkoren för senare tilldelning av kontrakt under en given tidsperiod.

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

Den utvalda anbudsgivaren är inte heller tvungen att anlita underleverantörer om anbudsgivaren, på ett för den upphandlande myndigheten eller enheten tillfredsställande sätt, kan visa att ingen av de underleverantörer som deltog i konkurrensutsättningen eller deras anbud uppfyller de kriterier som anges i annonsen och att den utvalda anbudsgivaren därför inte kan uppfylla de krav som anges i huvudkontraktet.

Den utvalda anbudsgivaren ska behandla underleverantörerna på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt agera på ett öppet sätt. Vid underentreprenad ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Forumbestämmelser

De bestämmelser om rättsmedel som finns i direktivet är i stort desamma som dem som finns i rättsmedelsdirektivet, som är föremål för genomförande i svensk rätt. Dock ges i direktivet en möjlighet för medlemsstaterna att besluta att ett specifikt organ ska ha exklusiv behörighet att pröva kontrakt på området för försvar och säkerhet. Utredningen föreslår, bl.a. mot bakgrund av försvars- och säkerhetsmarknadens särart, att mål enligt lagen ska prövas av Förvaltningsrätten i Stockholm respektive Stockholms tingsrätt.

Konsekvenser

Ett ökat antal upphandlingar inom försvars- och säkerhetsområdet kommer att konkurrensutsättas, vilket i sin tur kan antas leda till minskade kostnader för inköp för stat och verksamheter inom försörjningssektorerna. Det är dock inte möjligt att mer konkret

uppskatta hur stor minskning av utgifterna som förslaget kommer att föranleda.

Marknaden kommer att bli mer tillgänglig för företagen, vilket torde leda till nya affärsmöjligheter och ökad konkurrens. Förslaget kan på sikt antas förbättra företagens konkurrenskraft och därigenom ha en positiv effekt på sysselsättningen.

Några konsekvenser i övrigt bedöms förslaget inte att ha.

Ikraftträdande

Förslaget bör träda i kraft den 1 juli 2011. Äldre bestämmelser ska tillämpas på upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet.

Förkortningar

Det klassiska direktivet	Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster
Försörjningsdirektivet	Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster
Rättsmedelsdirektivet	Europaparlamentets och rådets direktiv 2007/66/EG av den 11 december 2007 om ändring av rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG vad gäller effektivare förfaranden för prövning av offentlig upphandling
LOU	Lagen (2007:1091) om offentlig upphandling
LUF	Lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster

Författningsförslag

1 Förlag till lag (0000:00) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet

Häriqenom föreskrivs¹ följande.

1 kap. Lagens innehåll och tillämpningsområde samt allmänna bestämmelser

Lagens innehåll

1 § I denna lag finns föreskrifter om

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

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

- kontroll av leverantörers lämplighet och val av deltagare m.m. (12 kap.),
 - tilldelning av kontrakt (13 kap.),
 - underentreprenad (14 kap.),
 - upphandling som inte omfattas av direktivet (15 kap.),
 - överprövning, skadestånd m.m. (16 kap.), och
 - marknadsskadeavgift och tillsyn (17 kap.).
- Till lagen hör följande bilagor:
- Förteckning över tjänstekontrakt (tjänster enligt klass 1) (bilaga 1)
 - Förteckning över tjänstekontrakt (tjänster enligt klass 2) (bilaga 2)
 - Definition av vissa tekniska specifikationer (bilaga 3)

Lagens tillämpningsområde

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

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

Vad som avses med upphandling, militär utrustning och utrustning av känslig karaktär anges i 2 kap. 27, 19 respektive 31 §§.

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

1. avser tjänster enligt bilaga 2 (tjänster enligt klass 2), eller
2. avser andra kontrakt, vars värde understiger de tröskelvärden som anges i lagen.

En upphandling som avser både tjänster enligt klass 1 och klass 2 ska anses vara en upphandling av tjänster enligt klass 1 om värdet av tjänsterna enligt klass 1 överstiger värdet av tjänsterna enligt klass 2. I annat fall ska upphandlingen i sin helhet anses vara en upphandling av tjänster enligt klass 2.

Denna lag behöver inte tillämpas när artikel 36, 51, 52 eller 62 i EUF-fördraget medger undantag.

Andra lagar om upphandling

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

Upphandling som faller inom flera tillämpningsområden

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

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

6 § Det som sägs i 4 och 5 §§ gäller bara om

1. upphandlingen omfattas av 1–14 kap. i denna lag, 1–14 kap. i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller 1–14 kap. lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, och

2. tilldelningen av ett enda kontrakt är berättigat av objektiva skäl.

Beslutet att tilldela ett enda kontrakt får inte fattas för att undvika att upphandlingen omfattas av denna lag, lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster.

Undantag från lagens tillämpningsområde

Upphandling enligt andra internationella regler

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

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

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

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

Särskilda undantag

8 § Denna lag gäller inte för kontrakt

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

2. som avser underrättelseverksamhet,

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

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

5. som avser förvärv eller hyra av mark, byggnader eller annan fast egendom eller rättigheter till sådan egendom,

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

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

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

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

7. som avser skiljemanna- eller förlikningsuppdrag,

8. som avser finansiella tjänster, utom försäkringstjänster,

9. som avser anställningar, eller

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

Första stycket 4 avser även civila inköp.

Undantag vid upphandling som rör rikets säkerhet m.m.

9 § I fråga om upphandling som avser varor eller tjänster som omfattas av artikel 346.1.b EUF-fördraget får regeringen i enskilda fall besluta om

1. undantag från bestämmelserna om annonsering i denna lag, och

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

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

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

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

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

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

Allmänna bestämmelser

Principer för upphandling

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

Rätten att få delta i en upphandling

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

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

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

2 kap. Definitioner**Allmänna definitioner**

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

2 § Med anknutet företag avses

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

Ett *bestämmande inflytande* ska anses finnas om en upphandlande myndighet eller enhet direkt eller indirekt, i förhållande

till ett företag, innehar mer än hälften av andelarna i företaget eller kontrollerar majoriteten av röstetalet på grund av aktieäggande eller motsvarande eller kan utse mer än halva antalet ledamöter i företagets styrelse eller motsvarande ledningsorgan.

3 § Med *byggentreprenadkontrakt* avses ett kontrakt som

1. avser utförande eller både projektering och utförande av arbete som är hänförligt till en verksamhet som anges i avsnitt 45 i CPV-nomenklaturen, eller

2. medför att ett byggnadsverk realiserar, oavsett hur kontraktet utformas, enligt krav som ställs upp av den upphandlande myndigheten eller enheten.

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

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

5 § Med *CPV-nomenklaturen* avses den gemensamma terminologi vid offentlig upphandling som antagits genom Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 2195/2002 av den 5 november 2002 om gemensam terminologi vid offentlig upphandling (CPV)², ändrad genom kommissionens förordning (EG) nr 213/2008³.

6 § Med *direktivet* avses Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/81/EG av den 13 juli 2009 om samordning av förfarandena vid tilldelning av vissa kontrakt för byggentreprenader, varor och tjänster av upphandlande myndigheter och enheter på försvars- och säkerhetsområdet och om ändring av direktiv 2004/17/EG och 2004/18/EG⁴.

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

² EGT L 340, 16.12.2002, s. 1–562 (Celex 32002R2195).

³ EUT L 74, 15.3.2008, s. 1–375 (Celex 32008R0213).

⁴ EUT L 216, 20.8.2009, s 76–136 (Celex 32009L0081).

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

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

10 § Med *forskning och utveckling* avses verksamhet som omfattar grundforskning, tillämpad forskning och experimentell utveckling. Experimentell utveckling kan omfatta utformning av tekniska demonstratorer, det vill säga medel för att demonstrera ett nytt koncept eller en ny tekniks funktion i en relevant eller typisk miljö.

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

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

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

1. ingår ramavtal om byggtreprenader, varor eller tjänster som är avsedda för andra upphandlande myndigheter eller enheter, eller
2. medverkar vid en upphandling i egenskap av ombud åt flera upphandlande myndigheter eller enheter.

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

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

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

16 § Med *kris* avses varje situation när en händelse med skadliga konsekvenser inträffar som tydligt går utöver omfattningen av en allvarlig händelse under vanliga omständigheter och som i hög grad hotar eller inskränker människors liv och hälsa eller i hög grad påverkar egendomsvärden eller kräver åtgärder för att tillhandahålla befolkningens livsförnödenheter.

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

Väpnade konflikter och krig ska betraktas som kriser.

17 § Med *leverantör* avses den som på marknaden tillhandahåller varor eller tjänster eller utför byggtreprenader.

Med leverantör avses också grupper av leverantörer.

18 § Med *livslängd* avses en varas samtliga skeden, det vill säga forskning och utveckling, industriell utveckling, tillverkning, reparation, modernisering, ändring, underhåll, logistik, utbildning, testning, återkallande och bortskaffande.

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

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

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

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

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

21 § Med *ramavtal* avses ett avtal som ingås mellan en eller flera upphandlande myndigheter eller enheter och en eller flera leverantörer i syfte att fastställa villkoren för senare tilldelning av kontrakt under en given tidsperiod.

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

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

24 § Med *tjänstekontrakt* avses ett kontrakt som gäller utförande av tjänster och som inte utgör ett byggtreprenadkontrakt enligt 3 § eller ett varukontrakt enligt 32 §.

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

Ett kontrakt som avser tjänster och omfattar verksamhet som anges i avsnitt 45 i CPV-nomenklaturen, men som är underordnad kontraktets ändamål i övrigt, ska behandlas som ett tjänstekontrakt.

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

26 § Med *underramavtal* avses ett avtal som ingås mellan en leverantör och en eller flera underleverantörer i syfte att fastställa villkoren för senare tilldelning av kontrakt under en given tidsperiod.

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

28 § Med *upphandlande enhet* avses dels upphandlande myndigheter enligt 29 § som bedriver sådan verksamhet som avses i 1 kap. 4–10 §§ lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, dels sådana offentliga företag som

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

2. bedriver verksamhet som omfattas av 1 kap. 4–10 §§ lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster med stöd av en särskild rättighet eller ensamrätt enligt tredje stycket.

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

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

1. beviljats enligt lag eller annan författning,

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

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

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

Vid tillämpning av denna lag ska med myndighet jämföras

1. beslutande församlingar i kommuner och landsting, och

2. offentligt styrda organ som avses i 20 §, samt
3. sammanslutningar av en eller flera myndigheter enligt första stycket eller församlingar enligt 1 eller sammanslutningar av ett eller flera organ enligt 2.

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

31 § Med *utrustning, byggtreprenad och tjänster av känslig karaktär* avses utrustning, byggtreprenad och tjänster som har ett säkerhetssyfte och som inbegriper, kräver eller innehåller sekretessbelagd information.

32 § Med *varukontrakt* avses ett kontrakt som gäller köp, leasing, hyra eller hyrköp av varor under förutsättning att kontraktet inte ska anses utgöra ett byggtreprenadkontrakt enligt 3 § eller ett tjänstekontrakt enligt 24 § andra stycket.

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

Definitioner som gäller endast 15 kap.

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

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

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

3 kap. Tröskelvärden

Tröskelvärdenas storlek

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

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

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

Värdet av kontraktet ska beräknas exklusive mervärdesskatt.

Beräkning av värdet av ett kontrakt

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

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

Förbud i vissa fall mot att dela upp en upphandling

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

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

Upphandling av delkontrakt

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

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

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

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

Byggtreprenadkontrakt

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

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

Varukontrakt som löper på viss tid eller på obestämd tid

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

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

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

Varu- eller tjänstekontrakt som regelbundet återkommer eller som ska förnyas

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

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

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

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

Vissa tjänstekontrakt

10 § Värdet av ett tjänstekontrakt ska beräknas med utgångspunkt i

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

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

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

Ramavtal

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

4 kap. Upphandlingsförfaranden

Selektivt och förhandlat förfarande samt konkurrenspräglad dialog

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

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

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

Förhandlat förfarande med föregående annonsering

2 § Vid förhandlat förfarande med föregående annonsering ska en upphandlande myndighet eller enhet förhandla med anbudsgivarna om de anbud som de har lämnat, för att anpassa anbuden till de krav som myndigheten eller enheten har angett i annonsen om upphandling, i förfrågningsunderlaget och i de kompletterande handlingarna samt för att få fram det bästa anbudet enligt 13 kap. 1 §.

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

Förhandlat förfarande utan föregående annonsering

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

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

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

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

4. ett anbud är ogiltigt eller det vid ett selektivt förfarande, ett förhandlat förfarande med föregående annonsering eller en konkurrenspräglad dialog har lämnats ett anbud som inte kan godtas med hänsyn till 1 kap. 11–12 §§, 7 kap. 9–11 §§, 14–21 §§, 10 kap. 8 § andra stycket andra meningen, 11 kap. 1–3 §§, 12 kap. 7–18 §§ och 14 kap. 1–11 §§ i den mån de ursprungliga villkoren för kontraktet inte ändrats väsentligt, eller

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

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

I första stycket 4. avses de anbudsgivare som vid ett förhandlat förfarande uppfyller 7 kap. 16–18 §§, 10 kap. 8 § andra stycket andra meningen, 11 kap. 1–3 §§, 12 kap. 7–18 §§ och de som vid ett selektivt förfarande eller konkurrenspräglad dialog har lämnat anbud som uppfyller de formella kraven för anbudsförfarandet.

En upphandlande myndighet eller enhet ska motivera sitt beslut att använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering i annons enligt 8 kap. 3 §.

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

1. det gäller andra forsknings- och utvecklingstjänster än de som avses i 1 kap. 8 §,

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

b) de ska utföras av den ursprungliga leverantören,
c) de inte utan stora tekniska eller ekonomiska olägenheter för den upphandlande myndigheten eller enheten kan skiljas från det ursprungliga kontraktet, eller

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

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

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

b) att arbetena tilldelas samma leverantör,

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

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

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

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

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

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

Förutsättningar för konkurrenspräglad dialog

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

10 § Ett kontrakt anses som särskilt komplicerat om det inte rimligen kan krävas av den upphandlande myndigheten eller enheten att den ska kunna

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

Annonsering av konkurrenspräglad dialog

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

Inledande av dialog

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

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

Genomförande av dialogen

13 § Den upphandlande myndigheten eller enheten kan bestämma att dialogen ska genomföras i successiva steg för att begränsa antalet lösningar som ska diskuteras under dialogen. I så fall ska det anges i annonsen eller i det beskrivande dokumentet.

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

Uppmaning att lämna slutgiltiga anbud

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

Klarläggande och precisering av anbud

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

Värdering av anbud

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

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

Precisering av anbud eller bekräftande av åtaganden

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

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

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

Priser eller betalning till deltagare

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

Inköpscentraler

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

När inköpscentralen är ett offentligt europeisk organ ska den upphandlande myndigheten eller enheten anses ha följt denna lag om de bestämmelser som tillämpats av inköpscentralen vid tilldelningen av kontraktet överensstämmer med samtliga bestämmelser i denna lag och de kontrakt som tilldelats kan omfattas av effektiva åtgärder motsvarande dem som finns i 16 och 17 kap.

5 kap. Ramavtal

Tillämpliga bestämmelser

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

Tilldelning av kontrakt

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

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

Ramavtalets löptid

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

En upphandlande myndighet eller enhet ska motivera sitt beslut att ha en löptid om längre tid än sju år enligt 8 kap. 3 §.

Ramavtal med en enda leverantör

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

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

Ramavtal med flera leverantörer

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

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

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

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

Vid tillämpning av första stycket ska

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

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

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

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

6 kap. Elektronisk auktion

Tillämpningsområde

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

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

4. förenklat förfarande, och
5. urvalsförfarande.

2 § Den elektroniska auktionen ska grundas på

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

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

Förfrågningsunderlag

4 § Av förfrågningsunderlaget ska det framgå

1. de komponenter i anbudet vars värden kommer att vara föremål för den elektroniska auktionen,
 2. de eventuella gränserna för de värden som kan presenteras, baserade på en bedömning av specifikationerna för föremålet för upphandlingen,
 3. vilka uppgifter som kommer att göras tillgängliga för anbudsgivarna under den elektroniska auktionen och när detta kommer att ske,
 4. relevanta uppgifter om genomförandet av den elektroniska auktionen,
 5. på vilka villkor anbudsgivarna kan lämna anbud, däribland de minsta skillnader mellan anbudet som kan ha bestämts, och
 6. relevanta uppgifter om den elektroniska utrustning som används och om anslutningen till denna utrustning.
- De komponenter som avses i första stycket 1 ska kunna kvantifieras och uttryckas i siffror eller procenttal.

Första utvärdering av anbud

5 § Innan en upphandlande myndighet eller enhet inleder en elektronisk auktion ska myndigheten eller enheten genomföra en första fullständig utvärdering av anbudet i enlighet med tilldelningskriterierna och den fastställda viktningen för dessa.

Inbjudan att lämna nya priser eller värden m.m.

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

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

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

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

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

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

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

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

Upplysningar till anbudsgivarna

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

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

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

Avslutande av en elektronisk auktion

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

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

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

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

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

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

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

7 kap. Tekniska specifikationer och särskilda kontraktsvillkor i förfrågningsunderlag m.m.

Tekniska specifikationer

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

Tekniska specifikationer som hänvisar till en standard

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

1. svensk civil standard som överensstämmer med europeisk standard,
2. europeiskt tekniskt godkännande,
3. gemensam civil teknisk specifikation,
4. svensk civil standard som överensstämmer med internationell standard,
5. annan internationell civil standard,
6. annat tekniskt referenssystem som utarbetats av europeiska standardiseringsorgan,
7. annan svensk civil standard, svenskt tekniskt godkännande eller svensk teknisk specifikation om projektering, beräkning och utförande av byggentreprenader samt materialanvändning,
8. civil teknisk specifikation som har sitt ursprung i industrin och som i stor utsträckning accepteras av industrin, eller
9. svensk standard på försvarsområdet såsom den definieras i punkt 3 i bilaga 3 och liknande specifikation för försvarsmaterial.

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

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

Tekniska specifikationer i form av prestanda- eller funktionskrav

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

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

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

Uppgifter om ursprung, tillverkning m.m.

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

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

Likvärdiga lösningar

5 § Om en upphandlande myndighet eller enhet väljer att hänvisa till tekniska specifikationer enligt 2 §, får den inte förkasta ett anbud enbart på grund av att varorna eller tjänsterna inte överensstämmer med specifikationer som den har hänvisat till, om anbudsgivaren i sitt anbud kan visa att de föreslagna lösningarna på ett likvärdigt sätt uppfyller kraven enligt de tekniska specifikationerna.

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

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

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

Miljömärken

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

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

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

Erkända organ

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

Anbud med alternativa utföranden

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

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

En upphandlande myndighet eller enhet eller enhet som tillåter anbud med alternativa utföranden ska i kravspecifikationer ange vilka minimikrav som gäller för sådana anbud och de särskilda villkor som gäller för hur de ska presenteras.

Endast sådana anbud som uppfyller minimikraven får beaktas vid upphandlingen.

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

Information om beskattning, miljöskydd, arbetarskydd och arbetsvillkor

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

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

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

Särskilda villkor för fullgörande av kontrakt

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

Skydd av sekretessbelagd information

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

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

Informationssäkerhet

14 § Den upphandlande myndigheten eller enheten ska i annonsen om upphandling, förfrågningsunderlaget, det beskrivande dokumentet eller de kompletterande handlingarna precisera alla de åtgärder och krav som är nödvändiga för att se till säkerheten för sekretessbelagd information när det gäller kontrakt som innehåller, inbegriper eller kräver sådan information.

15 § Den upphandlande myndigheten eller enheten får bland annat kräva att anbudet innehåller följande:

1. en utfästelse från anbudsgivaren och de underleverantörer som redan valts ut om att de på lämpligt sätt kommer att skydda sekretessen för sekretessbelagd information som de har tillgång till eller som de kommer att få kännedom om under genomförande av kontraktet och efter att kontraktet har genomförts eller upphört att gälla, i enlighet med relevanta lagar och andra författningar,

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

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

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

Möjlighet att införa ett säkerhetskontrollsystem

16 § Den upphandlande myndigheten eller enheten får ge anbuds-sökande som ännu inte har ett säkerhetskontrollsystem en förlängd tidsfrist att införa ett sådant. Den upphandlande myndigheten eller enheten ska i så fall i annonsen om upphandling ange att den möjligheten finns och tidsfristen för det.

Kontroll av lokaler m.m.

17 § Den upphandlande myndigheten eller enheten får begära att behörigt organ i anbudssökandes stat kontrollerar att de lokaler och installationer som planeras att användas, de industriella och administrativa förfaranden som kommer att tillämpas, formerna för informationsstyrning och förhållandena beträffande den personal som beräknas komma att arbeta med att genomföra kontraktet uppfyller de krav som ställs.

Försörjningstrygghet

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

19 § Den upphandlande myndigheten eller enheten får bland annat kräva att anbudet innehåller följande:

1. certifiering eller dokumentation som på ett för den upphandlande myndigheten eller enheten tillfredsställande sätt

visar i vilken utsträckning anbudsgivaren har förmåga att uppfylla sina skyldigheter i fråga om export, överföring och transitering av varor i samband med kontraktet, inbegripet styrkande dokumentation som erhållits från anbudsgivarens hemland,

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

3. certifiering eller dokumentation som visar att organisationen och lokaliseringen av anbudsgivarens försörjningskedja gör det möjligt för denne att uppfylla de krav den upphandlande myndigheten eller enheten anger i kontraktshandlingarna beträffande försörjningstrygghet, och en utfästelse om att se till att eventuella ändringar i försörjningskedjan under genomförandet av kontraktet inte kommer att inverka negativt på uppfyllandet av dessa krav,

4. en utfästelse från anbudsgivaren att upprätta eller upprätthålla den kapacitet som krävs för att tillmötesgå den upphandlande myndighetens eller enhetens eventuellt ökade behov till följd av en kris enligt de överenskomna villkoren,

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

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

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

8. en utfästelse från anbudsgivaren att i enlighet med överenskomna villkor förse den upphandlande myndigheten eller enheten med allt som behövs för produktion av reservdelar, komponenter, särskilda tillbehör och särskild testutrustning, inklusive ritningar, licenser och instruktioner, för sådana fall där entreprenören inte längre kan tillhandahålla denna utrustning.

20 § En upphandlande myndighet eller enhet får inte avkräva en anbudsgivare ett åtagande som begränsar möjligheten för organ i anbudsgivarens stat att i enlighet med relevant internationell rätt eller gemenskapslagstiftning tillämpa de nationella kriterier som gäller för beviljande av licens för export, överföring eller transitering under de förhållande som råder vid tidpunkten för ett sådant beslut.

8 kap. Annonsering av upphandling

Obligatorisk och icke-obligatorisk annonsering av upphandlingar

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

Information om planerade upphandlingar (förhandsannonsering)

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

Annonsering om resultatet av en upphandling (efterannonsering)

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

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

Annonsering vid förhandsinsyn

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

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

Förhållanden som ska beaktas när tidsfristernas längd bestäms

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

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

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

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

Det som anges i första och andra styckena gäller om inte något annat följer av 3–7 §§.

Tidsfrist efter förhandsannonsering

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

De tidsfrister som anges i första stycket får användas endast om

1. förhandsannonsen innehöll de uppgifter som anges i bilaga IV till direktivet, i den mån uppgifterna var tillgängliga vid tidpunkten för förhandsannonseringen, och
2. minst 52 dagar, men högst 12 månader, gått från den dag då förhandsannonsen skickades för publicering.

Förkortad tidsfrist vid användning av elektroniska medel

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

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

Förlängning av tidsfrister

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

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

Förkortade tidsfrister på grund av tidsbrist i vissa fall

7 § Om det, vid selektivt förfarande eller vid förhandlat förfarande med föregående annonsering, på grund av tidsbrist inte är möjligt att tillämpa de tidsfrister som anges i detta kapitel, får en upphandlande myndighet eller enhet ange att tidsfristen för att komma in med anbudsansökningar, räknat från den dag då annonsen om

upphandling skickades för publicering, ska vara minst 15 dagar eller, om annonsen skickades med elektroniska medel, minst 10 dagar.

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

Inbjudan att komma in med anbud eller att förhandla

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

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

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

En inbjudan ska dessutom innehålla minst uppgift om

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

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

3. en hänvisning till annonsen om upphandlingen,

4. vilka handlingar som ska bifogas,

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

6. övriga uppgifter av betydelse för upphandlingen.

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

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

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

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

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

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

10 kap. Kommunikation, information och dokumentation

Regler för kommunikation

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

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

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

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

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

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

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

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

Regeringen meddelar närmare föreskrifter om säkerhetsanordningarna.

Skyldighet att lämna in intyg m.m.

4 § Vid användning av elektroniska medel enligt 1 § ska anbuds sökande och anbudsgivare före utgången av tidsfristen för att lämna anbudsansökan eller anbud i annan form lämna in sådana handlingar som avses i 11 kap. 3 §, 12 kap. 7, 8, 10, 12 och 16–18 §§ om de inte finns tillgängliga i elektronisk form.

Bekräftelse av ansökan om att få lämna anbud

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

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

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

Uppgifter från leverantörer ska bevaras säkert

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

Öppnande av anbud

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

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

Rättelse av fel, förtydligande och komplettering

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

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

Information till leverantörer

Underrättelse om beslut

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

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

Upplysningar på begäran av en leverantör

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

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

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

Anbudsgivare är bunden av sitt anbud

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

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

Protokoll

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

1. det valda upphandlingsförfarandet,
2. skälen till att ett anbud förkastats,
3. skälen till att ett kontrakt eller ramavtal inte tilldelats en leverantör, och
4. skälen till att förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt bestämmelsen i 4 kap. 4–8 §§ tillämpats.

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

Regeringen meddelar närmare föreskrifter om vad ett protokoll ska innehålla.

Bevarande av handlingar

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

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

11 kap. Uteslutning av leverantörer

Omständigheter som ska medföra uteslutning av leverantörer

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

1. sådan brottslighet som avses i artikel 2.1 i rådets gemensamma åtgärd 98/733/RIF av den 21 december 1998 beslutad av rådet på grundval av artikel K 3 i fördraget om Europeiska unionen om att göra deltagande i en kriminell organisation i Europeiska unionens medlemsstater till ett brott⁵,

⁵ EGT L 351, 29.12.1998, s. 1 (Celex 31998F0733).

2. bestickning enligt definitionen i artikel 3 i rådets akt av den 26 maj 1997 om utarbetande på grundval av artikel K 3.2 c i fördraget om Europeiska unionen av konventionen om kamp mot korruption som tjänstemän i Europeiska gemenskaperna eller Europeiska unionens medlemsstater är delaktiga i⁶, respektive artikel 2.1 i rådets rambeslut 2003/568/RIF av den 22 juli 2003 om kampen mot korruption inom den privata sektorn⁷,

3. bedrägeri i den mening som avses i artikel 1 i konventionen som utarbetats på grundval av artikel K.3 i fördraget om Europeiska unionen, om skydd av Europeiska gemenskapernas finansiella intressen⁸,

4. penningtvätt och finansiering av terrorism enligt definitionen i artikel 1 Europaparlamentets och rådets direktiv 2005/60/EG av den 26 oktober 2005 om åtgärder för att förhindra att det finansiella systemet används för penningtvätt och finansiering av terrorism⁹, eller

5. terroristbrott eller brott med anknytning till terroristverksamhet såsom de definieras i artikel 1 respektive 3 i rådets rambeslut 2002/475/RIF av den 13 juni 2002 om bekämpande av terrorism¹⁰ eller anstiftan, medhjälp och försök att begå brott i den mening som avses i artikel 4 i nämnda rambeslut.

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

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

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

⁶ EGT C 195, 25.6.1997, s. 1 (Celex 31997F0625/01/).

⁷ EUT L 192, 31.7.2003, s. 54 (Celex 32003F0568).

⁸ EGT C 316, 27.11.1995, s. 49 (Celex 41995A1127/03/).

⁹ EUT L 309, 25.11.2005, s. 15 (Celex 32005L0060).

¹⁰ EGT L 164, 22.6.2002, s. 3 (Celex 32002F0275).

Omständigheter som får medföra uteslutning av leverantörer

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Intyg och bevis angående leverantör

3 § Den upphandlande myndigheten eller enheten ska som bevis för att det inte finns grund för att utesluta en leverantör godta utdrag ur officiellt register eller annan likvärdig handling när det

gäller ett förhållande som avses i 1 § eller 2 § första stycket 1, 2 eller 3 och intyg från behörig myndighet när det gäller ett förhållande som avses i 2 § första stycket 6.

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

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

Kontroll av uppgifter om skatter och socialförsäkringsavgifter

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

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

Inledande bestämmelser

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

2 § En upphandlande myndighet eller enhet får ställa krav på en lägsta nivå för anbudssökandes och anbudsgivares ekonomiska samt tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Dessa ska överensstämma med bestämmelserna i 8–17 §§. Omfattningen av den information som avses i 7–17 §§ samt de lägsta nivåerna för den kapacitet som krävs för ett visst kontrakt ska ha samband med kontraktsföremålet och stå i proportion till detta.

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

Begränsning av antalet anbudssökande i upphandlingsförfaranden

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

Den upphandlande myndigheten eller enheten ska i annonsen ange

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

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

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

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

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

6 § Om den upphandlande myndigheten eller enheten anser att antalet lämpliga anbudssökande är för lågt för att effektiv konkurrens ska kunna säkerställas får den låta förfarandet anstå och på nytt offentliggöra den ursprungliga annonsen och fastställa en ny tidsfrist för att komma in med anbudsansökningar.

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

Det som sägs i första och andra stycket påverkar inte den upphandlande myndighetens eller enhetens möjlighet att avbryta det pågående upphandlingsförfarandet och inleda ett nytt.

Krav på registrering

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

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

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

Leverantörers ekonomiska ställning

Bevis på den ekonomiska ställningen

8 § Bevis på en leverantörs ekonomiska kapacitet kan utgöras av

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

2. balansräkningar eller utdrag ur dem, eller

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

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

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

någon annan handling som den upphandlande myndigheten eller enheten finner lämplig.

Teknisk och yrkesmässig kapacitet

11 § Den upphandlande myndigheten eller enheten ska i annonsen om upphandling ange vilka av de uppgifter som anges i 12 §§ som den har valt och vilka andra uppgifter som måste tillhandahållas.

Bevis på teknisk kapacitet

12 § En leverantör får som regel styrka sin tekniska kapaciteten på ett eller flera av följande sätt:

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

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

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

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

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

6. när det är fråga om byggentreprenadkontrakt, tjänstekontrakt eller varukontrakt inbegripet monterings- och installationsarbeten

eller monterings- och installationstjänster, genom uppgifter om leverantörens utbildnings- och yrkeskvalifikationer eller motsvarande uppgifter om ledande personer i företaget, särskilt om den eller dem som ska ansvara för tillhandahållande av tjänsterna eller leda byggentreprenaden,

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

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

9. genom en uppgift om

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

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

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

11. när det gäller kontrakt som inbegriper, kräver eller innehåller sekretessbelagd information, genom bevis som styrker förmågan att behandla, lagra och överföra sådana uppgifter på den skyddsnivå som krävs av den upphandlande myndigheten eller enheten.

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

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

lämnas eller, om detta inte är möjligt, en försäkran från leverantören lämnas.

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

13 § Om en leverantör har ett godtagbart skäl för att inte förete de referenser som den upphandlande myndigheten eller enheten begär enligt 12 §, får leverantören styrka sin tekniska eller yrkesmässiga kapacitet med varje annan handling som den upphandlande myndigheten eller enheten finner lämplig.

Tillgång till andra företags kapacitet

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

Leverantörers yrkeskunnande

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

Kvalitetsstyrningsstandarder

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

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

Standarder för miljöledning

17 § Om en upphandlande myndighet eller enhet i de fall som avses i 12 § första stycket 7 kräver att få tillgång till ett av ett oberoende organ upprättat certifikat som intygar att leverantören uppfyller vissa miljöledningsstandarder, ska myndigheten eller enheten hänvisa till förordning (EG) nr 761/2001 av den 19 mars 2001 om frivilligt deltagande för organisationer i gemenskapens miljölednings- och miljöredovisningsordning¹¹ eller till miljöledningsstandarder som bygger på relevanta europeiska eller internationella standarder. Miljöledningsstandarderna ska vara certifierade av organ som uppfyller gemenskapslagstiftningen eller internationella standarder för certifiering.

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

Officiella förteckningar

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

1. 11 kap. 1 §, 2 § första stycket 1–4 och 7, samt i detta kapitel 7 §, 8 § första stycket 1 och 2 samt 12 § första stycket 1, 3, 6, 8 och 9 när det gäller byggentreprenörer,

2. 12 § första stycket 2–5 och 10 när det gäller varuleverantörer, eller

3. 12 § första stycket 2 och 4–9 när det gäller tjänsteverantörer.

¹¹ EGT L 114, 24.04.2001, s. 1 (Celex 32001R0761).

Begränsad kontroll

19 § I ett selektivt eller förhandlat förfarande får en upphandlande myndighet eller enhet begränsa kontrollen av sådana handlingar som avses i 11 kap. och 12 kap. 2 samt 7–17 §§ som intygar leverantörens lämplighet till de anbudssökande som myndigheten eller enheten avser att bjuda in att lämna anbud respektive att förhandla. Leverantören ska ges skälig tid att komma in med de begärda handlingarna.

13 kap. Tilldelning av kontrakt

Alternativa grunder för tilldelning av kontrakt

1 § En upphandlande myndighet eller enhet ska anta antingen

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

2. det anbud som innehåller det lägsta priset.

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

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

Viktning av kriterier

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

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

Viktningen av kriterierna eller kriteriernas prioritetsordning ska anges i

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

Onormalt låga anbud

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

En begäran om förklaring kan gälla

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

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

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

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

14 kap. Underentreprenad

Val av underleverantör

1 § Den utvalda anbudsgivaren ska ha möjlighet att välja sina underleverantörer för samtliga underleverantörskontrakt som inte omfattas av 3 eller 4 §§.

Uppgifter om underentreprenad i anbud

2 § Den upphandlande myndigheten eller enheten får begära att anbudsgivaren i sitt anbud ska ange hur stor del av kontraktet som kan komma att läggas ut på underentreprenad, förslag på underleverantör och föremålet för underleverantörskontraktet.

Anbudsgivaren ska ange alla ändringar som uppstår på underleverantörsnivå under genomförandet av kontraktet.

Tilldelning av kontrakt

3 § Den upphandlande myndigheten eller enheten får kräva att den utvalda anbudsgivaren ska tillämpa 15 § för samtliga eller vissa underleverantörskontrakt.

Krav på underentreprenad

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

Den upphandlande myndigheten eller enheten ska ange den procentuella andel som måste läggas ut på underentreprenad i form av intervallvärden med en minimiandel och en maximandel. Maximiandelen får inte överstiga 30 procent av kontraktets värde.

5 § Anbudsgivarna får föreslå att en större andel av det totala värdet ska läggas ut på underentreprenad än vad den upphandlande myndigheten eller enheten kräver enligt 4 §.

6 § Den upphandlande myndigheten eller enheten ska begära att anbudsgivarna i sina anbud anger vilken eller vilka delar av anbudet de avser att lägga ut på underentreprenad för att uppfylla kravet i 4 §.

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

8 § Den utvalda anbudsgivaren ska tilldela den procentuella andel underleverantörskontrakt som den upphandlande myndigheten eller enheten begär enligt 4 § i enlighet med 15 §.

Avvisning av underleverantör

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

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

Innehåll i annonsen

10 § De krav som avses i 2–4 och 6–8 §§ ska anges i annonsen om upphandling.

Leverantörens ansvar

11 § Leverantörens ansvar påverkas inte av att en del av kontraktet läggs ut på underentreprenad.

Krav på tillämpningsbestämmelser

12 § När den utvalda anbudsgivaren, som inte är en upphandlande myndighet eller enhet, tilldelar tredje man ett underleverantörskontrakt enligt 3 eller 4 §§ ska den upphandlande myndigheten eller enheten i kontraktet med anbudsgivaren uppställa villkor om att anbudsgivaren ska tillämpa 14–20 §§.

Företag som går samman och anknutna företag

13 § Vid tillämpningen av 12 § ska, om flera företag går samman för att erhålla ett kontrakt, inte något av dem anses som tredje man. Detsamma gäller ett anknutet företag.

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

Allmänna principer

14 § Den utvalda anbudsgivaren ska behandla underleverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt agera på ett öppet sätt. Vid underkontrahering ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Annonsering

15 § När en utvald anbudsgivare, som inte är en upphandlande myndighet eller enhet, avser att tilldela en tredje man ett underleverantörskontrakt som har ett värde som inte beräknas understiga det värde (tröskelvärde) som Europeiska kommissionen vid varje tid har beslutat eller lämnat meddelande om, ska anbudsgivaren annonsera om det.

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

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

Frivillig annonsering

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

Underramavtal

17 § Den utvalda anbudsgivaren kan uppfylla kraven i 3 eller 4 §§ genom att tilldela underleverantörskontrakt på grundval av ett underramavtal. Ett underramavtal ska annonseras enligt 15 §.

Underleverantörskontrakt som grundar sig på ett underramavtal ska tilldelas inom ramen för de villkor som fastställts i det berörda underramavtalet. Villkoren i underleverantörskontraktet ska vara förenliga med underramavtalets villkor.

Underleverantörskontrakt får endast slutas mellan leverantörer som är parter i underramavtalet

18 § Ett underramavtal som avses i 17 § får löpa under längre tid än sju år endast om det är motiverat av den levererade varans, anläggningens eller konstruktionens förväntade livslängd och de tekniska svårigheter som ett byte av leverantör kan orsaka.

Beräkning av kontraktets värde

19 § Underleverantörskontraktets värde beräknas enligt 3 kap.

Kriterier för urval

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

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

Undantag från kravet att anlita underleverantör

21 § Den utvalda anbudsgivaren är inte vara tvungen att anlita underleverantörer om anbudsgivaren, på ett för den upphandlande myndigheten eller enheten tillfredsställande sätt, kan visa att ingen av de underleverantörer som deltog i konkurrensutsättningen eller deras anbud uppfyller de kriterier som anges i annonsen och det innebär att den utvalda anbudsgivaren därför inte kan uppfylla de krav som anges i huvudkontraktet.

15 kap. Upphandling som inte omfattas av direktivet

Tillämpningsområde

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

Tillämpliga bestämmelser

2 § Vid upphandling enligt detta kapitel tillämpas även 1 kap., 2 kap., 4 kap. 21, 7 kap. 12 §, 9 kap. 9 §, 12 kap. 7 §, 16 kap. och 17 §. Vidare tillämpas bestämmelserna om konkurrenspräglad dialog i 4 kap. 1 § tredje stycket, 3 och 9–20 §§, 9 kap. 2 § första stycket, 4 och 8 §§ samt 12 kap. 3 och 4 §§. Bestämmelserna i 5 kap. är tillämpliga utom såvitt avser 5 kap. 5 § beträffande kravet på minst tre leverantörer för sådana ramavtal som omfattas av 5 kap. 6 §.

Vid upphandling som avser tjänster som anges i bilaga 2 (tjänster enligt klass 2) tillämpas även 7 kap. 1–8 §§, när värdet av kontraktet uppgår till minst tillämpligt tröskelvärde i 3 kap.

Upphandlingsförfaranden

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

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

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

Beräkning av värdet av ett kontrakt

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

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

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

Annonsering

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

Vid urvalsförfarande ska den upphandlande myndigheten eller enheten publicera en ansökningsinbjudan genom en annons i en elektronisk databas, som är allmänt tillgänglig. Myndigheten eller enheten får i sin inbjudan ange det antal leverantörer som den avser

att bjuda in. Antalet ska bestämmas med hänsyn till arten av det som ska upphandlas och vara tillräckligt stort för att effektiv konkurrens ska uppnås.

Innehåll i annons m.m.

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

Vid förenklat förfarande ska det dessutom framgå

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

Vid urvalsförfarande ska annonsen med ansökningsinbjudan innehålla uppgift om

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

Annonsering vid förhandsinsyn

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

Regeringen meddelar föreskrifter om förhandsinsyn.

Annonsering vid urvalsförfarande

8 § Vid tillämpning av urvalsförfarande ska den upphandlande myndigheten eller enheten publicera en ansökningsinbjudan genom annons i en elektronisk databas, som är allmänt tillgänglig.

Av inbjudan ska det framgå

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

Myndigheten eller enheten får i sin inbjudan ange det antal leverantörer som den avser att bjuda in. Antalet ska bestämmas med hänsyn till arten av det som ska upphandlas och vara tillräckligt stort för att effektiv konkurrens ska uppnås.

Tekniska specifikationer

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

Kommunikationsmedel vid upphandling

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

Tidsfrister för att lämna anbudsansökningar och anbud

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

Innehåll i annonser, m.m.

12 § I en annons enligt 5 §, en skrivelse enligt 6 § eller ett förfrågningsunderlag enligt 9 § ska det anges

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

Mottagande och öppnande av anbud

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

Anbudena ska öppnas samtidigt.

Rättelse av fel, förtydligande och komplettering

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

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

Kontroll och uteslutning av leverantörer

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

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

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

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

Begränsad kontroll

17 § En upphandlande myndighet eller enhet får begränsa kontrollen av sådana handlingar som avses i 15 § och 12 kap. 7 § eller andra handlingar som intygar leverantörens lämplighet till de anbudssökande och anbudsgivare som anges i andra och tredje styckena. Leverantören ska ges skälig tid att komma in med de begärda handlingarna.

I ett förenklat förfarande ska uppgifterna enligt första stycket begäras in och kontrolleras när det gäller den eller de anbudsgivare som myndigheten eller enheten avser att bjuda in till förhandling, eller om ingen förhandling sker, den anbudsgivare som myndigheten eller enheten avser att tilldela kontraktet eller ramavtalet. Kontrollen ska göras innan anbudsgivarna bjuds in till förhandling respektive underrättas om tilldelningsbeslutet enligt 24 §.

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

Särskilda villkor för fullgörande av kontrakt

18 § En upphandlande myndighet eller enhet får ställa särskilda sociala, miljömässiga och andra villkor för hur kontrakt ska fullgöras. Dessa ska anges i annonsen om upphandling, i ansökningsinbjudan eller i förfrågningsunderlaget.

Prövning av anbudsansökningar och anbud

19 § En upphandlande myndighet eller enhet ska pröva alla de anbudsansökningar och anbud som har kommit in i rätt tid, om inte något annat följer av 15 §.

Tillgång till andra företags kapacitet

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

Alternativa grunder för tilldelning av kontrakt

21 § En upphandlande myndighet eller enhet ska anta antingen

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

2. det anbud som har lägst pris.

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

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

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

Onormalt låga anbud

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

Dokumentation, underrättelse och förvaring av handlingar m.m.

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

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

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

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

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

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

Meddelande till kommissionen om resultatet av en upphandling av tjänster enligt klass 2

26 § Om ett kontrakt som avser tjänster enligt bilaga 2 (tjänster enligt klass 2) uppgår till minst tillämpligt tröskelvärde i 3 kap., ska den upphandlande myndigheten eller enheten senast inom 48 dagar efter det att kontraktet tilldelats meddela Europeiska kommissionen om det.

16 kap. Överprövning, skadestånd m.m.

Ansökan om överprövning

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

Behörig domstol

2 § En ansökan om överprövning ska göras hos Förvaltningsrätten i Stockholm.

Prövningstillstånd krävs vid överklagande till kammarrätten.

Förbud mot överklagande

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

Intermistiskt beslut

4 § Rätten får besluta att avtal inte får ingås eller att avtal inte får fullgöras innan något annat har beslutats.

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

Rätten får även besluta interimistiskt enligt 9 §.

Överprövning av upphandling

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

Avtalsspärr

6 § Om den upphandlande myndigheten eller enheten är skyldig att skicka en underrättelse om tilldelningsbeslut enligt 10 kap. 9 § första stycket eller 15 kap. 24 § får avtal inte ingås (avtalsspärr) förrän tio dagar har gått från det att den upphandlande myndigheten eller enheten skickat en sådan underrättelse med ett elektroniskt medel.

Om underrättelsen har skickats på annat sätt, eller med ett elektroniskt medel i kombination med ett annat kommunikationsmedel, får avtal inte ingås förrän 15 dagar har gått.

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

Undantag från avtalsspärr

7 § Avtalsspärr enligt 6 § gäller inte

1. vid tilldelning av kontrakt efter upphandling utan föregående annonsering med stöd av 4 kap. 4–8 §§,

2. vid tilldelning av kontrakt på grund av ramavtal enligt 5 kap. 7 §, eller
3. vid direktupphandling enligt 15 kap. 3 § andra stycket.

Avtalsspärr vid förhandsinsyn

8 § Vid förhandsinsyn enligt 8 kap. 4 § eller 15 kap. 7 § får avtal inte ingås förrän tio dagar har gått från det att annonsen om förhandsinsyn publicerats.

Förlängd avtalsspärr

9 § Vid en ansökan om överprövning av en upphandling enligt 5 § fortsätter avtalsspärr enligt 6 eller 8 §§ att gälla under handläggningen i förvaltningsrätten (förlängd avtalsspärr).

Rätten får besluta att någon förlängd avtalsspärr inte ska gälla.

Tiodagarsfrist

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

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

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

Rätten får besluta att någon tiodagarsfrist inte ska gälla.

Tidsfrister för ansökan om överprövning av upphandling

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

12 § En ansökan om överprövning av ett beslut att avbryta en upphandling ska ha kommit in till förvaltningsrätten innan tio dagar har gått från det att den upphandlande myndigheten eller enheten har skickat en underrättelse om beslutet enligt 10 kap. 9 § andra stycket eller 15 kap. 24 § med ett elektroniskt medel.

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

När prövning av en upphandling inte längre får ske

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

Justering av avtal

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

Överprövning av avtals giltighet

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

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

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

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

När ett avtal inte får ogiltigförklaras

16 § Om det finns tvingande hänsyn till ett allmänintresse ska rätten besluta att avtalet får bestå trots att förutsättningarna för ogiltighet enligt 15 § är uppfyllda. Ett sådant allmänintresse kan vara att ett ogiltigförklarande av ett kontrakt i hög grad äventyrar existensen för ett bredare försvars- eller säkerhetsprogram som är av avgörande betydelse för rikets säkerhetsintressen.

17 § Bestämmelsen om ogiltighet i 15 § ska inte tillämpas

1. på avtal som har slutits av en upphandlande myndighet eller enhet med stöd av ramavtal enligt 5 kap. 7 §, om den upphandlande myndigheten eller enheten skickat en underrättelse om tilldelningsbeslutet enligt 10 kap. 9 § första stycket, samt iakttagit en avtalsspärr enligt 6 §, eller

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

Tidsfrister för ansökan om överprövning av avtals giltighet

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

1. innan 30 dagar har gått från publiceringen av en efterannons enligt 8 kap. 3 § eller 15 kap. 26 § som innehåller en motivering till att upphandlingen inte har annonserats,

2. innan 30 dagar har gått från det att den upphandlande myndigheten eller enheten skriftligen har underrättat anbudssökandena och anbudsgivarna om att avtalet har slutits samt har lämnat sådana upplysningar om tilldelningsbeslutet som avses i 10 kap. 9 § första stycket eller 15 kap. 24 §, eller

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

Beräkning av avtalsspärrens längd och tidsfrister för ansökan om överprövning

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

Skadestånd

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

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

22 § Talan om skadestånd enligt 20 eller 21 §§ ska väckas hos Stockholms tingsrätt inom ett år från den tidpunkt då avtal har slutits mellan upphandlande myndighet eller enhet och leverantör eller har förklarats ogiltigt enligt 15 §. Väcks inte talan i tid, är rätten till skadestånd förlorad.

17 kap. Marknadsskadeavgift och tillsyn

Marknadsskadeavgift

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

Tillsynsmyndigheten får ansöka om att en upphandlande myndighet eller enhet påförs marknadsskadeavgift i de fall som avses i 2 § 3.

2 § En upphandlande myndighet eller enhet ska påföras marknadsskadeavgift om

1. allmän förvaltningsdomstol i ett avgörande som har vunnit laga kraft fastställt att ett avtal får bestå, trots att lagstadgad avtalsspärr inte iakttagits,

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

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

Marknadsskadeavgiftens storlek

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

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

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

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

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

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

Tidsfrister för ansökan om marknadsskadeavgift vid otillåten direktupphandling

6 § När ansökan om att påföra marknadsskadeavgift grundas på 2 § 3 och en eller flera leverantörer har ansökt om överprövning av avtals giltighet inom i 16 kap. 18 § föreskrivna tidsfrister, ska ansökan ha kommit in till förvaltningsrätten först då fristen har

löpt ut och samtliga beslut med anledning av överprövningen har vunnit laga kraft. Ansökan ska dock senast ha kommit in inom sex månader från den tidpunkt då samtliga beslut har vunnit laga kraft.

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

Betalning av marknadsskadeavgift m.m

7 § Marknadsskadeavgiften tillfaller staten.

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

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

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

Tillsyn

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

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

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

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

Behörig domstol

14 § En ansökan om påförande av marknadsskadeavgift ska göras hos Förvaltningsrätten i Stockholm.

Tillsynsmyndighetens föreläggande enligt 13 § får överklagas till Förvaltningsrätten i Stockholm. När ett sådant föreläggande överklagas är tillsynsmyndigheten motpart hos allmän förvaltningsdomstol.

Prövningstillstånd krävs vid överklagande till kammarrätten.

-
1. Denna lag träder i kraft den 1 juli 2011.
 2. Äldre bestämmelser ska tillämpas på upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet.

Bilaga 1. Förteckning över tjänstekontrakt (tjänster enligt klass 1)

Kategori nummer	Ämne	CPV-referensnummer
1	Underhålls- och reparations-tjänster	50000000–5, från 50100000–6 till 50884000–5 (utom 50310000–1 till 50324200–4 och 50116510–9, 50190000–3, 50229000–6, 50243000–0) och från 51000000–9 till 51900000–1
2	Tjänster för militärt bistånd till utlandet	75211300–1
3	Försvarstjänster, militära försvarstjänster och civila försvarstjänster	75220000–4, 75221000–1, 75222000–8
4	Undersöknings- och säkerhetstjänster	Från 79700000–1 till 79720000–7
5	Landtransport	60000000–8, från 60100000–9 till 60183000–4 (utom 60160000–7, 60161000–4), och från 64120000–3 till 64121200–2
6	Lufttransporttjänster: transporter av passagerare och gods, med undantag av posttransporter	60400000–2, från 60410000–5 till 60424120–3 (utom 60411000–2, 60421000–5), från 60440000–4 till 60445000–9 och 60500000–3
7	Postbefordran på land och i luften	60160000–7, 60161000–4, 60411000–2, 60421000–5
8	Järnvägstransporttjänster	Från 60200000–0 till 60220000–6
9	Sjötransporttjänster	Från 60600000–4 till 60653000–0, och från 63727000–1 till 63727200–3
10	Hjälp-tjänster och tjänster i anslutning till transporter	Från 63100000–0 to 63111000–0, från 63120000–6 till 63121100–4, 63122000–0, 63512000–1 och från 63520000–0 till 63700000–6
11	Telekommunikationstjänster	Från 64200000–8 till 64228200–2, 72318000–7, och från 72700000–7 till 72720000–3
12	Finansiella tjänster: Försäkrings-tjänster	Från 66500000–5 till 66720000–3
13	Databehandlingstjänster och därmed sammanhängande tjänster	Från 50310000–1 till 50324200–4, från 72000000–5 till 72920000–5 (utom 72318000–7 och från 72700000–7 till 72720000–3),

Kategori nummer	Ämne	CPV-referensnummer
		79342410-4, 9342410-4
14	Forsknings- och utvecklings-tjänster ¹² och utvärderingsprov	Från 73000000-2 till 73436000-7
15	Redovisnings-, revisions- och bokföringstjänster	Från 79210000-9 till 79212500-8
16	Organisationskonsulttjänster ¹³ och därmed sammanhängande tjänster	Från 73200000-4 till 73220000-0, från 79400000-8 till 79421200-3 och 79342000-3, 79342100-4, 79342300-6, 79342320-2, 79342321-9, 79910000-6, 79991000-7, 98362000-8
17	Arkitekttjänster, tekniska konsulttjänster och integrerade tekniska tjänster, stadsplanering och landskapsarkitektur, därmed sammanhängande vetenskapliga och tekniska konsulttjänster, teknisk provning och analys	Från 71000000-8 till 71900000-7 (utom 71550000-8) och 79994000-8
18	Fastighetsstädning och fastighetsförvaltning	Från 70300000-4 till 70340000-6, och från 90900000-6 till 90924000-0
19	Avlopps- och renhållningstjänster: saneringstjänster och liknande tjänster	Från 90400000-1 till 90743200-9 (utom 90712200-3), från 90910000-9 till 90920000-2 och 50190000-3, 50229000-6, 50243000-0
20	Utbildnings- och simulerings-tjänster på försvars- och säkerhetsområdet	80330000-6, 80600000-0, 80610000-3, 80620000-6, 80630000-9, 80640000-2, 80650000-5, 80660000-8

¹² Med undantag av de forsknings- och utvecklingstjänster som avses i 1 kap. 8 § första stycket 10.

¹³ Med undantag av medlings- och förlikningstjänster.

Bilaga 2. Förteckning över tjänstekontrakt (tjänster enligt klass 2)

Kategori nummer	Ämne	CPV-referensnummer
21	Hotell- och restaurang-tjänster	Från 55100000–1 till 55524000–9 och från 98340000–8 till 98341100–6
22	Hjälp-tjänster och tjänster i anslutning till transporter	Från 63000000–9 to 63734000–3 (utom 63711200–8, 63712700–0, 63712710–3), från 63727000–1 till 63727200–3) och 98361000–1
23	Juridiska tjänster	Från 79100000–5 till 79140000–7
24	Rekrytering och urval av personal ¹⁴	Från 79600000–0 till 79635000–4 (utom 79611000–0, 79632000–3, 79633000–0), och från 98500000–8 till 98514000–9
25	Hälsovård och socialtjänster	79611000–0 och från 85000000–9 till 85323000–9 (utom 85321000–5 och 85322000–2)
26	Övriga tjänster	

¹⁴ Med undantag av anställningskontrakt.

Bilaga 3. Definition av vissa tekniska specifikationer

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

1. a) *tekniska specifikationer*: i fråga om byggentreprenadkontrakt, samtliga tekniska föreskrifter, vilka bland annat ska upptas i de allmänna specifikationerna, med angivande av de egenskaper som krävs av ett material, en produkt eller en vara för att materialet, produkten eller varan ska kunna beskrivas på ett sådant sätt att detta lämpar sig för den upphandlande myndighetens eller enhetens planerade användning. Dessa egenskaper ska omfatta nivå på miljöprestanda, projektering för alla användningsområden (inklusive tillgänglighet för personer med funktionshinder) och bedömning av överensstämmelse, prestanda, säkerhet och mått, samt förfarandena vid bedömning av kvalitetssäkring, terminologi, symboler, provning och provningsmetoder, förpackning och märkning samt produktionsprocesser och -metoder. De ska även innefatta bestämmelser om projektering och kostnad, provnings- och kontrollregler, villkoren för att entreprenaden ska antas, tekniken eller metoderna för byggnadsverksamheten samt samtliga övriga tekniska villkor som den upphandlande myndigheten eller enheten i enlighet med allmänna eller särskilda förordningar har möjlighet att föreskriva i fråga om den fullbordade entreprenaden samt om ingående material eller delar.
- b) *teknisk specifikation*: i fråga om tjänste- eller varukontrakt, en specifikation i ett dokument med angivande av kraven på en produkts eller en tjänsts egenskaper, som kvalitetsnivåer, nivå på miljöprestanda, projektering för alla användningsområden (inklusive tillgänglighet för personer med funktionshinder) och bedömning av överensstämmelse, prestanda, produktens användningsområde, säkerhet eller mått, samt krav på produkten angående den beteckning under vilken den saluförs, terminologi, symboler, provning och provningsmetoder, förpackning, märkning, bruksanvisningar, produktionsprocesser och -metoder samt förfaranden vid bedömning av överensstämmelse.
2. *standard*: en teknisk specifikation som har fastställts av ett erkänt standardiseringsorgan för upprepad eller fortlöpande

tillämpning, med vilken överensstämmelse inte är obligatorisk och som tillhör någon av följande typer av standarder:

- Internationell standard: en standard som antagits av ett internationellt standardiseringsorgan och gjorts tillgänglig för allmänheten.
 - Europeisk standard: en standard som antagits av ett europeiskt standardiseringsorgan och gjorts tillgänglig för allmänheten.
 - Nationell standard: en standard som antagits av ett nationellt standardiseringsorgan och gjorts tillgänglig för allmänheten.
3. *försvarsstandard*: En teknisk specifikation som inte är tvingande och som godkänts av ett erkänt standardiseringsorgan på internationell, regional eller nationell nivå, specialiserad på utarbetandet av tekniska specifikationer för upprepad eller kontinuerlig tillämpning på försvarsområdet.
 4. *europeiskt tekniskt godkännande*: en positiv teknisk bedömning av en produkts lämplighet för att användas för ett bestämt ändamål, grundad på att de grundläggande kraven på bygg-entreprenaden är uppfyllda genom produktens konstitutiva egenskaper tillsammans med de villkor som fastställts för användningen och utnyttjandet. Ett europeiskt tekniskt godkännande ska utfärdas av ett organ för godkännande som för detta ändamål utsetts av medlemsstaten.
 5. *gemensam teknisk specifikation*: en teknisk specifikation som har utarbetats i enlighet med ett förfarande som erkänts av medlemsstaterna och som har offentliggjorts i *Europeiska unionens officiella tidning*.
 6. *teknisk referens*: en produkt, med undantag för officiella standarder, som framställs av ett europeiskt standardiseringsorgan i enlighet med förfaranden som anpassats till utvecklingen av marknadens behov.

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

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

Nuvarande lydelse

Föreslagen lydelse

18 §¹⁵

En förvaltningsrätt är domför med en lagfaren domaren ensam

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

4. vid annat beslut som inte innefattar slutligt avgörande av mål.

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

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

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

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

3. mål om omedelbart omhändertagande enligt 6 § lagen (1990:52) med särskilda bestämmelser om vård av unga, mål om

¹⁵ Senaste lydelse 2009:773.

vård i enskildhet enligt 15 b § samma lag, mål om avskildhet enligt 15 c § samma lag, mål om tillfälligt flyttningsförbud enligt 27 § samma lag, mål om omedelbart omhändertagande enligt 13 § lagen (1988:870) om vård av missbrukare i vissa fall, mål om vård i enskildhet eller avskildhet enligt 34 § samma lag, mål om vård i enskildhet enligt 14 § lagen (1998:603) om verkställighet av sluten ungdomsvård, mål om avskildhet enligt 17 § samma lag, mål om tillfällig isolering enligt 5 kap. 3 § smittskyddslagen (2004:168), mål enligt 12 § första stycket och 33 § lagen (1991:1128) om psykiatrisk tvångsvård, mål enligt 18 § första stycket 3–5 och 9 såvitt avser de fall då vården inte har förenats med särskild utskrivningsprövning eller 6 lagen (1991:1129) om rättspsykiatrisk vård, mål om förvar och uppsikt enligt utlänningslagen (2005:716), mål enligt lagen (1974:202) om beräkning av strafftid m.m., mål enligt lagen (1974:203) om kriminalvård i anstalt samt mål enligt lagen (1963:193) om samarbete med Danmark, Finland, Island och Norge angående verkställighet av straff m.m.,

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

5. mål enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling <i>eller</i> lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster,	5. mål enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster <i>eller</i> lagen (2000:00) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,
--	--

6. mål som avser en fråga av betydelse för inkomstbeskattningen, dock endast om värdet av vad som yrkas i målet uppenbart inte överstiger hälften av prisbasbeloppet enligt lagen (1962:381) om allmän försäkring,

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

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

Denna lag träder i kraft den 1 juli 2011.

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

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

Nuvarande lydelse

Har förhandling enligt 38 § ägt rum och förklarar den centrala arbetstagarorganisationen eller, om sådan inte finns, den arbetstagarorganisation som har slutit kollektivavtalet, att den av arbetsgivaren tilltänkta åtgärden kan antas medföra att lag eller kollektivavtal för arbetet åsidosätts eller att åtgärden annars strider mot vad som är allmänt godtaget inom parternas avtalsområde, får åtgärden inte beslutas eller verkställas av arbetsgivaren. Vid upphandling enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling *eller* lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får en sådan förklaring göras endast om den grundar sig på omständigheter som sägs i 10 kap. 2 § samt 15 kap. 13 § lagen om offentlig upphandling *eller* 10 kap. 2 och 3 §§ samt 15 kap. 13 § lagen om upp-

Föreslagen lydelse

39 §¹⁶

Har förhandling enligt 38 § ägt rum och förklarar den centrala arbetstagarorganisationen eller, om sådan inte finns, den arbetstagarorganisation som har slutit kollektivavtalet, att den av arbetsgivaren tilltänkta åtgärden kan antas medföra att lag eller kollektivavtal för arbetet åsidosätts eller att åtgärden annars strider mot vad som är allmänt godtaget inom parternas avtalsområde, får åtgärden inte beslutas eller verkställas av arbetsgivaren. Vid upphandling enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling *eller* lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster *eller* lagen (2000:00) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet får en sådan förklaring göras endast om den grundar sig på omständigheter som sägs i 10 kap. 2 § samt 15 kap. 13 § lagen om offentlig upphandling,

¹⁶ Senaste lydelse 2007:1095.

handling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster.

10 kap. 2 och 3 §§ samt 15 kap. 13 § lagen om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster *eller 11 kap. 2 § samt 15 kap. 15 § lagen (0000:00) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.*

40 §¹⁷

Förbud enligt 39 § inträder inte, om arbetstagarorganisationen saknar fog för sin ståndpunkt. Förbud inträder inte heller, om arbetstagarorganisationen vid offentlig upphandling har grundat sin förklaring på andra omständigheter än som sägs i 10 kap. 2 § samt 15 kap. 13 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling *eller* 10 kap. 2 och 3 §§ samt 15 kap. 13 § lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster.

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

Förbud enligt 39 § inträder inte, om arbetstagarorganisationen saknar fog för sin ståndpunkt. Förbud inträder inte heller, om arbetstagarorganisationen vid offentlig upphandling har grundat sin förklaring på andra omständigheter än som sägs i 10 kap. 2 § samt 15 kap. 13 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, 10 kap. 2 och 3 §§ samt 15 kap. 13 § lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster *eller 11 kap. 2 § samt 15 kap. 15 § lagen (0000:00) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.*

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

Denna lag träder i kraft den 1 juli 2011.

¹⁷ Senaste lydelse 2007:1095.

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

Härigenom föreskrivs¹⁸ i fråga om lagen (2007:1091) om offentlig upphandling

dels att 15 kap. 22 § ska upphöra att gälla,

dels att rubriken närmast före 15 kap. 22 § ska utgå,

dels att 1 kap. 2 §, 15 kap. 19 § och 16 kap. 1 § ska ha följande lydelse,

dels att det i lagen ska införas en ny paragraf, 1 kap. 3 a §, och närmast före paragrafen en ny rubrik av följande lydelse.

Nuvarande lydelse

Föreslagen lydelse

1 kap.

2 §

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

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

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

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

3. görs på försvarsområdet och som avser varor eller tjänster som omfattas av artikel 296 i EG-fördraget, eller

4. omfattas av sekretess eller

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

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

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

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

andra särskilda begränsningar med hänsyn till rikets säkerhet.

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

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

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

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

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

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

Upphandling på försvars- och säkerhetsområdet

3 a §

Denna lag gäller inte för upphandling som

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

2. är undantagen enligt 1 kap. 7 eller 8 §§ i den lagen.

15 kap.

19 §

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

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

avses i 9 kap. 10 §.

Vid direktupphandling och vid tilldelning av kontrakt som avses i 1 kap. 2 § andra stycket 3 och 4 skall den upphandlande myndigheten, när beslut om leverantör och anbud fattats, underrätta anbudsgivarna om beslutet snarast möjligt.

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

avses i 9 kap. 10 §.

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

16 kap.

1 §

En leverantör som anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada enligt 2 § får i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärder enligt den paragrafen.

Vid direktupphandling får en ansökan enligt första stycket inte prövas efter den tidpunkt då det finns ett avtal om upphandlingen.

Vid tillämpning av ett annat förfarande än som avses i andra stycket får en ansökan inte prövas efter den tidpunkt då det finns ett kontrakt. Den får dock prövas till dess att tio dagar gått från det att

1. den upphandlande myndigheten lämnat underrättelse enligt 9 kap. 9 § till anbudssökandena eller anbudsgivarna, eller

2. rätten, om den har fattat ett interimistiskt beslut, upphävt det beslutet.

Det som sägs i tredje stycket andra meningen gäller inte vid tilldelning av kontrakt som

1. avses i 1 kap. 2 § andra stycket 3 eller 4 om det har gjorts ett undantag från bestämmelsen med stöd av 15 kap. 22 §, eller

2. det är absolut nödvändigt att genomföra upphandlingen med sådan synnerlig brådska som är orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses av den upphandlande myndig-

Det som sägs i tredje stycket andra meningen gäller inte vid tilldelning av kontrakt som det är absolut nödvändigt att genomföra upphandlingen med sådan synnerlig brådska som är orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses av den upphandlande myndigheten och inte heller kan hänföras till denna.

heten och inte heller kan hän-
föras till denna.

Denna lag träder i kraft den 1 juli 2011.

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

Härigenom föreskrivs¹⁹ i fråga om lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster

*dels att 15 kap. 22 § ska upphöra att gälla,
dels att rubriken närmast före 15 kap. 22 § ska utgå,
dels att 1 kap. 2 §, 15 kap. 19 § och 16 kap. 1 § ska ha följande lydelse,
dels att det i lagen ska införas en ny paragraf, 1 kap. 3 a §.*

Nuvarande lydelse

Föreslagen lydelse

1 kap.

2 §

Denna lag gäller för upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster för verksamhet inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster enligt 4–10 §§. Lagen gäller också då en upphandlande enhet anordnar projekttävlingar. Vad som avses med upphandling och upphandlande enhet framgår av 2 kap. 23 § respektive 20 §.

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

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

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

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

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

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

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

¹⁹ Jfr Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/81/EG av den 13 juli 2009 om samordning av förfarandena vid tilldelning av vissa kontrakt för byggtreprenader, varor och tjänster av upphandlande myndigheter eller enheter på försvars- och säkerhetsområdet och om ändring av direktiven 2004/17/EG och 2004/18/EG (EUT L 216, 20.8.2009, Celex 32009L0081).

I fråga om upphandlingar som avser tjänster som anges i bilaga 2 (A-tjänster) tillämpas inte 13 kap.

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

I fråga om upphandlingar som avser tjänster som anges i bilaga 2 (A-tjänster) tillämpas inte 13 kap.

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

3 a §

Denna lag gäller inte för upphandling som

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

2. är undantagen enligt 1 kap. 7 eller 8 §§ i den lagen.

15 kap.

19 §

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

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

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

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

snarast möjligt.

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

16 kap.

1 §

En leverantör som anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada enligt 2 § får i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärder enligt den paragrafen.

Vid direktupphandling får en ansökan enligt första stycket inte prövas efter den tidpunkt då det finns ett avtal om upphandlingen.

Vid tillämpning av ett annat förfarande än som avses i andra stycket får en ansökan inte prövas efter den tidpunkt då det finns ett kontrakt. Den får dock prövas till dess att tio dagar gått från det att

1. den upphandlande enheten lämnat underrättelse enligt 9 kap. 9 § till anbudssökandena eller anbudsgivarna, eller

2. rätten, om den har fattat ett interimistiskt beslut, upphävt det beslutet.

Det som sägs i tredje stycket andra meningen gäller inte vid tilldelning av kontrakt som

1. *avses i 1 kap. 2 § andra stycket 3, om det har gjorts ett undantag från bestämmelsen med stöd av 15 kap. 22 §, eller*

2. det är absolut nödvändigt att genomföra upphandlingen med sådan synnerlig brådska som är orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses av den upphandlande enheten och inte heller kan hänföras till denna.

Det som sägs i tredje stycket andra meningen gäller inte vid tilldelning av kontrakt som det är absolut nödvändigt att genomföra upphandlingen med sådan synnerlig brådska som är orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses av den upphandlande enheten och inte heller kan hänföras till denna.

Denna lag träder i kraft den 1 juli 2011.

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

Härigenom föreskrivs att 31 kap. 3 § offentlighets- och sekretesslagen (2009:400) ska ha följande lydelse.

Nuvarande lydelse

Föreslagen lydelse

31 kap.

3 §

Sekretess gäller i affärsverksamhet hos en bank, ett kreditmarknadsföretag eller ett värdepappersbolag som samverkande kommuner eller landsting utövar ett rättsligt bestämmande inflytande över för uppgift om en enskilds ekonomiska eller personliga förhållanden, om det inte står klart att uppgiften kan lämnas ut utan att den enskilde lider skada eller men. I ett ärende enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling *eller* lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster gäller dock sekretess för sådana uppgifter endast om det kan antas att den enskilde lider skada eller men om uppgiften röjs.

För uppgift i en allmän handling gäller sekretessen i högst tjugo år.

Sekretess gäller i affärsverksamhet hos en bank, ett kreditmarknadsföretag eller ett värdepappersbolag som samverkande kommuner eller landsting utövar ett rättsligt bestämmande inflytande över för uppgift om en enskilds ekonomiska eller personliga förhållanden, om det inte står klart att uppgiften kan lämnas ut utan att den enskilde lider skada eller men. I ett ärende enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster *eller lagen (0000:00) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet* gäller dock sekretess för sådana uppgifter endast om det kan antas att den enskilde lider skada eller men om uppgiften röjs.

För uppgift i en allmän handling gäller sekretessen i högst tjugo år.

Denna lag träder i kraft den 1 juli 2011.

1 Utredningens uppdrag och arbete m.m.

1.1 Uppdraget

Utredningen har fått i uppdrag att föreslå hur Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/81/EG av den 13 juli 2009 om samordning av förfarandena vid tilldelning av vissa kontrakt för bygg-entreprenader, varor och tjänster av upphandlande myndigheter och enheter på försvars- och säkerhetsområdet och om ändring av direktiven 2004/17/EG och 2004/18/EG ska genomföras i svensk rätt. Utredningen ska lämna förslag till en ny lag om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet och övriga åtgärder som direktivet kan ge anledning till. Den föreslagna lagen ska även innehålla bestämmelser som reglerar upphandling på försvars- och säkerhetsområdet som inte omfattas av direktivet, dvs. bestämmelser motsvarande dem i 15 kap. lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) och lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF). Utredningen ska redovisa uppdraget senast den 1 februari 2010. Genom tilläggsdirektiv har beslutats att uppdraget ska redovisas senast den 1 mars 2010.

Regeringens direktiv (dir. 2009:37) återges i sin helhet i *bilaga 1*.

1.2 Utredningens arbete

Utredningen höll sitt första sammanträde den 14 augusti 2009. Därefter har ytterligare sex sammanträden hållits, varav ett i internatform. Arbetet har bedrivits i nära samarbete med sakkunniga och experter, både vid de sammanträden som hållits och vid kontakter däremellan.

Utredningens ordförande och sekreterare har deltagit i det första i en serie seminarier om direktivet som anordnas av Europeiska kommissionen, representerat av The Internal Market and Services Directorate General (DG MARKT). Vid seminariet behandlades tillämpningsområdet och vissa undantag från tillämpningsområdet (artiklarna 2, 11, 12, 13.c, 13.d och 13.f). Under våren kommer ytterligare seminarier hållas, vilka utredningen dock inte har någon möjlighet att delta i på grund av slutdatum för redovisning.

Sakkunnige Rickard Falkendal, experten Lars Ajaxon och sekreteraren har deltagit i ett seminarium om försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet som anordnades av the White Paper Conference Compagny Ltd.

Utredningen har hållit sig informerad om arbetet med att genomföra Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/43/EG av den 6 maj 2009 om förenkling av villkoren för överföring av försvarsrelaterade produkter inom gemenskapen samt Europaparlamentets och rådets direktiv 2007/66/EG av den 11 december 2007 om ändring av rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG vad gäller effektivare förfaranden för prövning av offentlig upphandling (rättsmedelsdirektivet) i svensk rätt.

1.3 Några allmänna utgångspunkter

I betänkandet behandlas främst de delar av direktivet som inte har någon motsvarighet i LOU, LUF eller i rättsmedelsdirektivet. Direktivets bestämmelser i dessa delar avser informationssäkerhet, försörjningstrygghet, underentreprenad och vissa bestämmelser om rättsmedel.

De delar av direktivet som är desamma som återfinns i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster (det klassiska direktivet) och i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (det försörjningsdirektivet), men som ännu inte genomförts i svensk rätt, behandlas summariskt. Dessa delar avser konkurrenspräglad dialog, elektronisk auktion och inköpscentral. För mer information

i dessa delar hänvisas till lagrådsremissen, *Nya rättsmedel m.m. på upphandlingsområdet*.

Utgångspunkten för utredningen har varit att i så stor utsträckning som möjligt följa den uppbyggnad och terminologi som finns i LOU och LUF. Om en artikel i direktivet varit identisk, eller utan väsentlig skillnad, som motsvarande artikel i det klassiska direktivet eller i försörjningsdirektivet har den föreslagna paragrafen utformats på samma sätt som i LOU eller LUF. Detta gäller även för de ändringar i LOU och LUF som föreslås i lagrådsremissen. Genom att i största möjliga utsträckning följa såväl den systematik som den utformning av författningstexterna som finns i LOU respektive LUF bör en del onödiga tolkningsproblem kunna undvikas. I några enstaka fall har dock utredningen ansett att det har varit nödvändigt med en utformning av den föreslagna författningstexten som avviker från formuleringarna i LOU respektive LUF.

2 Bakgrund

2.1 Den internationella marknadens egenskaper och miljö

Sedan början av 1990-talet har Europa en ny politisk karta. Detta har med nödvändighet medfört förändrade svenska internationella ställningstaganden. Under det kalla kriget var målet att ha en inhemsk, av omvärlden oberoende försvarsindustri som konstruerade och utvecklade utpräglat svenska lösningar. Detta ter sig enligt dagens säkerhets- och försvarspolitiska bedömningar inte längre vara sig möjligt eller önskvärt med hänsyn till Sveriges samlade intressen. Det ligger i dag i Sveriges säkerhetspolitiska intresse att, med utgångspunkt i den militära alliansfriheten, samverka med likasinnade länder, såväl inom som utanför EU, om gemensam säkerhetsfrämjande verksamhet och krishantering. Sådan samverkan sker med såväl civila som militära medel. De nya säkerhets- och försvarspolitiska realiteterna innebär även behov av samverkan på materielförsörjningsområdet. Önskan att vara självförsörjande när det gäller materiel till det svenska försvaret har i dag ersatts av det växande behovet av samarbete med likasinnade stater och grannar. Det ligger nu i Sveriges säkerhetspolitiska intresse att värna om ett långsiktigt och kontinuerligt samarbete med traditionella samarbetsländer.

Samarbeten inom multilaterala ramverk ger utdelning avseende resursutnyttjande ur ett europeiskt perspektiv och för en mer harmoniserad och förbättrad europeisk och transatlantisk samverkansförmåga. Europeiska försvarsbyrån (EDA) och samarbetet mellan Nato/Partnerskap för fred (PFF) utgör härvid grundbultar tillsammans med samarbetet mellan Framework Agreement (FA)/Letter of intent (LoI) och det nordiska samarbetet (se nedan).

Under senare år har det internationella materielsamarbetet i stor utsträckning inriktats mot tidiga faser av materielförsörjningen, såsom produktdefinitioner och utveckling av gemensam materiel, då möjligheterna att etablera samarbete har bedömts som mest gynnsamma i dessa faser. Detta för att uppnå kostnads-, risk- och vinstdelning, förbättra interoperabilitet för internationella insatser, för att kunna bidra med framstående teknik som är eftertraktad i internationellt samarbete, samt för att få tillgång till kunskap och teknik som Sverige annars inte hade fått tillgång till.

Den internationella utvecklingen av försvarsmateriel och utrustning för samhällets skydd och säkerhet domineras av ett begränsat antal stater och större företag. Teknologisk konkurrens och ökande kostnader för forskning och utveckling inspirerar i viss utsträckning till strukturering av forskningsresurser och industri samt till samarbeten mellan nationalstater; mest uttalat i Europa. Definition och framtagning av system styrs främst av de suveräna staternas säkerhetspolitik, försvarsbehov men agerandet på den internationella marknaden drivs av strävan efter utvecklingsfinansiering och vinster men även av önskan om politiska relationer. Ett betydande antal stater, organisationer och handelsregelverk påverkar den totala marknaden utanför den lagstiftning som behandlas i detta lagförslag. Den nationella aktör, i världen, som har teknologisk ledning och gör de ojämförligt största satsningarna på forskning och utveckling är USA, som är större än Europa tillsammans. Inom Europa står Storbritannien, Frankrike, Tyskland och Italien, i nämnd ordning, främst. Dessa länder har också betydande inbördes industriella knytningar. Den ledande systemintegrerande industriverksamheten är också, liksom i många mindre länder, i betydande utsträckning statskontrollerad och en säkerhets- och industripolitisk markör.

Inom försvarsområdet deltar Sverige i ett antal samarbeten bl.a. följande:

- The Letter of Intent (LoI)/Ramavtalet, slutet år 2000. Detta är en avsiktsförklaring mellan de sex försvarsteknologiskt mest framträdande medlemsstaterna, dvs. de ovan nämnda samt Spanien och Sverige, om samverkan för att analysera behov av militär förmåga, harmonisera systemkrav samt standardisera vissa marknadsvillkor för att underlätta bi- eller multilaterala projekt.

- Den europeiska försvarsbyrån (European Defence Agency, EDA), etablerad år 2004. Sverige är medlem i och deltar i olika samarbetsprojekt som bedrivs inom EDA. EDA är en medlemsstatsstyrd myndighet under rådet där 26 av 27 medlemsstater deltar. Danmark är inte medlem medan Norge är s.k. associerad medlem. Inom EDA ryms verksamhet som relaterar till förmågeutveckling, försvarsforskning, materiel samt industri och marknad. Verksamheten bedrivs på såväl policy som på projektnivå. EDA bildades för att samordna gemensamma behov, underlätta samarbeten samt genomföra vissa gemensamma anskaffningar.
- Gemensamma organisationen för samarbete om försvarsmateriel (OCCAR), bildad år 1996. Detta är en organisation för genomförande och leverans av samarbetsprojekt. Storbritannien, Frankrike, Tyskland och Italien är medlemmar. Sverige och fem andra länder deltar på projektbasis utan att vara medlemmar.
- Nordic Defence Cooperation (NORDEFCO), slutet år 2009. Detta är ett gemensamt nordiskt samförståndsavtal om bl.a. samarbete för ländernas försörjning av försvarsmateriel.
- North Atlantic Treaty Organization (NATO), bildat år 1949. Organisationen samordnar på uppdrag, genom ett antal upphandlingsbyråer, anskaffningar för medlemsstaternas räkning. Leverantörer från icke medlemsstater, som Sverige, har begränsad möjlighet att delta i sådana upphandlingar.
- Förenta Nationerna (FN), bildat år 1945. FN genomför vissa anskaffningar som berör marknaden för försvar och säkerhet.

De europeiska länderna har alltmer gemensamma ståndpunkter och bindande regler om export av krigsmateriel samt arbetar för att FN ska utarbeta ett globalt juridiskt bindande fördrag om kontroll av vapenhandel.

Utanför USA och Europa finns ett antal länder med omfattande tillverkning av försvarsmateriel. De största är de så kallade BRIK-länderna, dvs. Brasilien, Ryssland, Indien och Kina. Betydande tillverkning finns även i Ukraina och Nordkorea.

Samarbeten inom multilaterala ramverk ger utdelning avseende resursutnyttjande ur ett europeiskt perspektiv och för en mer harmoniserad och förbättrad europeisk och transatlantisk samverkansförmåga. EDA och Nato/PFF-samarbetet utgör härvid

grundbultar tillsammans med FA/LoI-samarbetet och det nordiska samarbetet.

2.2 Sveriges bilaterala materielsamarbete

Försvarsdepartementet är i dag ansvarigt departement i Regeringskansliet för Sveriges bilaterala försvarsmaterielrelaterade samarbeten inom ramen för tecknade samförståndsavtal på regeringsnivå, s.k. Memorandum of Understanding (MoU), dvs. MoU-kommissionsarbetet. Försvarsdepartementet ansvarar för och genomför i dag bilateralt försvarsmaterielsamarbete med ett knappt 30-tal länder världen över, främst europeiska länder men även många länder utanför Europa.

Syftet med det bilaterala försvarsmaterielsamarbetet är att vidmakthålla och utveckla erforderliga förmågor och kompetenser samt att finna kostnadseffektiva sätt att genomföra svensk materielförsörjning. Dessutom nyttjas MoU-samarbetet i vissa fall för att främja svenska exportansträngningar, där det är till nytta för Försvarsmakten, även om detta inte är det formella syfte med ingångna avtal. Omfattningen av de MoU-avtal som har undertecknats på regeringsnivå varierar men omfattar främst informations- och erfarenhetsutbyte på försvars- och försvarsmaterielområdet, gemensam anskaffning och utveckling av system, kunskaps- och teknologiöverföring, forsknings- och teknikutvecklingssamarbete, samövningar och utbildningsfrågor. Det bilaterala försvarsmaterielsamarbetet medför minskade kostnader avseende utveckling och anskaffning, underlättar en internationell kravanpassning, ger delade kunskaper samt utvecklar goda, ömsesidiga beroenden.

Det bilaterala försvarsmaterielsamarbetet kanaliseras via Försvarsdepartementets s.k. MoU-verksamhet. De svenska delegationerna utgörs av representanter från Försvarsdepartementet, som i dag är ordförande i delegationerna, Försvarsmakten, Försvarets materielverk och Totalförsvarets forskningsinstitut. Utrikesdepartementet och Inspektionen för strategiska produkter erbjuds att delta vid behov. Kommissionerna möts vanligtvis en gång per år, växelvis i Sverige och i det andra landet. Inför varje kommissionsmöte genomförs förberedande möten med den svenska delegationens representanter samt vid behov även andra berörda myndighetsföreträdare och försvarsindustrirepresentanter.

2.3 Försvars- och säkerhetsmarknadens särart

Försvarsmaterielmarknaden är en av de mest reglerade och politiskt styrda marknaderna. Länder med egen industriell förmåga styr med få undantag utvecklingsmedel och seriebeställningar till den inhemska industrin, något som i hög grad även varit fallet i Sverige. Artikel 346 i EUF-fördraget (se avsnitt 2.5 och 3.2) ger EU:s medlemsstater möjlighet att, givet att de i artikeln beskrivna förutsättningarna är uppfyllda, undanta viss försvarsupphandling för att skydda nationella säkerhetsintressen. Den industriella konsolidering som skett i form av uppköp och fusioner har hittills inte lett till någon påtaglig rationalisering och omstrukturering, mycket på grund av att staterna fortsatt att upphandla nationellt producerade materiel även om ägarstrukturerna internationalsiserats. Som en följd av detta karaktäriseras delar av den europeiska försvarsmaterielmarknaden av överkapacitet, bristande lönsamhet och protektionism. Staterna har genom sitt agerande bidragit till den rådande marknadssituationen, men har å andra sidan även det avgörande inflytandet när det gäller att få till stånd en förändring. Marknadens fortsatta utveckling ligger därmed till stor del i statens/staternas händer både som lagstiftare och som kund. För att en konkurrenskraftig europeisk försvarsindustri ska bibehållas och utvecklas är det av central betydelse att åtgärder vidtas för att skapa likartade marknadsvillkor och en sund konkurrens inom området. Rörelsen mot en öppnare och mera konkurrensutsatt marknad bör i den mån det bedöms möjligt göras gemensamt inom EU.¹

Upphandlingar på försvars- och säkerhetsområdet måste ses mot bakgrund av deras specifika karaktär. Att garantera statens yttre säkerhet bl.a. genom sin nationella försvarsförmåga tillhör en stats absoluta kärnverksamhet. Ett lands försvar är en nationell angelägenhet, vilket bl.a. innebär att EU:s medlemsstater inte har något gemensamt försvar och att försvarsfrågorna inte är av överstatlig karaktär. Samarbetet mellan medlemsstaterna inom det försvars- och säkerhetspolitiska området, t.ex. CSDP (Common Security and Defence Policy) och inom ramen för EDA, har ökat avsevärt de senaste åren. Detta samarbete är dock fortfarande mellanstatligt och innebär inte att medlemsstaterna gjort avkall på sin nationella suveränitet och oavhängighet i förhållande till EU i detta avseende. Samtidigt finns det en europeisk samsyn på att

¹ Se prop. 2008/09:140, s. 92–93.

utmaningarna mot Europa, såväl säkerhetspolitiska som försvars-industriella, endast kan lösas i samverkan.

Frågor om upphandling av försvars- och säkerhetsvaror samt tjänster är således, generellt sett, svåra att hantera på samma sätt som frågor om upphandling av varor och tjänster som inte har anknytning till dessa områden. Ett antal speciella intressen gör sig här gällande, såsom t.ex. leverans- och informationssäkerhets-aspekter. Krav på leveranssäkerhet måste kunna ställas, så att försörjningen av viktiga produkter är säkrad såväl i fred som under höjd beredskap eller andra svåra förhållanden. Sekretessbelagd information behöver kunna hanteras på ett korrekt och säkert sätt och hänsyn måste också kunna tas till förtroendefulla bilaterala relationer i form av förpliktelser i säkerhetsskyddsavtal m.m.

Försvars- och säkerhetsupphandlingarnas särdrag beror således på kopplingen till de enskilda medlemsstaternas säkerhets- och försvarspolitik men den är också en följd av speciella ekonomiska och tekniska faktorer.

Allt detta sammantaget medför att reglerna i det klassiska direktivet, i försörjningsdirektivet och i den svenska upphandlingslagstiftningen många gånger lämpar sig mindre väl för de upphandlingar som genomförs på området. Detta har också medfört ett behov av att, när förutsättningarna för detta är uppfyllda, kunna använda sig av bestämmelsen i artikel 346 i EUF-fördraget.

2.4 Den rättsliga bakgrunden

Med offentlig upphandling avses de åtgärder som vidtas av en upphandlande myndighet för att tilldela ett kontrakt eller ingå ett ramavtal avseende varor, tjänster eller byggentreprenader. I EU-rätten regleras offentlig upphandling genom Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster (det klassiska direktivet) och upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster genom Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (försörjningsdirektivet). Förutom nämnda två direktiv som reglerar själva upphandlingsförfarandet finns det direktiv som bl.a. reglerar förfarandet vid överprövning av upphandlingsbeslut, det senaste på detta område är Europaparlamentets och rådets

direktiv 2007/66/EG av den 11 december 2007 om ändring av rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG vad gäller effektivare förfaranden för prövning av offentlig upphandling (rättsmedelsdirektivet). När det gäller upphandlingar på försvars- och säkerhetsområdet omfattas dessa av ett nytt direktiv, Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/81/EG av den 13 juli 2009 om samordning av förfarandena vid tilldelning av vissa kontrakt för byggtreprenader, varor och tjänster av upphandlande myndigheter och enheter på försvars- och säkerhetsområdet och om ändring av direktiven 2004/17/EG och 2004/18/EG. Direktivet trädde i kraft den 20 augusti 2009 och ska ha införlivats i nationell rätt senast den 21 augusti 2011. Fram till dess tillämpas de tidigare nämnda direktiven också på upphandlingar på försvars- och säkerhetsområdet.

Sverige har införlivat det klassiska direktivet genom lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) och försörjningsdirektivet genom lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF). Båda dessa lagar trädde i kraft den 1 januari 2008. Lagarna innehåller utöver bestämmelser om upphandling på direktivstyrda områden också bestämmelser som inte styrs eller endast delvis styrs av direktiven (15 kap. i båda lagarna). Dessa bestämmelser reglerar bl.a. upphandling på försvars- och säkerhetsområdet. Slutligen innehåller båda lagarna också bestämmelser om rättsmedel.

Såvitt avser rättsmedelsdirektivet har regeringen den 17 december 2009 beslutat om en lagrådsremiss, *Nya rättsmedel m.m. på upphandlingsområdet*, och förslaget i den är att de ändringar i LOU och LUF som följer av direktivet ska träda i kraft den 1 juli 2010.

2.5 Artikel 346 i EUF-fördraget

Upphandling på försvars- och säkerhetsområdet omfattas alltså av de ovan nämnda direktiven (dvs. det klassiska direktivet och försörjningsdirektivet). Emellertid finns på grund av dessa upphandlingars särskilda natur undantag från en tillämpning av direktiven. Det mest aktuella i detta sammanhang är det undantag som kan göras med stöd av artikel 346 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (det s.k. EUF-fördraget, det som i dagligt tal brukar benämnas Lissabonfördraget).

Artikel 346 motsvarar artikel 296 i fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen (EG-fördraget). I fortsättningen kommer artikeln genomgående att benämnas artikel 346 även i de situationer där en text till vilken det refereras används benämningen artikel 296. Artikel 346 medger att EU:s medlemsstater, under vissa omständigheter, kan göra undantag från övriga bestämmelser i fördraget, bl.a. från de konkurrensregler som direktiven om offentlig upphandling bygger på. Av artikel 346 framgår att bestämmelserna i fördraget inte ska hindra tillämpningen av följande regler: a) Ingen medlemsstat ska vara förpliktad att lämna sådan information vars avslöjande den anser strida mot sina väsentliga säkerhetsintressen. b) Varje medlemsstat får vidta åtgärder, som den anser nödvändiga för att skydda sina väsentliga säkerhetsintressen i fråga om tillverkning av eller handel med vapen, ammunition och krigsmateriel; sådana åtgärder får inte försämra konkurrensvillkoren på den gemensamma marknaden vad gäller varor som inte är avsedda speciellt för militärändamål.

Rådet får på förslag från Europeiska kommissionen (kommissionen) genom enhälligt beslut ändra den lista som rådet den 15 april 1958 fastställde över varor på vilka bestämmelserna i punkt b ska tillämpas.

EU-domstolen har i sin rättspraxis fastslagit att undantaget i artikel 346, liksom andra undantagsartiklar i fördraget, ska tolkas restriktivt. Se vidare om artikel 346 i avsnitt 3.2.

2.6 EU-arbetet

Kommissionen har sedan flera år tillbaka intresserat sig för uppbyggnaden av en europeisk marknad för försvarsmateriel. I mars 2003 antogs ett meddelande om en EU-politik för försvarsutrustning (KOM (2003) 113 slutlig). I september 2004 beslutade kommissionen en grönbok om försvarsupphandlingar (KOM (2004) 608 slutlig). I grönboken konstaterade kommissionen bl.a. att försvarsmarknaden för närvarande i hög utsträckning är uppdelad på nationella marknader och att detta medför problem för samtliga medlemsstater i EU som har en egen försvarsindustri. Budgetnedskärningar och omstruktureringar leder, enligt kommissionen, till för små marknader för att kunna bära de höga forsknings- och utvecklingskostnaderna för vapensystem. Kommissionen uttalade att den europeiska försvarsindustrins kon-

kurrenskraft liksom dess förmåga att tillgodose den gemensamma utrikes- och säkerhetspolitikens kapacitetsbehov påverkas negativt som en följd av detta.

För att komma tillrätta med det ovan nämnda, och för att åstadkomma en bättre anpassad rättslig ram, föreslog kommissionen i grönboken, och i det efterföljande meddelandet om resultatet av samrådet i anslutning till denna (KOM (2005) 626), två åtgärder på området. Dels föreslogs ett förtydligande av den rättsliga ramen på gemenskapsnivå, dels ett fastställande av särskilda upphandlingsregler för försvarsområdet.

I ett tolkningsmeddelande (KOM (2006) 779 slutligt) uttalar sig kommissionen i december 2006 om tillämpningen av artikel 346 på försvarsupphandlingsområdet. Syftet med tolkningsmeddelandet är, enligt kommissionen, att förebygga möjliga feltolkningar och missbruk av artikel 346 i EUF-fördraget på försvarsupphandlingsområdet.

Därefter har kommissionen tagit initiativ till ett direktiv. Initiativets syfte var framför allt att skapa förutsättningar för upphandling av sådant material och sådana tjänster som är av så känslig natur att upphandling enligt det klassiska direktivet inte lämpar sig. Det förhållandet att upphandling på försvars- och säkerhetsområdet omfattas av det klassiska direktivet med dess formbundna förfaranden har, enligt kommissionen, medfört att undantagsmöjligheten i artikel 346 i EUF-fördraget har överutnyttjats i många medlemsstater. Ett direktiv om försvars- och säkerhetsupphandling antogs slutligen av Europaparlamentet och rådet i juli 2009 (Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/81/EG av den 13 juli 2009 om samordning av förfarandena vid tilldelning av vissa kontrakt för byggtreprenader, varor och tjänster av upphandlande myndigheter och enheter på försvars- och säkerhetsområdet och om ändring av direktiven 2004/17/EG och 2004/18/EG). Direktivet gäller dock inte för kontrakt som på ett korrekt sätt kan undantas med stöd av EUF-fördragets bestämmelser grundade på bl.a. allmän ordning, säkerhet eller hälsa (artikel 36 och 52), utövande av offentlig makt (artikel 51) och väsentliga säkerhetsintressen (artikel 346). Direktivet utgör en del av ett "försvarspaket" som utöver upphandlingsdirektivet omfattar ett direktiv om förenkling av villkoren för överföring av försvarsmateriel (Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/43/EG av den 6 maj 2009 om förenkling av villkoren för överföring av försvarsrelaterade produkter inom gemenskapen) samt ett meddelande

som gäller en strategi för en starkare och konkurrenskraftigare europeisk försvarsindustri (KOM (2007) 764 slutlig).

Inom ramen för arbetet i EDA har dessutom en frivillig mellanstatlig uppförandekod för upphandling av försvarsmateriel utarbetats. Syftet med denna kod är att öka öppenheten och uppmuntra till konkurrens vid sådan offentlig upphandling som omfattas av artikel 346 i EUF-fördraget. År 2008 antogs också en uppförandekod för kompensationsåtaganden, s.k. offset. Sverige har anslutit sig till och håller på att implementera båda uppförandekoderna. Vid EDA:s styrelsemöte i november 2009 antog även försvarsministrarna en deklaration där man förband sig att verka för likvärdiga konkurrensvillkor för den europeiska försvarsindustrin och för en öppen europeisk försvarsmaterielmarknad.

3 Gällande rätt

Offentlig upphandling regleras genom Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster (klassiska direktivet) och upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster genom Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (försörjningsdirektivet). Dessutom finns det direktiv om rättsmedel, det senaste är Europaparlamentets och rådets direktiv 2007/66/EG av den 11 december 2007 om ändring av rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG vad gäller effektivare förfaranden för prövning av offentlig upphandling.

Genom lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, och lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, LUF, som innehåller bestämmelser om upphandling genomförs direktiven i svensk nationell rätt. LOU reglerar förfarandena m.m. för offentlig upphandling som görs av myndigheter, kommuner, landsting samt bolag, föreningar, delägarförvaltningar, samfälligheter och stiftelser som tillgodoser ett behov i det allmännas intresse under förutsättning att behovet inte är av kommersiell eller industriell karaktär (offentligt styrda organ). LUF reglerar förfarandena m.m. för upphandling inom försörjningssektorn som görs av myndigheter och offentligt styrda organ men därutöver av dels företag vilka en myndighet har ett bestämmande inflytande över (offentliga företag), dels privata företag som bedriver verksamheter inom försörjningssektorerna vatten, energi, transporter och posttjänster. Lagarna trädde i kraft den 1 januari 2008. Även upphandlingar på försvars- och säkerhetsområdet omfattas av dessa lagar.

3.1 Grundläggande principer

Ett av syftena med gemenskapsbestämmelserna på området för offentlig upphandling är enligt EU-domstolen¹ att det öppnas upp för så bred konkurrens som möjligt. Vidare anför domstolen att det är ett gemenskapsrättsligt intresse att det säkerställs att så många anbudsgivare som möjligt deltar i en anbudsinfordran. Ett öppnande för så bred konkurrens som möjligt ligger inte endast i gemenskapens intresse på området för fri rörlighet av varor och tjänster, utan även i den berörda upphandlande myndighetens eget intresse, vilken således får fler valmöjligheter vad beträffar det mest fördelaktiga anbudet och det anbud som är bäst anpassat efter den berörda myndighetens behov fortsätter domstolen. I flera avgöranden från EU-domstolen poängteras även vikten av att området för offentlig upphandling öppnas upp för icke snedvriden konkurrens i alla medlemsstater².

För att genomföra dessa syften är regelverket om upphandling uppbyggt med utgångspunkt i vissa principer från EUF-fördraget. Bestämmelserna i fördraget om icke-diskriminering, om förbudet mot kvantitativa restriktioner, om etableringsrätt och om fri rörlighet av tjänster ligger till grund för direktiven³. Även om vissa avtal inte omfattas av tillämpningsområdet för upphandlingsdirektiven är de upphandlande myndigheterna och enheterna ändå skyldiga att beakta fördragets grundläggande regler i allmänhet och principen om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet i synnerhet⁴. De grundläggande principerna för upphandling är icke-diskriminering, likabehandling, transparens (öppenhet och förutsägbarhet), proportionalitet och ömsesidigt erkännande.

Principen om icke-diskriminering innebär att det är förbjudet att direkt eller indirekt diskriminera leverantörer främst på grund av nationalitet. Den upphandlande myndigheten eller enheten får t.ex. som huvudregel inte införa krav som enbart det egna landets företag känner till eller kan uppfylla.

¹ Se EU-domstolens dom den 23 december 2009 i mål nr 305/08.

² Se t.ex. EU-domstolens dom den 11 januari 2005 i mål nr C-26/03, Stadt Halle, REG 2005 I-00001.

³ Se prop. 2006/2007:128 del 1, s. 131-132.

⁴ Se EU-domstolens beslut den 3 december 2001 i mål C-59/00, Vestergaard, REG 2001, s. I-9505 och dom den 7 december 2000 i mål C-324/98 Telaustria el Telefonadress, REG 2000, s. I-10745.

Kravet på likabehandling innebär att alla leverantörer ska ges så lika förutsättningar som möjligt. Alla måste t.ex. få den information som är av relevans för upphandlingen vid samma tillfälle.

Med transparens menas främst skyldigheten för den upphandlande myndigheten eller enheten att skapa öppenhet, att lämna information om upphandlingen och det praktiska tillvägagångssättet vid denna. För att anbudsgivarna ska ges samma förutsättningar måste förfrågningsunderlaget vara klart och tydligt och innehålla samtliga krav på det som ska upphandlas.

Med proportionalitetsprincipen avses att kraven på leverantören och kraven i kravspecifikationen måste ha ett naturligt samband med och stå i rimlig proportion till det som upphandlas. De krav som ställs ska vara både lämpliga och nödvändiga för att uppnå syftet. Om det finns flera alternativ bör det alternativ väljas som är minst ingripande eller belastande.

Principen om ömsesidigt erkännande innebär att intyg och certifikat som har utfärdats av en medlemsstats behöriga myndigheter ska gälla också i övriga EU/EES-länder.

3.2 Artikel 346 i EUF-fördraget

All offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster ska i princip göras med tillämpning av de regler och principer som finns i det klassiska direktivet och som genomfördes genom LOU. Av skäl som redogjorts för i avsnitt 2 är emellertid upphandlingar på försvars- och säkerhetsområdet av sådan natur att förfarandet enligt det klassiska direktivet eller försörjningsdirektivet inte alltid framstår som lämpligt. I artikel 10 i det klassiska direktivet, som motsvaras av 1 kap. 2 § andra stycket 3 LOU, anges därför att direktivet gäller för kontrakt som tilldelas av upphandlande myndigheter på försvarsområdet, utom i de situationer som omfattas av artikel 346 i EUF-fördraget. Någon motsvarande bestämmelse finns inte i försörjningsdirektivet och därmed inte heller i LUF.

Artikel 346 har följande lydelse:

1. Bestämmelserna i detta fördrag ska inte hindra tillämpningen av följande regler:

a) Ingen medlemsstat ska vara förpliktad att lämna sådan information vars avslöjande den anser strida mot sina väsentliga säkerhetsintressen.

b) Varje medlemsstat får vidta åtgärder, som den anser nödvändiga för att skydda sina väsentliga säkerhetsintressen i fråga om tillverkning av eller handel med vapen, ammunition och krigsmateriel; sådana åtgärder får inte försämma konkurrensvillkoren på den gemensamma marknaden vad gäller varor som inte är avsedda speciellt för militärändamål.

2. Rådet får på förslag från kommissionen genom enhälligt beslut ändra den lista som rådet den 15 april 1958 fastställde över varor på vilka bestämmelserna i punkt 1b ska tillämpas.

Rättslig grund

Artikel 346, som placerats bland fördragets allmänna bestämmelser och slutbestämmelser, har en allmän räckvidd. Den kan följaktligen påverka alla allmänt tillämpliga bestämmelser i fördraget och den sekundärrätt som meddelats med stöd av dessa.

När upphandlingen rör försvarsprodukter som vapen, ammunition och krigsmateriel kan den rättsliga grunden för att göra undantag från bestämmelsen i fördraget vara artikel 346 1 b, men utrymmet för undantag begränsas bl.a. genom begreppet "väsentliga säkerhetsintressen" och den lista från 1958 som anges i punkt 2 i artikeln. Artikel 346.1 a gäller även utanför försvarsområdet och syftar i allmänhet till att skydda information som medlemsstaterna inte kan avslöja för någon utan att äventyra sina väsentliga säkerhetsintressen. Detta kan även beröra offentlig upphandling av känsligt materiel, både på försvars- och säkerhetsområdet.

Restriktiv tolkning

Det är medlemsstaternas ansvar att fastställa och skydda sina säkerhetsintressen. Artikel 346 erkänner denna företrädesrätt och medger undantag när ett iakttagande av gemenskapslagstiftningen skulle undergräva medlemsstaternas väsentliga säkerhetsintressen. EU-domstolen har dock klargjort att artikeln, liksom de övriga artiklar i fördraget som innehåller undantagsföreskrifter för situationer där allmän säkerhet är hotad och som avser bestämda

extraordinära förhållanden, på grund av sin begränsade karaktär inte kan ges en extensiv tolkning⁵.

Tillämpningsområde

Vad gäller tillämpningsområdet hänvisar artikel 346. 1 b till en lista beslutad av rådet den 15 april 1958. Enligt EU-domstolen ska bestämmelsen inte tillämpas på verksamheter som avser andra varor än dem som är avsedda för militärändamål och som anges i rådets lista⁶. Den Europeiska kommissionen (kommissionen) har i sitt tolkningsmeddelande avseende tillämpningen av artikel 346 på försvarsupphandlingsområdet (se avsnitt 3) uttalat att listan från 1958, enligt kommissionens mening är tillräckligt allmänt hållen för att kunna omfatta även den senaste och framtida tekniska utvecklingen. Kommissionen är av uppfattningen att bestämmelsen också gäller för upphandling av tjänster och byggtreprenader som direkt rör de varor som är upptagna på listan samt moderna anskaffningsförfaranden som är inriktade på militära resurser. Emellertid anser kommissionen att arten av produkter som anges i listan från 1958 och hänvisningen i artikel 346. 1 b till ”speciellt för militärändamål” klargör att det endast är materiel som är planerad, utvecklad och tillverkad speciellt för militärändamål som kan undantas. När det är fråga om andra än militära säkerhetsändamål kan ett undantag från gemenskapsreglerna motiveras med stöd av artikel 14 i det klassiska direktivet, där det anges att direktivet inte ska tillämpas på offentliga kontrakt som omfattas av sekretess och som enligt gällande lagar och andra författningar i den aktuella medlemsstaten inte får genomföras utan särskilda säkerhetsåtgärder, eller då detta krävs med hänsyn till skyddet av denna medlemsstats vitala intressen. Artikel 346. 1 a kan, till skillnad från 1 b, omfatta även materiel som har både militära och civila användningsområden, om tillämpningen av gemenskapsreglerna skulle förpliktiga en medlemsstat att lämna information vars avslöjande den anser strider mot sina väsentliga säkerhetsintressen.

⁵ Se EU-domstolens dom den 16 september 1999 i mål nr C-414/97, Europeiska kommissionen mot Konungariket Spanien, REG 1999, s. I-5585.

⁶ Se Förstainstansrättens dom den 30 september 2003 i mål T-26/01, Fiocchi munizioni SpA, REG 2003, s. II-3951.

Tillämpningsvillkor

EU-domstolen har uttalat att det ankommer på den medlemsstat som avser att tillämpa en undantagsartikel i fördraget att bevisa att befrielsen inte går utöver gränserna för angivna förhållanden och att de undantag som görs är nödvändiga för att skydda väsentliga säkerhetsintressen⁷.

Kommissionen har i sitt tolkningsmeddelande angett att upphandlande myndigheter för varje upphandlingskontrakt måste analysera om ett undantag är berättigat eller inte och i synnerhet vilket väsentligt säkerhetsintresse som står på spel, vad detta säkerhetsintresse och upphandlingsbeslutet har för samband samt varför en icke-tillämpning av det klassiska direktivet är nödvändig för att skydda detta väsentliga säkerhetsintresse.

Fördragets efterlevnad

Kommissionen har till uppgift att kontrollera fördragets efterlevnad. Enligt artikel 348 ska kommissionen tillsammans med medlemsstaten, om åtgärder som vidtagits med stöd av artikel 346 fått till följd att konkurrensvillkoren inom den gemensamma marknaden snedvridits, undersöka hur åtgärderna kan anpassas till bestämmelserna i fördraget. Kommissionen eller en annan medlemsstat kan också väcka talan mot en stat vid EU-domstolen om kommissionen eller den andra medlemsstaten anser att det föreligger ett missbruk av artikel 346.

3.3 Lagen om offentlig upphandling

Det klassiska direktivet reglerar offentlig upphandling av varor och byggentreprenader vars värde överstiger vissa tröskelvärden samt vissa tjänster vars värde överstiger visst tröskelvärde, s.k. A-tjänster. Offentliga upphandlingar på försvarsområdet som avser varor och tjänster vilka omfattas av artikel 346 i EUF-fördraget eller omfattas av sekretess eller andra särskilda begränsningar med hänsyn till rikets säkerhet faller utanför direktivets tillämpningsområde. Även sådana upphandlingar omfattas emellertid av de

⁷ Se EU-domstolens dom den 16 september 1999 i mål nr C-414/97, Europeiska kommissionen mot Konungariket Spanien, REG 1999, s. I-5585.

allmänna principer som bär upp upphandlingsförfarandet. Dessa upphandlingar, liksom upphandlingar under tröskelvärdena och som alltså inte är direktivstyrda, omfattas av 15 kap. LOU.

3.3.1 15 kap. LOU

I 15 kap. LOU regleras förfarandet vid upphandlingar som inte omfattas av det klassiska direktivet, t.ex. på grund av att värdet för upphandlingen understiger ett tröskelvärde eller på grund av att upphandlingen omfattas artikel 346 i EUF-fördraget. Denna reglering av förfarandet är i och för sig en rent nationell reglering, men som angetts tidigare omfattas också sådana upphandlingar av de allmänna principer som bär upp upphandlingsförfarandet.

Upphandlingsförfaranden

En upphandlande myndighet kan välja mellan att genomföra en offentlig upphandling genom ett förenklat förfarande eller ett urvalsförfarande. Under vissa i lagen angivna förhållanden kan en upphandlande myndighet också använda förfarandet direktupphandling.

Med förenklat förfarande avses ett förfarande där alla leverantörer har rätt att delta, deltagande leverantörer ska lämna anbud och den upphandlande myndigheten får förhandla med en eller flera anbudsgivare. Den upphandlande myndigheten begär i regel in anbud genom en annons i en elektronisk databas, som är allmänt tillgänglig, eller genom annons i annan form som möjliggör effektiv konkurrens. Under särskilda förutsättningar som anges i lagen får den upphandlande myndigheten utan föregående annonsering begära anbud från leverantörer genom att skicka en skrivelse.

Med urvalsförfarande avses ett förfarande där alla leverantörer har rätt att ansöka om att få lämna anbud, den upphandlande myndigheten inbjuder vissa leverantörer att lämna anbud och den upphandlande myndigheten får förhandla med en eller flera anbudsgivare. Den upphandlande myndigheten ska publicera en ansökningsinbjudan genom annons i en elektronisk databas som är allmänt tillgänglig. Den upphandlande myndigheten får i annonsen ange hur många leverantörer den avser att bjuda in att lämna anbud. Det saknas bestämmelser som närmare reglerar hur urvalet ska gå

till. De grundläggande gemenskapsrättsliga principerna ska dock följas.

Med direktupphandling avses en upphandling utan krav på anbud i viss form. Direktupphandling får endast väljas om kontraktets värde är lågt eller om det finns synnerliga skäl. Den upphandlande myndigheten ska vid behov besluta om riktlinjer för användning av sådant förfarande. Riktlinjerna kan t.ex. innehålla vald gräns för lågt värde. Även vid direktupphandling bör prisjämförelse göras mellan olika leverantörer där det är möjligt. Sker upprepade direktupphandlingar av samma typ av vara eller tjänst bör i stället ett ramavtal övervägas som då tecknas efter en formell upphandling. Ett anskaffningsbehov får inte delas upp i mindre delar i syfte att komma under gränsen för direktupphandling.

Tidsfrister

Vid förenklat förfarande och urvalsförfarande finns inte några särskilt angivna tidsfrister för att inkomma med anbud utan det anges att leverantören ska ges skälig tid. Sätts en för kort anbudstid finns risk för att konkurrensen inte kan utnyttjas fullt ut. Om en leverantör klagar vid domstol kan domstolen besluta att upphandlingen får göras om på grund av för kort anbudstid.

Annonsering

Som huvudregel gäller att all upphandling, utom direktupphandling, ska annonseras. Skyldigheten att annonsera innebär att en annons ska publiceras i en elektronisk databas som är allmänt tillgänglig.

Vid ett förenklat förfarande begär den upphandlande myndigheten in anbud genom en annons i en elektronisk databas, som är allmänt tillgänglig, eller genom annons i annan form som möjliggör effektiv konkurrens, t.ex. rikstäckande dagstidningar och branschtidningar. Under särskilda förutsättningar som anges i lagen får den upphandlande myndigheten utan föregående annonsering begära anbud från leverantörer genom att skicka en skrivelse.

Vid ett urvalsförfarande ska den upphandlande myndigheten publicera en ansökningsinbjudan genom annons i en elektronisk databas, som är allmänt tillgänglig. Tiden för att komma in med

anbudsansökan får aldrig vara kortare än tio dagar. Av inbjudan vid ett urvalsförfarande ska det framgå dels hur en anbudsansökan får lämnas, dels den dag ansökan senast ska ha kommit in. Myndigheten får i sin inbjudan ange det antal leverantörer som den avser att bjuda in. Antalet ska då bestämmas med hänsyn till arten av det som ska upphandlas och vara tillräckligt stort för att effektiv konkurrens ska uppnås.

Utvärderingsgrunder

En upphandlande myndighet ska ange vilken utvärderingsgrund den kommer att använda sig av vid utvärderingen. Den kan välja mellan att ange att den antingen kommer att anta det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för myndigheten eller det anbud som har lägst pris.

Vid utvärderingsgrunden det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ska den upphandlande myndigheten ange antingen hur de olika utvärderingskriterierna kommer att viktas eller ange dem i fallande prioritetsordning. Kriterieviktningen får anges som ett intervall med en lämplig största tillåtna spridning.

Upphandlingar som rör rikets säkerhet och försvarsupphandling

Upphandling som omfattas av sekretess eller andra särskilda begränsningar med hänsyn till rikets säkerhet samt upphandling av försvarsprodukter och tjänster som inte har civil användning regleras av 15 kap. LOU. Regeringen får i enskilda fall besluta om undantag från bestämmelserna om annonsering och de undantag i övrigt som är nödvändiga med hänsyn till försvars- och säkerhetspolitiska intressen. En upphandlande myndighet kan efter regeringens överlåtande själv besluta om sådana undantag. I vissa i lagen särskilt angivna fall får också Försvarets materielverk själv besluta om undantag. Detta gäller i fråga om tilläggsbeställningar, upphandlingar av varor och tjänster inom ramen för en av Sverige träffad internationell överenskommelse om mellanstatlig samverkan samt ifråga om upphandlingar som understiger 25 000 000 kr. Även Försvarets radioanstalt och Säkerhetspolisen får i viss utsträckning själva besluta om undantag. För deras del har

möjligheten begränsats till upphandlingar som understiger 5 000 000 kr.

3.3.2 16 kap. LOU

En leverantör som anser att en upphandlande myndighet har brutit mot lagen och att det medfört eller kan komma att medföra att leverantören lider skada kan begära överprövning vid förvaltningsrätt av en pågående upphandling. Om förvaltningsrätten finner att en överträdelse av bestämmelserna i LOU skett och att skada för leverantören uppkommit eller kan uppkomma, kan den besluta att upphandlingen ska göras om eller rättas. Rätt att föra talan i överprövningsmål tillkommer endast leverantörer. Vid alla upphandlingsförfaranden, utom vid direktupphandling, kan en ansökan om överprövning prövas i sak av förvaltningsrätten fram till dess att ett upphandlingskontrakt ingåtts och att tio dagar gått från det att den upphandlande myndigheten lämnat tillräckliga upplysningar om tilldelningsbeslutet.

Efter den tidpunkt då en upphandling anses avslutad, kan en leverantör som anser sig ha lidit skada endast föra talan om skadestånd mot den upphandlande myndigheten vid tingsrätt. Talan ska väckas inom ett år från den tidpunkt då upphandlingskontrakt slöts.

3.4 Lagen om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster

Försörjningsdirektivet genomfördes genom LUF. Avgörande för när LUF är tillämplig är vilken typ av verksamhet som en upphandlande enhet bedriver. Upphandling inom verksamheterna vatten-, energi-, transport- och posttjänster faller inom tillämpningsområdet för LUF. Försörjningsdirektivet reglerar upphandling av varor och byggtreprenader vars värde överstiger vissa tröskelvärden samt vissa tjänster vars värde överstiger visst tröskelvärde (s.k. A-tjänster). Upphandling som omfattas av sekretess eller andra särskilda begränsningar med hänsyn till rikets säkerhet omfattas av 15 och 16 kap. LUF.

3.4.1 15 kap. LUF

Bestämmelserna i 15 kap. LUF överensstämmer i stort med bestämmelserna i 15 kap. LOU.

Upphandlingar som omfattas av sekretess eller andra särskilda begränsningar med hänsyn till rikets säkerhet regleras av 15 kap. LUF. För sådan upphandling kan regeringen i enskilda fall meddela beslut om undantag från bestämmelserna om annonsering och de undantag i övrigt som är nödvändiga med hänsyn till försvars- eller säkerhetspolitiska intressen. Dessutom får regeringen i enskilda fall överlåta till den upphandlande enheten att själv besluta om sådana undantag (15 kap. 22 § LUF).

3.4.2 16 kap. LUF

De rättsmedel som erbjuds en leverantör enligt 16 kap. LUF är desamma som i 16 kap. LOU, dvs. överprövning i allmän förvaltningsdomstol eller skadestånd i allmän domstol.

4 Allmänna bestämmelser

Avsnittet behandlar artiklarna 2–3, 8 och 11–13 i direktivet. Dessa bestämmelser handlar om direktivets tillämpningsområde, undantag från tillämpningsområdet och tröskelvärden.

4.1 Bakgrund till direktivet

Utredningens förslag: En lag om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet införs.

Försvars- och säkerhetsmarknaden är av mycket specifik karaktär. Detta beror på kopplingen till de enskilda medlemsstaternas försvars- och säkerhetspolitik, men är även en följd av speciella ekonomiska och tekniska faktorer. Reglerna i det klassiska direktivet, i försörjningsdirektivet och i de svenska upphandlingslagarna lämpar sig därför i många fall mindre väl för de upphandlingar som genomförs på området. Enligt Europeiska kommissionen, som tagit initiativ till direktivet, har tillämpningen av det klassiska direktivet med dess formbundna förfarande medfört att undantagsmöjligheten i artikel 346 i EUF-fördraget har överutnyttjats i många medlemsstater. Vissa medlemsstater har till och med tillämpat undantaget automatiskt, enligt kommissionen.

Försvars- och säkerhetsmarknaden är vidare speciell därför att det inte sällan handlar om upphandling av mycket avancerad teknologi. Ibland efterfrågas helt nya tekniska lösningar. För genomförandet av denna typ av upphandlingar finns behov av en större frihet än vad som gäller vid traditionella varu- och tjänsteupphandlingar.

Upphandlingar av varor samt tjänster inom försvars- och säkerhetsområdet är således svåra att hantera på samma sätt som upphandlingar av varor och tjänster på övriga marknader. Mark-

nadens särart ställer ett antal krav, främst gällande leverans- och informationssäkerhet. Syftet med direktivet är att framför allt skapa förutsättningar för upphandling av sådant material och sådana tjänster som är av så känslig natur att upphandling enligt det klassiska direktivet, försörjningsdirektivet och upphandlingslagarna inte lämpar sig.

Det klassiska direktivet och försörjningsdirektivet har genomförts i svensk nationell rätt genom LOU och LUF. Frågan uppkommer därför hur genomförandet av det aktuella direktivet ska ske. Det finns i och för sig olika vägar att gå fram på, men det mest lämpliga och logiska är att genomförandet sker enligt samma modell som genomförandet av de andra direktiven. Upphandlingar på försvars- och säkerhetsområdet bör därför enligt utredningens mening regleras i en separat lag. Genom att låta den lagen få samma struktur som de andra upphandlingslagarna och genom att i möjligaste mån använda samma terminologi skapas förutsättningar för att tillämpningen blir så ensartad som möjligt.

4.2 Tillämpningsområde

Direktivet omfattar enligt artikel 2 upphandling av militär utrustning och utrustning av känslig karaktär samt tillhörande delar, komponenter och/eller underenheter. Dessutom omfattas alla de varor, tjänster och byggentreprenader som direkt hänför sig till denna utrustning under hela dess livslängd. Även byggentreprenader och tjänster specifikt för militärändamål eller av känslig karaktär omfattas.

De tjänstekontrakt som omfattas av direktivet är uppdelade i olika kategorier och därefter sammanställda i två bilagor enligt det system som de tillhör. Full tillämpning av direktivet gäller enligt artikel 15 endast för de tjänster som finns i den ena bilagan. I artikel 17 anges vilka regler som ska tillämpas när en upphandling avser tjänster från båda bilagorna. En uppdelning av olika av tjänster och bestämmelser om vilka regler som ska tillämpas finns även i LOU och LUF.

Från direktivets tillämpningsområde undantas enligt artikel 2 de kontrakt som kan undantas med stöd av artiklarna 36, 51–52, 62 och 346 i EUF-fördraget (tidigare artiklarna 30, 45–46, 55 och 296 i EG-fördraget). I dessa artiklar föreskrivs specifika undantag från tillämpningen av EUF-fördragets principer och följaktligen från

tillämpningen av den sekundärlagstiftning som utgår från dem. I avsnitt 3 i direktivet, artiklarna 11–13, finns dessutom bestämmelser om särskilda fall där direktivet inte ska tillämpas.

I artikel 3 finns bestämmelser om vilket direktiv som ska tillämpas vid blandade kontrakt, dvs. kontrakt som inte bara omfattas av försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet, utan även av det klassiska direktivet eller försörjningsdirektivet eller till en del inte av något av dessa direktiv.

4.2.1 Lagens tillämpningsområde

Utredningens förslag: Lagen gäller för upphandling på försvars- och säkerhetsområdet av

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

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

1. avser tjänster enligt bilaga 2 (tjänster enligt klass 2), eller
2. avser andra kontrakt, vars värde understiger de tröskelvärden som anges i lagen.

En upphandling som avser både tjänster enligt klass 1 och klass 2 ska anses vara en upphandling av tjänster enligt klass 1 om värdet av tjänsterna enligt klass 1 överstiger värdet av tjänsterna enligt klass 2. I annat fall ska upphandlingen i sin helhet anses vara en upphandling av tjänster enligt klass 2.

Lagen behöver inte tillämpas när artikel 36, 51, 52 eller 62 i EUF-fördraget medger undantag.

Bestämmelsen motsvarar artikel 2 och 15–17. Beaktandesats 10–12, 14 och 16–17 handlar om tillämpningsområdet. Beaktandesats 36–37 behandlar indelningen av tjänster. Andra, tredje och fjärde

stycket i bestämmelsen är så långt det är möjligt utformar i överensstämmelse med 1 kap. 2 § LOU.

Direktivet omfattar upphandlande myndigheter eller enheter. Dessa definieras på samma sätt som i det klassiska direktivet och i försörjningsdirektivet, se artikel 1.17 som hänvisar till dessa direktiv. Eftersom direktivet omfattar både upphandlande myndigheter och enheter anges i artikel 2 att tillämpningsområdet avser kontrakt och inte "offentliga" kontrakt, jämför med artikel 7 i det klassiska direktivet. Mot bakgrund härav bör det i lagen anges att den omfattar upphandling och inte offentlig upphandling.

Direktivet gäller för upphandlingar av dels militär utrustning, dels utrustning av känslig karaktär. En definition av militär utrustning finns i artikel 1.6. Av artikeln framgår att med militär utrustning avses i direktivet utrustning som är särskilt utformad eller anpassad för militära syften och som är avsedd att användas som vapen, ammunition eller krigsmateriel.

Med militär utrustning bör enligt beaktandesats 10 särskilt avses de produkttyper som tas upp i förteckningen över vapen, ammunition och krigsmateriel som antogs av rådet i dess beslut 255/58 av den 15 april 1958. Denna förteckning omfattar enligt samma beaktandesats endast utrustning som är utformad, framtagen och framställd speciellt för militär användning. Vidare anges att förteckningen är generisk och ska tolkas i vid mening mot bakgrund av att tekniken, upphandlingsförfarandena och de militära kraven utvecklas, vilket innebär att nya typer av utrustning utvecklas, t.ex. på grundval av unionens gemensamma militära förteckning. Begreppet militär utrustning bör enligt beaktandesatsen också omfatta produkter som, även om de ursprungligen utformades för civilt bruk, senare anpassats efter militära syften för att användas som vapen, ammunition eller krigsmateriel. Även i kommissionens förslag den 11 december 2007 till direktiv kopplades tillämpningsområdet till listan från 1958.

Enligt utredningens mening bör definitionen av militär utrustning och därmed tillämpningsområdet för direktivet inte definieras uteslutande genom listan från 1958. Listan från 1958 kan dock tjäna som utgångspunkt för tillämpningen av direktivet. Tillämpningsområdet för direktivet torde dock omfatta mer än listan från 1958 i och med att t.ex. även utrustning som anpassats för militära syften ingår. I slutändan är det domstolarna och i sista hand EU-domstolen som slår fast vad som avses med militär utrustning.

Direktivet gäller även upphandlingar på området för icke-militär säkerhet. Enligt den definition som finns i artikel 1.7. avses med utrustning, byggentreprenad och tjänster av känslig karaktär utrustning, byggentreprenad och tjänster som har ett säkerhets-syfte och som inbegriper, kräver och/eller innehåller sekretessbelagd information. En definition av sekretessbelagd information finns i artikel 1.8 (se vidare om denna definition i avsnitt 6.3). Med utrustning, byggentreprenad och tjänster av känslig karaktär avses enligt beaktandesats 11 när upphandlingar påminner om och är lika känsliga som försvarsupphandlingar. Så kan enligt beaktandesatsen vara fallet när militära och icke-militära styrkor samarbetar för att uppnå samma mål eller där syftet med upphandlingen är att se till att säkerheten i unionen eller medlemsstaterna på eller utanför deras egna territorier skyddas mot allvarliga hot från icke-militära eller icke-statliga aktörer. Det kan exempelvis handla om uppdrag rörande gränsskydd, polisverksamhet och krishanteringsinsatser.

I artikel 2.c sägs att tillämpningsområdet avser byggentreprenader, varor och tjänster som direkt hänför sig till den utrustning som avses i punkterna a och b under hela dess livslängd. Med varor som direkt hänför sig till militär utrustning avses t.ex. speciella verktyg och maskiner som är nödvändiga för produktion eller underhåll av sådan utrustning samt speciella dräkter eller hjälmar. Tjänster som direkt hänför sig till militär utrustning kan t.ex. vara reparationer av militära flygplan eller fartyg för militära ändamål. Slutligen kan med byggentreprenader som direkt hänför sig till militär utrustning avse t.ex. byggandet av testanläggningar för militär utrustning. Sambandet måste i princip vara så starkt att byggentreprenaden, varorna eller tjänsterna inte är meningsfulla utan den militära utrustningen.¹

Av beaktandesats 12 framgår att med produktens hela livslängd i artikel 2.c avses den tid om åtgår för forskning och utveckling, industriell utformning, tillverkning, reparation, modernisering, ändring, underhåll, logistik, utbildning, testning, återkallande och bortskaffande. Vidare sägs att i dessa skeden inbegrips t.ex. studier, utvärdering, lagring, transport, integrering, underhåll, demontering, förstörelse och alla övriga åtgärder som vidtas efter det ursprungliga utformandet.

Vad gäller de kontrakt som avser byggentreprenader och tjänster specifikt för militärändamål eller byggentreprenader och

¹ Ståndpunkt som framkom vid det seminarium som anordnades av kommissionen den 11–12 januari 2010.

tjänster av känslig karaktär bör, enligt beaktandesats 14, hänsyn tas till om den upphandlande myndighetens eller enhetens behov av dessa är nödvändiga för att uppfylla vissa militära krav eller säkerhetskrav. Till skillnad från artikel 2.c avses inte sådana byggentreprenader eller tjänster som direkt hänför sig till militär utrustning, utan det väsentliga här är att de har ett specifikt militärt ändamål. Exempel på sådan upphandling som faller inom detta undantag är transport av trupper eller upprättande av en landningsbana². Saknas ett specifikt militärändamål faller upphandlingen under LOU eller LUF.

Liksom i LOU och LUF delas tjänstekontrakt upp i olika kategorier, motsvarande A- och B-tjänster (se bilaga I och II till direktivet). Till stor del är tjänsterna i detta direktiv desamma, men några tjänster har lyfts över från B-tjänster i LOU och LUF till motsvarande A-tjänst i försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet. Dessa är järnvägs- och sjötransporttjänster samt hjälptjänster och tjänster i anslutning till transporter. Fyra typer av tjänster har lagts till i direktivets motsvarande A-tjänster, nämligen:

1. tjänster för militärt bistånd till utlandet,
2. försvarstjänster, militära försvarstjänster och civila försvarstjänster,
3. undersöknings- och säkerhetstjänster samt
4. utbildnings- och stimuleringstjänster på försvars- och säkerhetsområdet.

Indelningen av tjänstekontrakt i olika kategorier är liksom i det klassiska direktivet och försörjningsdirektivet motiverat av att full tillämpning av direktivet under en övergångstid bör begränsas till kontrakt för vilka direktivets bestämmelser kommer att göra det möjligt att utnyttja alla möjligheter till att öka handeln över gränserna. Kontrakt för motsvarande B-tjänster ska övervakas under denna övergångsperiod innan beslut fattas om full tillämpning av direktivet.

Eftersom indelningen i olika tjänster inte helt stämmer överens med den indelning som gjorts i det klassiska direktivet och i försörjningsdirektivet är det enligt utredningens mening olämpligt att ha samma beteckning på dem som i LOU och LUF. Utred-

² Ståndpunkt som framkom vid det seminarium som anordnades av kommissionen den 11–12 januari 2010.

ningen föreslår därför att de olika tjänsterna kallas tjänster enligt klass 1 och tjänster enligt klass 2.

Kontrakt som kan undantas med stöd av artiklarna 36, 51–52 och 62 i EUF-fördraget faller utanför direktivets tillämpningsområde. I dessa artiklar föreskrivs specifika undantag från tillämpningen av EUF-fördragets principer och följaktligen från tillämpningen av den sekundärlagstiftning som utgår från dem. Därmed får ingen bestämmelse i direktivet förbjuda att åtgärder införs eller tillämpas som skulle visa sig vara nödvändiga för att skydda de intressen som erkänns som berättigade enligt dessa bestämmelser i fördraget. Artikel 36 anger de situationer när förbud mot eller restriktioner för import, export eller transitering är tillåtet. Så är fallet t.ex. när allmän ordning eller allmän säkerhet kräver det. Artikel 51 innehåller ett undantag från etableringsrätt för verksamhet som hos medlemsstaten är förenad med utövandet av offentlig makt. Bestämmelser i lagar och andra författningar om särskild behandling av utländska medborgare och som grundas på hänsyn till allmän ordning, säkerhet eller hälsa undantas också från etableringsrätten enligt artikel 52. Slutligen stadgas i artikel 62 att de undantag som anges i bl.a. artiklarna 51 och 52 även ska tillämpas på tjänsteområdet.

Finns det t.ex. skäl som rör allmän säkerhet (artikel 30 och 46) behöver inte direktivet tillämpas trots att upphandlingen omfattas av lagens tillämpningsområde (beaktandesats 16). EU-domstolen har i mål C-414/97³ dock klargjort att artikel 346, liksom de övriga artiklar i fördraget som innehåller undantagsföreskrifter för situationen där allmän säkerhet är hotad och som avser bestämda extraordinära förhållanden, på grund av sin begränsade karaktär inte kan ges en extensiv tolkning.

4.2.2 Upphandling som faller inom flera tillämpningsområden m.m.

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

³ Se EU-domstolens dom den 16 september 1999 i mål nr C-414/97, Europeiska kommissionen mot Konungariket Spanien, REG 1999, s. I-5585.

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

Detta gäller bara om

1. upphandlingen omfattas av 1–14 kap. i lagen, 1–14 kap. i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller 1–14 kap i lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, och

2. tilldelningen av ett enda kontrakt är berättigat av objektiva skäl.

Beslutet att tilldela ett enda kontrakt får inte fattas för att undvika att kontraktet omfattas av lagen, lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster.

Bestämmelsen, som handlar om lagens tillämpningsområde vid s.k. blandade kontrakt, motsvarar artikel 3. I artikeln anges två situationer:

1. en del av kontraktet omfattas av direktivet och resten av kontraktet omfattas av det klassiska direktivet eller försörjningsdirektivet, eller
2. en del av kontraktet omfattas av direktivet men resten av kontraktet omfattas varken av det klassiska direktivet eller försörjningsdirektivet.

I det första fallet ska direktivet tillämpas, medan det i det andra fallet inte ska tillämpas något av de tre upphandlingsdirektiven. I denna lag omfattas samtliga kapitel förutom kapitel 15 av direktivet och i LOU och LUF omfattas kapitel 1–14 i respektive lag av det klassiska direktivet respektive försörjningsdirektivet.

Det finns inga kvantitativa krav på den del som faller utanför upphandlingsdirektivens tillämpningsområde, utan det väsentliga är att tilldelningen av ett enda kontrakt är berättigat av objektiva skäl. Någon överviktsprincip ska således inte tillämpas. Om det finns sådana objektiva skäl att inte dela upp ett kontrakt spelar det alltså ingen roll hur liten den del är som inte faller under något av upphandlingsdirektivens tillämpningsområde. Vad som utgör objektiva skäl får avgöras från fall till fall av domstolen.

En typ av upphandling som faller utanför direktivets tillämpningsområde med stöd av andra stycket i bestämmelsen är när en tjänstekoncession utgör en del av upphandlingen. Även upphandlingar av militär utrustning där en del av varorna omfattas av artikel 346 i EUF-fördraget faller utanför direktivets tillämpningsområde. I dessa situationer skulle således inget av upphandlingsdirektiven eller upphandlingslagarna tillämpas.

Utformningen av artikel 3 är inspirerad av artikel 9.2-9.3 i försörjningsdirektivet som motsvaras av 1 kap. 25–28 §§ LUF. Enligt dessa paragrafer tillämpas emellertid, till skillnad från artikel 3 i direktivet, en överviktsprincip. Några motsvarande bestämmelser finns inte i det klassiska direktivet och därmed inte heller i LOU.

4.3 Undantag från tillämpningsområdet

Av artikel 2 framgår tillämpningsområdet för direktivet. I artikel 12 och 13 anges vissa typer av kontrakt som ska undantas från direktivets tillämpningsområde, utöver de undantag som är möjliga att göra med stöd av bestämmelserna i EUF-fördraget (jämför artikel 2). Artikel 12 undantar kontrakt som tilldelas i enlighet med vissa internationella regler. I artikel 13 finns några särskilda undantag, bl.a. kontrakt som avser underrättelseverksamhet och vissa kontrakt som en regering tilldelar en annan regering. I de fall direktivet inte ska tillämpas med stöd av en undantagsbestämmelse i artikel 12 eller 13 ska varken 15 kap. i lagen tillämpas eller LOU eller LUF enligt artikel 70 och 71. Eftersom det dock är fråga om undantag från tillämpningen av direktivet ska undantagen tillämpas restriktivt.

Även i LOU och LUF finns i 1 kap. 5–6 §§ respektive 1 kap. 14 och 19 §§ undantag för upphandlingar som görs med stöd av andra internationella regler samt särskilda undantag. Av de särskilda undantagen är vissa desamma som dem i försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet.

I artikeln 11 stadgas att förfaranden, avtal m.m. vilka nämns i undantagsbestämmelserna inte får tillämpas i syfte att kringgå direktivet.

4.3.1 Artikel 11

Utredningens bedömning: Artikel 11 föranleder inte någon bestämmelse i lagen.

Artikel 11 anger att ingen av de bestämmelser, förfaranden, program, avtal, system eller kontrakt som nämns i avsnittet får tillämpas i syfte att kringgå bestämmelserna i detta direktiv. Ett sådant internationellt avtal som avses i artikel 12.a–b t.ex. får inte användas i syfte att undvika en tillämpning av direktivet.

Enligt utredningens mening ligger det i sakens natur att bestämmelserna i direktivet inte får tillämpas i syfte att kringgå detsamma. En särskild bestämmelse om det i lagen får anses onödig.

4.3.2 Upphandling enligt särskilda förfaranderegler

Utredningens förslag: Lagen gäller inte upphandling som omfattas av särskilda förfaranderegler

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

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

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

Inte heller LOU eller LUF gäller när det är fråga om sådan upphandling.

Bestämmelsen motsvarar artikel 12. Beaktandesats 26 ger närmare upplysningar om artikeln.

I artikeln anges undantag från direktivets tillämpningsområde för kontrakt som tilldelas i enlighet med särskilda förfaranderegler som framgår av ett internationellt avtal eller överenskommelse eller som tillämpas av en internationell organisation. Vilka kvalitativa krav som ställs på de särskilda förfarandreglerna framgår inte, men

det borde avse ett antal distinkta regler som åtminstone berör tilldelning av kontrakt, upphandlingsprocessen och allmänna principer⁴.

I artikeln hänvisas till internationella avtal och överenskommelser. En sådan internationell överenskommelse kan bl.a. vara ett så kallat Memorandum of Understanding (MoU, samförståndsavtal) slutet mellan stater.

Såväl i artikel 12.a som i motsvarande artiklar i det klassiska direktivet och försörjningsdirektivet undantas från tillämpningsområdet förfaranderegler i enlighet med ett internationellt avtal eller en överenskommelse som ingåtts mellan en medlemsstat och ett eller flera tredje länder. I de paragrafer som genomfört dessa artiklar, 1 kap. 5 § LOU och 1 kap. 14 § LUF, motsvaras medlemsstat av stat inom EES. Enligt utredningens mening bör samma lösning väljas också för denna lag. Därför anges även stat inom EES i bestämmelsens första punkt. Genomgående kommer begreppet medlemsstat i direktivet att ersättas med stat inom EES i författningstexten såvida något annat inte är särskilt angivet.

I jämförelse med motsvarande bestämmelse i det klassiska direktivet (artikel 15.a) innehåller artikel 12.a inga begränsningar till vad det internationella avtalet eller överenskommelsen avser.

Vad gäller ett internationellt avtal eller överenskommelse om stationering av trupper i artikel 12.b kan det avse stationering av en medlemsstats trupper i en annan medlemsstat eller i ett tredje land eller stationering av ett tredje lands trupper i en medlemsstat (beaktandesats 26).

I 1 kap. 5 § 2 LOU och i 1 kap. 14 § 2 LUF finns liknande bestämmelser som i artikel 12.b. I dessa paragrafer används begreppet militär personal i stället för trupper vilket är den term som anges i både direktivet samt i motsvarande bestämmelser i det klassiska direktivet och i försörjningsdirektivet. Begreppet militär trupp förekommer visserligen i 18 kap 4 § brottsbalken som gäller olovlig kårverksamhet. Eftersom det enligt utredningens mening är önskvärt att i så stor utsträckning som möjligt följa den terminologi som redan finns i LOU och LUF bör emellertid begreppet militär personal i stället för trupper användas även i den nya lagen.

I punkten b i artikeln anges även ”som berör en medlemsstats eller ett tredje lands åtaganden”. Denna precisering är onödig

⁴ Ståndpunkt som framkom vid det seminarium som anordnades av kommissionen den 11-12 januari 2010.

eftersom det inte finns några andra stater (jfr prop. 2006/07:128 del 1, s. 288 angående 1 kap. 5 § LOU). Därför bör det endast anges ”som rör en stats åtaganden” i författningstexten.

Artikel 12.c skiljer sig på ett mer väsentligt sätt från motsvarande artikel i det klassiska direktivet (artikel 15.c) genom tillägget ”och inte heller kontrakt som måste tilldelas av en medlemsstat i enlighet med sådana särskilda förfaranderegler”. Någon skillnad i förhållande till det klassiska direktivet är dock inte avsedd⁵. Med tillägget avses t.ex. att en medlemsstat agerar på den internationella organisationens vägnar. Om situationen är den omvända, dvs. att den internationella organisationen agerar på en medlemsstats vägnar är däremot undantaget inte tillämpligt utan direktivet ska tillämpas. Med internationell organisation i punkten 3 avses bl.a. Nato.

Av artikel 70 respektive 71 framgår att inte heller försörjningsdirektivet eller det klassiska direktivet ska gälla de upphandlingar som behandlas i artikel 12.

4.3.3 Särskilda undantag

Utredningens förslag: Lagen gäller inte för kontrakt

1. för vilka tillämpningen av lagen skulle kräva att en upphandlande myndighet eller enhet tillhandahåller information vars avslöjande den anser strida mot rikets väsentliga säkerhetsintressen,
2. som avser underrättelseverksamhet,
3. som tilldelas inom ramen för ett samarbetsprogram rörande forskning och utveckling mellan minst två stater inom EES avseende utvecklandet av en ny produkt och, i förekommande fall, de senare skedena av hela eller delar av produktens livslängd,
4. som, av operativa skäl, måste tilldelas en leverantör i ett område utanför EES där operationen genomförs,
5. som avser förvärv eller hyra av mark, byggnader eller annan fast egendom eller rättigheter till sådan egendom,
6. som en regering tilldelas av en annan regering och som avser

⁵ Ståndpunkt som framkom vid det seminarium som anordnades av kommissionen den 11–12 januari 2010.

- a) tillhandahållande av militär utrustning eller utrustning av känslig karaktär,
 - b) byggtreprenader och tjänster med direkt anknytning till sådan utrustning som avses i a, eller
 - c) byggtreprenader och tjänster särskilt avsedda för militära syften eller av känslig karaktär,
- 7. som avser skiljemanna- eller förlikningsuppdrag,
 - 8. som avser finansiella tjänster, utom försäkringstjänster,
 - 9. som avser anställningar, eller
 - 10. som avser forsknings- och utvecklingstjänster, med undantag för sådana vilkas resultat endast tillkommer en upphandlande myndighet eller enhet i den egna verksamheten och betalas av myndigheten eller enheten.
- Första stycket 4 avser även civila inköp.
- Inte heller LOU eller LUF gäller när det är fråga om sådan upphandling.

Bestämmelsen motsvarar artikel 13 och anger särskilda undantag när direktivet inte ska tillämpas. Beaktandesats 27–34 handlar om särskilda undantag från tillämpningsområdet.

De kontrakt som anges i artikeln är undantagna från direktivets tillämpningsområde och varken det klassiska direktivet eller försörjningsdirektivet ska tillämpas i stället, se artiklarna 70 och 71.

I punkten 1 finns en koppling till artikel 346.1a i EUF-fördraget, enligt vilken ingen medlemsstat är skyldig att lämna sådan information vars avslöjande den anser strida mot sina väsentliga säkerhetsintressen.

Punkten 2 avser underrättelseverksamhet. Enligt beaktandesats 27 avses upphandlingar som genomförs av underrättelsetjänster eller upphandlingar för all typ av underrättelseverksamhet, inbegripet kontraspionage enligt medlemsstaternas definition.

Punkten 3 avser enligt beaktandesats 28 t.ex. samarbetsprogram som förvaltas av internationella organisationer såsom Gemensamma organisationen för samarbete om försvarsmateriel (OCCAR) och Nato (genom särskilda organ) eller av Europeiska unionens organ, t.ex. Europeiska försvarsbyrån. Sådana program anses vidare särskilt viktiga för att de bidrar till att utveckla ny teknik och att dela på höga forsknings- och utvecklingskostnader för t.ex. komplicerade vapensystem.

Undantaget i punkten 3 avser endast sådan upphandling som sker inom ramen för ett samarbetsprogram avseende forskning och utveckling såsom det definieras i artikel 1.27. I beaktandesats 13 förklaras vad som avses med forskning och utveckling. Av detta följer enligt utredningens mening att upphandling av på marknaden befintliga varor inte omfattas av undantaget. Samarbetsprogrammet kan dock i vissa fall omfatta även senare faser av en produkts livslängd, t.ex. produktion och underhåll. Upphandling som sker i dessa senare faser omfattas också av undantaget i punkten 3 under förutsättning att dessa sker inom ramen för samarbetsprogrammet.

Samarbetsprogrammet i punkten 3 måste föreligga mellan minst två stater inom EES. Därutöver finns det inget som hindrar att även tredje länder ingå i programmet. Avgörande för att tillämpa undantaget är att det föreligger ett genuint samarbetsprogram, där deltagande stater bl.a. delar på den tekniska och finansiella risken samt deltar i förvaltningen och beslutsfattandet⁶.

Sista meningen i artikel 13.c anger att medlemsstaterna ska ge kommissionen viss information vid ingåendet av ett samarbetsprogram rörande forskning och utveckling med en annan medlemsstat. Eftersom denna bestämmelse riktar sig till medlemsstaten och inte till den upphandlande myndigheten eller enheten finns det inget behov av att ta in en sådan bestämmelse i lagen.

I punkten 4 avses kontrakt som ingås med ekonomiska aktörer i områden utanför unionens territorium – i tredje land. Avsikten är att undanta upphandling som sker för kortare akuta operationer till skillnad från artikel 12.c som avser längre stationering av trupper⁷.

För att tillämpa undantaget i punkten 4 krävs bl.a. att det av operativa skäl är nödvändigt att ingå kontrakt med leverantörer i det område där operationen genomförs. Vad som avses med operativa skäl eller område har inte preciserats vare sig i artikeln eller i någon beaktandesats. Vad som utgör operativa skäl eller är ett område i direktivets mening kan inte närmare anges utan får avgöras från fall till fall och ytterst är det domstolen som avgör det. Begreppet område bör enligt utredningens uppfattning emellertid sättas i relation till vad som efterfrågas och det utbud som finns. Vidare bör med område enligt utredningens mening inte bara avse den region där operationen genomförs utan även det område som

⁶ Ståndpunkt som framkom vid det seminarium som anordnades av kommissionen den 11–12 januari 2010.

⁷ Ståndpunkt som framkom vid det seminarium som anordnades av kommissionen den 11–12 januari 2010.

angränsar härtill. Vad gäller tjänster torde bestämmelsen främst komma ifråga för upphandlingar av tjänster enligt klass 2 av lokal beskaffenhet, dvs. hjälptjänster och tjänster i anslutning till transporter, juridiska tjänster m.m.

Undantaget från tillämpningen av direktivet gäller även kontrakt avseende civila inköp som görs under de förutsättningar som anges i punkten 4. Dessa civila inköp ska enligt beaktandesats 29 ha en direkt anknytning till genomförandet av de väpnade styrkornas eller säkerhetsstyrkornas operationer.

Punkten 5 avser förvärv eller hyra av fast egendom m.m. Artikel 13.e är identisk med motsvarande artikel i såväl det klassiska direktivet som försörjningsdirektivet, vilka genomförts i 1 kap. 6 § LOU och 1 kap. 19 § LUF. Trots det bör enligt utredningens mening punkten 5 i bestämmelsen utformas i överensstämmelse med direktivet i stället för i överensstämmelse med LOU och LUF. Sannolikt kommer direktivet att tillämpas i större utsträckning i internationella sammanhang än vad LOU och LUF hittills har gjorts. Eftersom det i andra länder kan förekomma former av förvärv eller hyra av mark m.m. som inte passar in i den utformning av artikeln som finns i LOU och LUF anser utredningen att bestämmelsen i stället bör följa den lydelse som finns i direktivets artikel 13.e. Detta för att få en tydligare bestämmelse och för att inte riskera att paragrafen blir snävare än vad artikeln är.

Punkten 6 avser upphandlingar som görs av en regering från en annan. Regering definieras i artikel 1.9 såsom en nationell, regional eller lokal regering i en medlemsstat eller ett tredje land. Således är ett kontrakt som tilldelas ett tredje land av en EES-stat undantaget från denna lag.

Undantaget för skiljemanna- och förlikningsuppdrag i punkten 7, för anställningskontrakt i punkten 9 och för forsknings- och utvecklingstjänster i punkten 10 återfinns även i LOU och LUF (1 kap. 6 § första stycket punkterna 3, 5 respektive 6 samt 1 kap. 19 § första stycket punkterna 2, 4 respektive 5).

4.3.4 Upphandling som rör rikets säkerhet m.m.

Utredningens förslag: I fråga om upphandlingar som avser varor eller tjänster som omfattas av artikel 346.1.b i EUF-fördraget får regeringen i enskilda fall besluta om

1. undantag från bestämmelserna om annonsering i denna lag, och

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

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

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

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

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

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

Enligt artikel 2 i direktivet undantas upphandlingar som omfattas av artikel 346 i EUF-fördraget från direktivets tillämpningsområde. En motsvarande bestämmelse finns i det klassiska direktivet (artikel 10). I LOU omfattas sådana upphandlingar i stället av det icke-direktivstyrda kapitlet, nämligen 15 kapitlet.

Enligt utredningens uppfattning är det inte lämpligt med en liknande lösning som i LOU i den nya lagen, bl.a. eftersom det icke-direktivstyrda kapitlet i LOU saknar de bestämmelser i direktivet som är särskilt anpassade för upphandlingar på försvars- och säkerhetsområdet, såsom bestämmelserna om informations-säkerhet och försörjningstrygghet. Att då hänvisa de allra mest känsliga upphandlingarna till ett kapitel som helt saknar dessa anpassningar är inte lämpligt. Direktivets bestämmelser, bl.a. dess förfaranderegler, har ju tillkommit just för att fungera vid försvars- och säkerhetsupphandlingar. Är förutsättningarna för att tillämpa artikel 346 i EUF-fördraget uppfyllda och direktivets regler inte kan tillämpas får i stället beslutas om undantag. Ett sådant undan-

tag från tillämpningsområdet för upphandlingar som omfattas av artikel 346 i EUF-fördraget, i den mån dessa inte redan är undantagna enligt artikel 13, bör utformas i enlighet med det som i dag finns i 15 kap. 22 § LOU, men placeras i första kapitlet.

Upphandlingar som omfattas av artikel 346.1.a i EUF-fördraget kan redan undantas enligt artikel 13 punkt a i direktivet, nämligen upphandlingar som kräver att en upphandlande myndighet eller enhet tillhandahåller information vars avslöjande den anser strida mot rikets väsentliga säkerhetsintressen. Någon undantagsregel motsvarande 15 kap. 22 § behövs alltså inte för dessa upphandlingar.

4.4 Tröskelvärden

Utredningens förslag: Lagens direktivstyrda bestämmelser ska tillämpas på kontrakt vilkas värde beräknas uppgå till minst de belopp (tröskelvärden) som Europeiska kommissionen vid varje tid har beslutat eller lämnat meddelande om. För kontrakt under tröskelvärdena och för kontrakt avseende vissa tjänster ska bestämmelserna i den nya lagen motsvarande bestämmelserna i 15 kap. LOU gälla, såvitt inte något av de undantag som anges i lagen kan åberopas.

Bestämmelsen motsvarar artikel 8 som handlar om tröskelvärden. Även beaktandesats 25 behandlar frågan.

En liknande bestämmelser om tröskelvärden finns i 3 kap. 1 § LUF och den föreslagna bestämmelsen är utformad i överensstämmelse med den.

Tröskelvärdena i direktivet är anpassade efter de tröskelvärden som de upphandlande enheterna måste följa vid tillämpningen av LUF. Orsaken till det är enligt beaktandesats 25 att en mångfald olika tröskelvärden för tillämpningen leder till problem för de upphandlande myndigheterna eller enheterna. Med tanke på det genomsnittliga värdet för kontrakt på försvars- och säkerhetsområdet valde man att anpassa tröskelvärdet till de tröskelvärden som de upphandlande enheterna redan måste följa vid tillämpningen av LUF.

Tröskelvärdena framgår av regeringens tillkännagivande av tröskelvärden vid offentlig upphandling, se Tillkännagivande (2010:53) av tröskelvärden vid offentlig upphandling.

Om värdet av en upphandling är under de tröskelvärden som anges ska endast 15 och 16 kapitlet i lagen tillämpas. Detta ska även gälla för tjänster enligt klass 2. Den nya lagens 15 kap. bör utformas i enlighet med bestämmelserna i 15 kap. LOU.

5 Upphandlingsförfaranden m.m.

I avsnittet tas artiklarna 10, 14, 25–28 och 48 i direktivet upp. Dessa avser inköpscentraler, reserverade kontrakt, upphandlingsförfarandena och elektronisk auktion.

5.1 Direktivets bestämmelser

De huvudsakliga upphandlingsförfarandena inom försvars- och säkerhetsområdet är enligt artikel 25 i direktivet selektivt förfarande och förhandlat förfarande med föregående annonsering. Till skillnad från vad som gäller enligt det klassiska direktivet, och i likhet med vad som gäller enligt försörjningsdirektivet, får förhandlat förfarande med föregående annonsering användas utan några begränsande villkor. Orsaken till att förhandlat förfarande får användas utan begränsning är enligt beaktandesats 47 att de upphandlingar som avses i direktivet kännetecknas av särskilda krav i fråga om komplexitet, informationssäkerhet och försörjningstrygghet. För att tillfredsställa dessa behov krävs därför ofta fördjupade förhandlingar i samband med tilldelningen av kontraktet. Vidare anges i beaktandesatsen att en upphandlande myndighet eller enhet följaktligen kan använda, förutom det selektiva förfarandet, det förhandlade förfarandet med föregående annonsering för de upphandlingar som avses i direktivet. Öppet förfarande finns till skillnad från det klassiska direktivet och försörjningsdirektivet inte omnämnt i direktivet.

Under vissa förutsättningar får även förhandlat förfarande utan föregående annonsering och konkurrenspräglad dialog tillämpas. Förutsättningarna för att använda dessa upphandlingsförfaranden överensstämmer i stort med de som finns i det klassiska direktivet. Förfarandet konkurrenspräglad dialog är inte genomfört i svensk

rätt men föreslås i lagrådsremissen, *Nya rättsmedel m.m. på upphandlingsområdet*, träda i kraft den 1 juli 2010.

I direktivet finns liksom i det klassiska direktivet och försörjningsdirektivet bestämmelser om elektronisk auktion och inköpscentraler. Dessa bestämmelser är ännu inte införda i LOU och LUF, men föreslås genomföras i ovan angiven lagrådsremiss.

Slutligen finns i direktivet även en artikel om reserverade kontrakt (artikel 14), dvs. när deltagandet i upphandlingsförfaranden är reserverat för skyddade verkstäder m.m.

5.2 Selektivt förfarande

Utredningens förslag: Bestämmelser om selektivt förfarande införs.

Selektivt förfarande definieras i artikel 1. 19.

Med selektivt förfarande avses ett förfarande där alla leverantörer kan ansöka om att få delta, men endast anbudssökande som bjuds in av den upphandlande myndigheten eller enheten att delta får lämna anbud. Den upphandlande myndigheten eller enheten bjuder genom annons in tänkbara leverantörer att ansöka om att få lämna anbud. Efter annonseringen, i vilken kraven på leverantören ska finnas, styrker leverantören sin förmåga i olika avseenden genom intyg samt begär att få delta i anbudstävlingen (anbudsansökan). Mot bakgrund av de kriterier och regler som angivits i annonsen väljer den upphandlande myndigheten eller enheten ut så många anbudssökande som angetts i annonsen bland dem som uppfyllt de ställda kraven. Dessa ska enligt direktivet vara minst tre till skillnad från vad som sägs i det klassiska direktivet som anger minst fem. Till dessa ska förfrågningsunderlaget skickas ut samtidigt. Inga andra anbud än från de leverantörer som inbjudits får prövas av den upphandlande myndigheten eller enheten. Förhandlingar med tänkbara leverantörer får inte ske.

5.3 Förhandlat förfarande

Utredningens förslag: Bestämmelser om förhandlat förfarande införs. Förhandlat förfarande med föregående annonsering får användas utan begränsning. Förhandlat förfarande utan föregående annonsering får användas i vissa särskilt angivna fall.

I artikel 1. 20 definieras förhandlat förfarande och i artikel 26 finns bestämmelser om förfarandet. Beaktandesats 47 behandlar förhandlat förfarande med föregående annonsering och beaktandesatserna 50–55 handlar om förhandlat förfarande utan föregående annonsering.

Med förhandlat förfarande avses ett förfarande där den upphandlande myndigheten eller enheten bjuder in utvalda leverantörer såsom vid selektivt förfarande och förhandlar om kontraktsvillkoren med en eller flera av dem. Liksom vid selektivt förfarande sker först en kvalificering och eventuellt en begränsning av antalet anbudssökande. Därefter bjuder myndigheten eller enheten in de kvalificerade och utvalda anbudssökande som ska vara minst tre vid förhandlat förfarande med föregående annonsering.

Såsom ovan angivits finns det, till skillnad från vad som gäller i det klassiska direktivet och i likhet med vad som gäller i försörjningsdirektivet, inga villkor under vilka förhandlat förfarande med föregående annonsering får användas. Huvudförfarandena för upphandlingar inom försvars- och säkerhetsområdet är således selektivt förfarande och förhandlat förfarande med föregående annonsering.

I några begränsade fall får förhandlat förfarande ske utan föregående annonsering. Till största delen överensstämmer dessa fall med de som regleras i det klassiska direktivet, men det finns även, i förhållande till det klassiska direktivet, nya fall. Dessa finns i artiklarna 28.1.b–c, 28.2.a och 28.5. I exempelvis artikel 28.1.c får förhandlat förfarande utan föregående annonsering tillämpas om det på grund av brådska till följd av en kris är omöjligt att iaktta de tidsfrister som gäller vid selektivt förfarande eller förhandlat förfarande med föregående annonsering.

De tidsrymder som finns gällande förhandlat förfarande utan föregående annonsering har utökats från tre år i det klassiska direktivet till fem år i direktivet och kan gälla ännu längre under

vissa förutsättningar, se artiklarna 28.3.a andra stycket och 28.4.b tredje stycket.

5.4 Konkurrenspräglad dialog

Utredningens förslag: Lagen innehåller bestämmelser om upphandlingsförfarandet konkurrenspräglad dialog.

Förfarandet ska även kunna användas vid upphandling utanför det direktivstyrda området.

I artikel 1.21 ges en definition av upphandlingsförfarandet konkurrenspräglad dialog och i artikel 27 finns bestämmelser om förfarandet. Ytterligare upplysningar om förfarandet konkurrenspräglad dialog finns i beaktandesats 48 och 63.

Förfarandet konkurrenspräglad dialog är ett komplement till redan befintliga former av upphandlingsförfaranden. Förfarandet präglas särskilt av att det innefattar en möjlighet för den upphandlande myndigheten eller enheten att föra en dialog med utvalda leverantörer i syfte att identifiera och definiera hur myndighetens eller enhetens behov bäst ska kunna tillgodoses. Avsikten är att konkurrenspräglad dialog ska vara en flexibel procedur för tilldelning av särskilt komplicerade kontrakt när ett selektivt eller förhandlat förfarande med föregående annonsering inte medger tilldelning av kontrakt. Förfarandet ska bidra till att skapa goda förutsättningar för ett effektivt resursutnyttjande och förmånliga inköpsvillkor för det allmänna. Konkurrenspräglad dialog kommer att kunna användas när det är omöjligt att i förväg utforma någon mer exakt specifikation, samt i de fall när det inte går att utforma specifikationer som gör det möjligt att värdera alla lösningar som marknaden kan erbjuda. Det är även möjligt att använda förfarandet när den upphandlande myndigheten eller enheten i stort känner till vilket slutresultat som ska uppnås, men där myndigheten eller enheten inte i förväg kan fastställa hur resultatet ska uppnås på bästa sätt när det gäller t.ex. finansiering, rättsfrågor eller tekniska lösningar.

Förfarandet konkurrenspräglad dialog kommer att underlätta genomförandet av upphandlingar som är s.k. funktionsupphandlingar, dvs. upphandlingar där man i stället för att ställa krav

på den vara eller den tjänst som ska upphandlas ställer krav på och definierar vilken funktion man önskar uppnå.

Konkurrenspräglad dialog kan enligt lagrådsremissen, *Nya rättsmedel m.m. på upphandlingsområdet* (s. 213), antas leda till ökad kompetens och erfarenhet hos upphandlande myndigheter och enheter genom att leverantörerna använder dialogfasen för att presentera sina egna individuella lösningar. Vidare anges i lagrådsremissen att dialogen också antas öka möjligheten att beakta t.ex. tekniska innovationer när den upphandlande myndigheten eller enheten fortlöpande kan diskutera och väga unika lösningar mot varandra och att det därför är sannolikt att upphandling genom konkurrenspräglad dialog kan stimulera framväxten av ny teknik.

Artikel 27, som handlar om konkurrenspräglad dialog, är i allt väsentligt identisk med motsvarande artikel i det klassiska direktivet. Författningsförslaget är därför utformat i överensstämmelse med lagrådsremissens förslag till ändringar i LOU.

5.5 Elektronisk auktion

Utredningens förslag: Bestämmelser om elektronisk auktion införs.

Elektronisk auktion ska kunna användas såväl vid upphandling inom det direktivstyrda området som vid upphandling som faller utanför direktivets tillämpningsområde.

I artikel 1.12 finns en definition av elektronisk auktion. Närmare bestämmelser om användningen finns i artikel 48. Beaktandesats 22 behandlar elektroniska auktioner.

Av artikel 48.2 framgår att tilldelning av kontrakt kan föregås av en elektronisk auktion, under förutsättning att förfrågningsunderlaget kan fastställas med tillräcklig exakthet. Med en elektronisk auktion avses en upprepad process med hjälp av elektroniska medel för att presentera nya lägre priser och/eller nya värden för vissa delar av anbudet. En elektronisk auktion genomförs efter en första fullständig utvärdering av anbudet och möjliggör en rangordning på grundval av automatiska utvärderingsmetoder. Således är en elektronisk auktion inte ett fullständigt upphandlingsförfarande,

utan kan ingå som en avslutande del i ett annat upphandlingsförfarande.

Den upphandlande myndigheten eller enheten får använda elektronisk auktion vid selektivt förfarande och vid förhandlat förfarande med föregående annonsering. Artikel 48 skiljer sig från motsvarande bestämmelse i det klassiska direktivet genom att elektronisk auktion får användas vid förhandlat förfarande med föregående annonsering utan begränsning. Elektronisk auktion får även användas vid förnyad konkurrensutsättning då ramavtal används. Vissa tjänste- och byggtreprenadkontrakt som innehåller intellektuella prestationer, såsom projektering av byggtreprenader, kan inte bli föremål för elektronisk auktion.

I lagrådsremissen, *Nya rättsmedel m.m. på upphandlingsområdet* (s. 229–230), anförts följande om elektroniska auktioner. Användningen av elektroniska auktioner kan bidra till effektivitetsförbättringar och därmed till kostnadsminskningar samt kan dessutom leda till lägre priser på det som upphandlas. Eftersom ett av de krav som ska vara uppfyllda för att elektronisk auktion ska få användas är att kontrakt kan tilldelas direkt med ledning av resultatet av auktionen kommer förfrågningsunderlaget och tilldelningskriterierna att behöva fastställas med stor noggrannhet. Ett förfarande som innefattar en elektronisk auktion kan därför innebära att en bättre kvalitet i upphandlingarna uppnås. Vidare kräver användningen av elektroniska auktioner att de deltagande leverantörerna vid varje tidpunkt ska ha kännedom om sin plats i rangordningen, vilket kan bidra till en ökad öppenhet. Av naturliga skäl kommer priset sannolikt att få en dominerande betydelse vid upphandling där elektronisk auktion används. En utveckling som innebär att detta sker på bekostnad av angelägna och rimliga krav på kvaliteten hos det som upphandlas är naturligtvis inte önskvärd. Sådana effekter följer dock inte nödvändigtvis av att elektroniska auktioner används.

De artiklar som berör elektroniska auktioner är i allt väsentligt identiska med de i det klassiska direktivet och i försörjningsdirektivet. Författningsförslaget är därför utformat i överensstämmelse med det förslag till ändringar i LOU och LUF som finns i den ovan nämnda lagrådsremissen.

5.6 Inköpscentraler

Utredningens förslag: Bestämmelser om inköpscentraler införs. Inköpscentraler ska kunna användas såväl vid upphandling inom det direktivstyrda området som vid upphandling som faller utanför direktivets tillämpningsområde.

I artikel 1.18 definieras inköpscentraler. I artikel 10 finns de närmare bestämmelserna om kontrakt som tilldelas och ramavtal som ingår av inköpscentraler. Ytterligare upplysningar om inköpscentraler finns i beaktandesats 23.

Med inköpscentral avses en upphandlande myndighet eller enhet eller ett offentligt europeiskt organ som

- anskaffar varor och/eller tjänster som är avsedda för upphandlande myndigheter eller enheter, eller
- tilldelar kontrakt eller ingår ramavtal om byggentreprenader, varor eller tjänster som är avsedda för upphandlande myndigheter eller enheter.

Två huvudtyper av centraliserad upphandling kan urskiljas. En typ är när en inköpscentral upphandlar byggentreprenader, varor och tjänster för vidareförsäljning till andra upphandlande myndigheter eller enheter, dvs. en form av grossistverksamhet. Den andra typen är när en inköpscentral upphandlar ramavtal för varor och tjänster, vilka sedan andra upphandlande myndigheter eller enheter kan göra avrop ifrån.

Till skillnad från vad som gäller enligt det klassiska direktivet och försörjningsdirektivet kan upphandlande enheter eller ett offentligt europeiskt organ även utgöra en inköpscentral.

I Sverige finns det redan statliga myndigheter som genomför upphandlingar på ett sätt som gör att de kan betraktas som inköpscentraler. De myndigheter som inom ramen för den statliga inköpsmordningen utsetts till ramavtalsansvariga myndigheter upphandlar nämligen ramavtal som andra statliga myndigheter kan göra avrop ifrån. Det övergripande syftet med den statliga inköpsmordningen är att förenkla den statliga förvaltningens anskaffning av vissa varor och tjänster och åstadkomma mer förmånliga inköpsvillkor Enligt förordningen (1998:796) om statliga inköpsmordningen är en myndighet till och med skyldig att använda sådana ramavtal om myndigheten inte finner att en annan

form av avtal sammantaget är bättre. Sedan år 2006 ansvarar ekonomistyrningsverket (ESV) för den statliga inköpssamordningen.

I lagrådsremissen, *Nya rättsmedel m.m. inom upphandlingsområdet* (s. 243 ff), anføres att det förhållandet att inköpscentraler redan används är ett tungt vägande skäl för att det bör införas uttryckliga regler på området. Regeringen ansåg därför att det bör införas bestämmelser om att en inköpscentral i enlighet med det klassiska direktivet och försörjningsdirektivet ska kunna ingå ramavtal samt medverka vid en upphandling såsom ombud åt flera upphandlande myndigheter eller enheter. Det anføres vidare att genom att införa bestämmelser om inköpscentraler skapas en tydligare rättslig grund för den samordnande upphandling som redan bedrivs och att verksamheten därför inte riskerar att bli olaglig.

En inköpscentral kan enligt detta direktiv liksom enligt det klassiska direktivet och enligt försörjningsdirektivet agera som grossist. Vad gäller denna funktion anføres bl.a. följande i lagrådsremissen (s. 247). När det gäller en inköpscentrals funktion som grossist, dvs. att inköpscentralen själv anskaffar varor eller tjänster som ska användas av andra, tycks detta inte förekomma i Sverige, vilket sannolikt är förklaringen till att ingen av remissinstanserna har efterlyst att denna funktion ska införas. Det har således enligt regeringens uppfattning inte framkommit något behov av att införa en sådan möjlighet i upphandlingslagarna. Även om det i framtiden skulle framstå som ändamålsenligt med en sådan funktion, talar därför övervägande skäl mot att för närvarande införa bestämmelser som möjliggör för en inköpscentral att agera grossist.

Enligt lagrådsremissen (s. 249) har det i praxis utarbetats en ordning att den myndighet som tecknar ramavtal är ansvarig. Det ansågs också framstå som den mest naturliga lösningen att den som genomför en upphandling och är insatt i de olika frågorna är den som är ansvarig för att den genomförs i enlighet med upphandlingslagstiftningen. Det förtydligas i lagrådsremissen att vid en förnyad konkurrensutsättning är det den avropande myndigheten eller enheten som blir ansvarig för att det sker med iakttagande av aktuella bestämmelser. I de rena ombudsfallen ansågs däremot, i enlighet med allmänna rättsliga principer, den upphandlande myndigheten eller enheten som anlitat en inköpscentral som

ombud som ansvarig. Mot den bakgrunden ansågs uttryckliga bestämmelser rörande ansvarsfördelningen inte behöva införas.

Till skillnad från vad som gäller enligt det klassiska direktivet och försörjningsdirektivet kan även offentliga europeiska organ utgöra inköpscentral. Vad gäller ansvarsfrågan för sådana offentliga europeiska organ, ska den upphandlande myndigheten eller enheten enligt vad som föreskrivs i artikel 10.2 anses ha följt direktivet om de bestämmelser som tillämpats av en sådan inköpscentral vid tilldelningen av kontraktet överensstämmer med samtliga bestämmelser i direktivet, och de kontrakt som tilldelats kan omfattas av effektiva åtgärder motsvarande dem som föreskrivs i avdelning IV (artikel 55–64).

I den utsträckning de artiklar som berör inköpscentraler är desamma som i det klassiska direktivet och i försörjningsdirektivet har de aktuella paragraferna utformats i enlighet med de förslag till bestämmelser i LOU och LUF som ges i lagrådsremissen.

5.7 Reserverade kontrakt

Utredningens förslag: Artikel 14 föranleder inte någon bestämmelse i lagen.

Artikel 14 handlar om reserverade kontrakt. Mer om reserverade kontrakt finns i beaktandesats 35.

Med reserverade kontrakt avses att deltagandet i upphandlingsförfaranden reserveras för skyddade verkstäder eller ska fullgöras inom ramen för program för skyddad anställning, om majoriteten av de berörda arbetstagarna är personer med funktionshinder som på grund av funktionshindrets art eller svårighet inte kan utöva yrkesverksamhet på normala villkor.

I Sverige finns inte någon verksamhet som betecknas skyddade verkstäder. Den verksamhet som bedrivs av Samhall AB kan, enligt *Delbetänkande av upphandlingsutredningen 2004* (SOU 2005:22, s. 210), möjligen jämföras med sådana verkstäder, men motsvarar närmast det som i direktivet kallas ”program för skyddad anställning”. Samhall AB erbjuder arbete åt arbetssökande personer som har ett eller flera funktionshinder.

Bestämmelser om skyddat arbete finns i förordningen (2000:630) om särskilda insatser för personer med funktionshinder

som medför nedsatt arbetsförmåga. I 32 § i förordningen anges att skyddat arbete innebär arbete för personer med arbetshandikapp vars arbetsförmåga är så nedsatt att de inte kan få annat arbete och vars behov inte kan tillgodoses genom andra insatser.

Artikel 10 är identisk med motsvarande artiklar i det klassiska direktivet och i försörjningsdirektivet. Regeringen ansåg inte att det fanns skäl att genomföra dessa artiklar i LOU eller LUF (se prop. 2006/07:128 del 1, s. 187). Inte heller föreslås i lagrådsremissen, *Nya rättsmedel m.m. på upphandlingsområdet*, att dessa artiklar ska genomföras. Enligt utredningens mening finns det inte något skäl att beträffande denna lag göra någon annan bedömning. Utredningen föreslår därför inte någon bestämmelse om reserverade kontrakt.

6 Informationssäkerhet

I avsnittet behandlas artiklarna 1.8, 7, 22 och 42.1.j i direktivet vilka syftar till att se till säkerheten för den sekretessbelagda information som en upphandlande myndighet eller enhet lämnar under ett upphandlingsförfarande.

6.1 Bakgrund till direktivets bestämmelser

Medlemsstaterna i EU har inget gemensamt försvar, utan varje medlemsstat har kvar sin nationella suveränitet på försvarsområdet. Det samarbete som finns inom EU på området är mellanstatligt, t.ex. Europeiska försvarsbyrån, EDA. Således har varje medlemsstat sina egna särskilda förutsättningar och behov på försvarsområdet. Av det följer att det endast är medlemsstaten själv som kan definiera sina nationella säkerhetsbehov.

Vid upphandling av produkter eller tjänster på försvars- och säkerhetsområdet förekommer ofta uppgifter av känslig natur. Uppgifter som omfattas av sekretess eller på annat sätt är känsliga kan bl.a. förekomma i kravspecifikationer eller i kontrakt. Sådana uppgifter kan också komma en leverantör till del i ett senare skede, t.ex. i samband med det faktiska fullgörandet av ett kontrakt. Bestämmelser som avser att säkerställa att sekretessbelagda uppgifter eller uppgifter av känslig karaktär, vilka lämnas under ett upphandlingsförfarande, behandlas på ett så säkert sätt som möjligt av en leverantör är därför av yttersta vikt. För att skapa bättre förutsättningar för upphandlingar av sådant material och sådana tjänster som är av så känslig natur innehåller direktivet ett antal artiklar om informationssäkerhet.

6.2 Direktivets bestämmelser

En upphandlande myndighet eller enhet får enligt artikel 7 ställa vissa krav på en leverantör för att denne ska skydda sekretessbelagda uppgifter som överlämnas under ett upphandlingsförfarande. Krav får också ställas på att leverantören säkerställer att dess underleverantörer uppfyller sådana krav.

När ett kontrakt innehåller, inbegriper eller kräver sekretessbelagd information ska den upphandlande myndigheten eller enheten, enligt artikel 22 i direktivet, i kontraktshandlingarna precisera alla de åtgärder och krav som är nödvändiga för att säkerställa sekretessen. I detta syfte får den upphandlande myndigheten eller enheten kräva att anbudet bl.a. innehåller en utfästelse från anbudsgivaren om att denne på lämpligt sätt kommer att skydda sekretessen. Den upphandlande myndigheten eller enheten får, enligt artikel 42.1.j, även kräva att en leverantör styrker nödvändig förmåga att behandla, lagra och överföra sekretessbelagd information.

I artikel 22 sista stycket och artikel 42.1.j andra stycket anges att medlemsstaterna ska godta säkerhetskontrollsystem likvärdiga det nationella, utan att det påverkar den upphandlande myndigheten eller enhetens möjlighet att själv genomföra och beakta ytterligare nödvändiga undersökningar. Medlemsstaterna kan även föreskriva att de krav och bevis som kan ställas på anbudsgivare måste överensstämma med de nationella bestämmelserna om säkerhetskontroll. Vid behov får enligt artikel 42.1.j den upphandlande myndigheten eller enheten ge anbudssökande som ännu inte har ett säkerhetskontrollsystem en förlängd tidsfrist för att införa ett sådant.

6.3 Definition av sekretessbelagd information

Utredningens förslag: Bestämmelser om informationssäkerhet införs i lagen. Lagen ska också innehålla en definition av sekretessbelagd information. Med sekretessbelagd information avses information och material oavsett form, karaktär eller överföringsteknik som omfattas av krav på en viss säkerhetsnivå eller en viss skyddsnivå och som med hänsyn till rikets säkerhet samt lagar och andra författningar måste skyddas mot intrång, förstörelse, avlägsnande, spridning, förlust eller åtkomst av någon obehörig person eller någon annan typ av risk.

I artikel 1.8 definieras sekretessbelagd information som all information och allt material som enligt den berörda medlemsstatens gällande lagar och författningar måste skyddas mot bl.a. intrång, spridning eller åtkomst av någon obehörig person. De lagar som reglerar skyddande av uppgifter i Sverige är bl.a. offentlighets- och sekretesslagen (2009:400), lagen (1971:1078) om försvarsuppfinningar och lagen (1990:409) om skydd för företagshemligheter. Eftersom definitionen av sekretessbelagd information enligt direktivet är kopplad till den nationella lagstiftningen kan en uppgift vara att anses som sekretessbelagd information i en stat, men inte i en annan.

Enligt definitionen ska den sekretessbelagda informationen även röra den nationella säkerheten. Genom det exkluderas sådan information som är sekretessbelagd av andra skäl såsom av hänsyn till enskilds personliga eller ekonomiska förhållanden.

Definitionen omfattar information som måste skyddas mot intrång, förstörelse, avlägsnande, spridning, förlust eller åtkomst av någon obehörig person eller någon annan typ av risk. Denna definition torde innebära ett vidare tillämpningsområde än vad som gäller enligt t.ex. offentlighets- och sekretesslagen (OSL), eftersom denna lag enligt dess 2 kap. 1 § endast omfattar ett förbud att röja eller utnyttja en uppgift enligt lagen eller enligt lag eller förordning som denna lag hänvisar till. I lagen om försvarsuppfinningar anges att en försvarsuppfinning inte får offentliggöras eller på annat sätt obehörigen röjas (4 och 16 §§).

Utredningen har övervägt att försöka anpassa direktivtexten närmare till vad som i övrigt gäller i t.ex. OSL, men funnit att det då kan finnas risk för att det kan uppstå konflikt i förhållande till

direktivtexten. Utredningen har därför valt att använda sig av begreppet ”sekretessbelagd information” i lagtexten, trots att detta skiljer sig från OSL, i vilken man talar om ”uppgifter”.

6.4 Krav på leverantörer och underleverantörer

Utredningens förslag: En upphandlande myndighet eller enhet får kräva att en leverantör uppfyller vissa krav för att skydda sekretessbelagd information, som myndigheten eller enheten överlämnar under upphandlingsförfarandet.

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

Bestämmelsen motsvarar artikel 7 som ger en upphandlande myndighet eller enhet en möjlighet att ställa krav på en leverantör för att denne ska skydda sekretessbelagd information som överlämnas under upphandlingsförfarandet. Vilka specifika krav som kan ställas anges inte, utan det torde vara upp till den upphandlande myndigheten eller enheten att avgöra i varje enskilt fall hur kraven ska se ut. Kraven måste dock ställas i syfte att skydda den sekretessbelagda informationen och även vara proportionerliga, vilket följer av de grundläggande principerna i EUF-fördraget. Den upphandlande myndigheten eller enheten får även kräva att en leverantör säkerställer att dennes underleverantörer kan uppfylla de krav som ställs på leverantören.

I artikeln finns inte någon begränsning till i vilket skede av upphandlingen som dessa krav kan ställas.

Artikel 22, som behandlas i avsnitt 6.5–6.7, utvecklar vad som gäller för informationssäkerhet. Vad som avses med sekretessbelagd information framgår av definitionen i artikel 1.8.

Om leverantören inte kan eller inte vill iaktta de särskilda krav som uppställs ska dennes anbud förkastas.

I detta sammanhang bör även undantagen i artikel 13.a i direktivet och artikel 346.1a i EUF-fördraget uppmärksammas om utlämnande av information skulle strida mot en stats väsentliga säkerhetsintressen.

6.5 Åtgärder och krav i annonsen om upphandling m.m.

Utredningens förslag: Den upphandlande myndigheten eller enheten ska i annonsen om upphandling, förfrågningsunderlaget, det beskrivande dokumentet eller de kompletterande handlingarna precisera alla de åtgärder och krav som är nödvändiga för att se till säkerheten för sekretessbelagd information när det gäller kontrakt som innehåller, inbegriper eller kräver sådan information.

Bestämmelsen motsvarar artikel 22 första stycket.

När en upphandlande myndigheten eller enhet vet att det i kontraktet eller vid fullgörandet av uppdraget m.m. kommer att finnas information som är sekretessbelagd, ska myndigheten eller enheten i kontraktshandlingarna precisera de krav som ställs på leverantörer för att säkerställa att de sekretessbelagda uppgifterna inte kommer att röjas. Exempel på vilken typ av krav som kan ställas anges i artikel 22 andra stycket. Det kan t.ex. vara att leverantören i anbudet lämnar ett löfte om att denne på lämpligt sätt kommer att skydda sekretessen eller att information lämnas om den kapacitet som finns hos underleverantörer för att bevara sekretessbelagda uppgifter.

I artikeln anges inte hur detaljerat alla de åtgärder och krav som den upphandlande myndigheten eller enheten ställer ska anges i kontraktshandlingarna. Att kräva att t.ex. ett säkerhetsskyddsavtal ska återges i kontraktshandlingarna ter sig orimligt i sekreteshänseende. Enligt utredningens mening bör artikeln tolkas så att den upphandlande myndigheten eller enheten i kontraktshandlingarna preciserar alla de åtgärder och krav som ställs på en sådan nivå att leverantörerna får tillräcklig information.

I artikel 22 första stycket anges att den upphandlande myndigheten eller enheten ska precisera alla de åtgärder och krav som är nödvändiga för att säkerställa säkerheten. För att undvika att så snarlika ord som "säkerställa" och "säkerheten" kommer i direkt följd har ordet "säkerställa" ersatts av "se till".

I artikel 7, som behandlas i avsnitt 6.4, finns en generell bestämmelse vad gäller informationssäkerhet. Vad som avses med sekretessbelagd information framgår av definitionen i artikel 1.8.

Om en leverantör inte kan eller vill iaktta de särskilda krav som myndigheten eller enheten ställt upp för fullgörandet kan anbudet från leverantören förkastas.

6.6 Innehållskrav på anbud

Utredningens förslag: Den upphandlande myndigheten eller enheten får bland annat kräva att anbuden innehåller följande:

1. en utfästelse från anbudsgivaren och de underleverantörer som redan valts ut om att de på lämpligt sätt kommer att skydda sekretessen för sekretessbelagd information som de har tillgång till eller som de kommer att få kännedom om under genomförande av kontraktet och efter att kontraktet har genomförts eller upphört att gälla, i enlighet med relevanta lagar och andra författningar,

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

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

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

Bestämmelsen motsvarar artikel 22 andra stycket. I artikeln sägs att den upphandlande myndigheten eller enheten bl.a. får ställa krav på att anbuden ska innehålla vissa uppgifter eller utfästelser. Dessa krav på anbuden ställs i syfte att säkerställa säkerheten för sekretessbelagd information när det gäller de kontrakt som avses i artikel 22 första stycket.

I punkten c i direktivet anges att underleverantörerna ska kunna skydda sekretessen för sekretessbelagd information som de har tillgång till eller kommer att åläggas att *sammanställa* då de genomför underleverantörskontraktet. I den engelska versionen sägs ”or which they are required to produce when carrying out their

subcontracting activities”. I den franska versionen anges ”ou qu’il sera amené à produire dans le cadre de la réalisation de ses activités de sous-traitance.” Avsikten torde vara att underleverantörerna ska skydda sekretessen för sekretessbelagd information som de kommer åläggas att *framställa* när de genomför underleverantörskontraktet. Det är därför lämpligt att författningstexten utformas i enlighet med det.

Bestämmelsen är fakultativ och listan över de krav som kan ställas är inte uttömmande. Utvärderingen av anbud är av central betydelse i en upphandlingsprocess. Inom försvars- och säkerhetsområdet är det dessutom av särskild vikt att en upphandlande myndighet eller enhet redan på ett tidigt stadium kan utvärdera leverantörens möjlighet att säkerställa att sekretessbelagda uppgifter eller uppgifter av känslig karaktär inte riskerar att lämnas ut till obehöriga. Därför är det av avgörande betydelse att en upphandlande myndighet eller enhet kan styra innehållet i anbuden i så stor utsträckning som möjligt för kunna göra en så korrekt utvärdering av leverantörens förmåga att hantera sekretessbelagd information som möjligt. De exempel på krav som ställs i bestämmelsen tillhör de mest centrala i detta avseende. Dessa exempel kan också vara god vägledning för en upphandlande myndighet eller enhet. Därför talar enligt utredningens mening övervägande skäl för att en bestämmelse motsvarande artikel 22 andra stycket tas med i författningstexten. Av bestämmelsen ska tydligt framgå att de exempel som anges inte är uttömmande.

I artikel 22 tredje stycket första meningen anges att medlemsstaterna får föreskriva att de åtgärder och krav som avses i artikelns andra stycke ska överensstämma med de nationella bestämmelserna om säkerhetskontroll. Eftersom säkerhetsskyddslagen (1996:627) och säkerhetsskyddsförordningen (1996:633) (se avsnitt 6.7) inte innehåller några bestämmelser i detta avseende fyller en sådan hänvisning ingen funktion.

6.7 Godkännande av likvärdiga säkerhetskontrollsystem

Utredningens förslag: Artikel 22 tredje stycket andra meningen föranleder ingen bestämmelse i lagen.

I artikel 22 tredje stycket andra meningen anges att medlemsstaterna ska godta säkerhetskontrollsystem som de anser vara likvärdiga med de system som föreskrivs i den nationella lagstiftningen, utan att det påverkar deras möjlighet att själva genomföra och beakta ytterligare undersökningar om detta anses nödvändigt. Enligt beaktandesats 43 är det de upphandlande myndigheterna eller enheterna eller medlemsstaterna som ska fastställa om de anser att säkerhetskontrollsystem som utfärdats i enlighet med den nationella lagen i en annan medlemsstat är likvärdiga med dem som utfärdats av dess egna behöriga myndigheter om det saknas ett gemenskapssystem om informations-säkerhet. I flera fall har, enligt beaktandesats 68, medlemsstaterna bilaterala säkerhetsavtal med regler om ömsesidigt erkännande av nationella säkerhetskontrollsystem. Vidare anges i beaktandesatsen att även om sådana avtal existerar kan kapaciteten hos ekonomiska aktörer från andra medlemsstater inom området för informations-säkerhet kontrolleras och en sådan kontroll bör göras i enlighet med principerna om icke-diskriminering, likabehandling och proportionalitet.

Bestämmelser om säkerhetsskyddsavtal, vilket i Sverige närmast motsvarar det i direktivet nämnda begreppet säkerhetskontrollsystem, finns i säkerhetsskyddslagen (1996:627). I lagen regleras säkerhetsskydd hos bl.a. staten, kommuner, landsting och aktiebolag över vilka staten utövar ett rättsligt bestämmande inflytande samt enskilda om verksamheten är av betydelse för rikets säkerhet. I verksamhet där lagen gäller ska det säkerhetsskydd finnas som behövs med hänsyn till verksamhetens art, omfattning och övriga omständigheter. Med säkerhetsskydd avses skydd mot spioneri, sabotage och andra brott som kan hota rikets säkerhet, skydd i andra fall av uppgifter som omfattas av sekretess enligt offentlighets- och sekretesslagen (2009:400) och som rör rikets säkerhet, samt skydd mot terroristbrott enligt 2 § lagen (2003:148) om straff för terroristbrott, även om brotten inte hotar rikets säkerhet.

Säkerhetsskyddet ska enligt 7 § säkerhetsskyddslagen förebygga

1. att uppgifter som omfattas av sekretess och som rör rikets säkerhet obehörigen röjs, ändras eller förstörs (informations-säkerhet),
2. att obehöriga får tillträde till platser där de kan få tillgång till uppgifter som avses i 1 eller där verksamhet som har betydelse för rikets säkerhet bedrivs (tillträdesbegränsning), och

3. att personer som inte är pålitliga från säkerhetssynpunkt deltar i verksamhet som har betydelse för rikets säkerhet (säkerhetsprovning).

När staten avser att begära in anbud eller träffa avtal om upphandling där det förekommer uppgifter som med hänsyn till rikets säkerhet omfattas av sekretess, ska staten träffa ett skriftligt avtal, säkerhetsskyddsavtal, med anbudsgivaren eller leverantören om det säkerhetsskydd som behövs i det särskilda fallet (8 §).

Ytterligare bestämmelser om säkerhetsskydd finns i säkerhetsskyddsförordningen (1996:633) och i föreskrifter från Rikspolisstyrelsen och Försvarmakten.

Om säkerhetsskyddsklassificerad information ska utbytas internationellt, dvs. mellan stater eller mellan mellanfolkliga organisationer, sluter man ett säkerhetsskyddsavtal. Ett sådant bilateralt avtal innebär generellt att mottagaren förbinder sig att skydda den hemliga information som man tar emot.

Ett säkerhetsskyddsavtal mellan två stater förhandlas i Sverige normalt fram av Försvarets materielverk eller Försvarmakten på uppdrag av regeringen. Eftersom artikel 22 tredje stycket, om godkännande av likvärdiga säkerhetskontrollsystem (säkerhetsskyddsavtal), riktar sig till medlemsstaten finns det inget behov av att ta in en sådan bestämmelse i lagen.

6.8 Bevis på en leverantörs kapacitet

Utredningens förslag: En leverantör får, när det gäller kontrakt som inbegriper, kräver eller innehåller sekretessbelagd information, genom bevis styrka sin förmåga att behandla, lagra och överföra sådana uppgifter på den skyddsnivå som krävs av den upphandlande myndigheten eller enheten.

Bestämmelsen motsvarar artikel 42.1.j första stycket.

Artikel 42 motsvaras i princip av artikel 48 i det klassiska direktivet som har genomförts i 11 kap. 11 § LOU. Bestämmelsen i LOU säger att en upphandlande myndighet i en annons om upphandling eller inbjudan att lämna anbud ska ange på vilka sätt en leverantör kan styrka sin tekniska kapacitet. I försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet har en ny bestämmelse införts i

artikel 42.1.j. I bestämmelsen stadgas att leverantören genom bevis får styrka nödvändig förmåga att behandla, lagra och överföra sekretessbelagd information för de kontrakt som inbegriper, kräver eller innehåller sådan information.

I artikel 42.1.j andra stycket anges att medlemsstaterna får föreskriva att de bevis som avses i bestämmelsen ska överensstämma med den nationella lagstiftningen om säkerhetskontrollsystem. Eftersom säkerhetsskyddslagen inte innehåller några bestämmelser i detta avseende fyller en sådan hänvisning ingen funktion.

Frågan om ett godkännande av likvärdiga säkerhetskontrollsystem som anges i artikel 42.1.j. andra stycket sista meningen har behandlats i avsnitt 6.7.

Bestämmelser om granskning av leverantörer finns i dag i säkerhetsskyddslagen. En leverantör som deltar i verksamhet som har placerats i en säkerhetsklass ska nämligen genomgå en säkerhetsprövning enligt 11 och 13 §§ säkerhetsskyddslagen. En sådan säkerhetsprövning ska göras innan en person genom anställning eller på något annat sätt deltar i verksamhet som har betydelse för rikets säkerhet eller anlitas för uppgifter som är viktiga för skyddet mot terrorism. Syftet med prövningen är att klarlägga om personen kan antas vara lojal mot de intressen som skyddas i lagen och i övrigt är pålitlig från säkerhetssynpunkt. En säkerhetsprövning omfattar registerkontroll och särskild personutredning. Med registerkontroll avses att uppgifter hämtas ur register som bl.a. omfattas av lagen (1998:620) om belastningsregister. Säkerhetsskyddslagen omfattar endast svenska fysiska personer.

6.9 Möjlighet till säkerhetskontrollsystem

Utredningens förslag: Den upphandlande myndigheten eller enheten får ge anbudssökande som ännu inte har ett säkerhetskontrollsystem en förlängd tidsfrist att införa ett sådant. Den upphandlande myndigheten eller enheten ska i så fall i annonsen om upphandling ange att den möjligheten finns och tidsfristen för det.

Bestämmelsen motsvarar artikel 42.1.j tredje stycket.

Om förfrågningsunderlaget innehåller sekretessbelagd information medför det att ett säkerhetsskyddsavtal måste tecknas redan

innan anbudsgivaren kan få del av förfrågningsunderlaget. Saknar en leverantör ett sådant kan den upphandlande myndigheten eller enheten genom bestämmelsen ge leverantören en förlängd tidsfrist för att teckna ett sådant avtal. En förutsättning för att leverantören ska kunna få en sådan möjlighet är att den upphandlande myndigheten eller enheten i annonsen om upphandling angett att den möjligheten finns samt angett tidsfristen för att teckna avtalet. Om en leverantör inte kan eller vill iaktta de krav på säkerhetsskyddsavtal som myndigheten eller enheten ställt upp för fullgörandet ska anbudet från leverantören förkastas.

Säkerhetskontrollsystem motsvaras i Sverige av säkerhetsskyddsavtal enligt 8 § säkerhetsskyddslagen (se mer ovan i avsnitt 6.7). Ett sådant avtal träffas mellan staten och anbudsgivaren eller leverantören. Försvarets materielverk får enligt 17 § säkerhetsskyddsförordningen träffa avtal om säkerhetsskydd med ett svenskt företag, om det är nödvändigt för att företaget ska kunna delta i internationellt samarbete om utveckling eller produktion av försvarsmateriel.

I artikeln anges att en anbudssökande som ännu inte har ett säkerhetskontrollsystem kan få en förlängd tidsfrist att *anskaffa* ett sådant. I den engelska översättningen står "obtain" och i den franska står "obtenir". I sammanhanget är det mer lämpligt att använda *införa* i stället för anskaffa. Bestämmelsen är därför utformad i enlighet med det.

I den svenska översättningen av artikel 42.1.j tredje stycket i direktivet står vidare "meddelandet om underentreprenaden", medan det i den engelska översättningen står "contract notice" och i den franska översättningen står "l'avis de marché", dvs. annonsen om *upphandling*. Förslaget till författningstext har därför utformats i enlighet med detta.

6.10 Kontroll av anbudssökande

Utredningens förslag: Den upphandlande myndigheten eller enheten får begära att behörigt organ i anbudssökandes stat kontrollerar att de lokaler och installationer som planeras att användas, de industriella och administrativa förfarande som kommer att tillämpas, formerna för informationsstyrning och förhållandena beträffande den personal som beräknas komma att arbeta med att genomföra kontraktet uppfyller de krav som ställs.

Bestämmelsen motsvarar artikel 42.1.j fjärde stycket.

Bestämmelsen ger den upphandlande myndigheten eller enheten en möjlighet att via den nationella säkerhetstjänsten i den anbudssökandes hemstat eller säkerhetsmyndigheten som denna stat har utsett kontrollera att leverantören uppfyller de krav som ställs. Det som kan kontrolleras är de lokaler och installationer som planeras att användas, de industriella och administrativa förfaranden som kommer att tillämpas, formerna för informationsstyrning och förhållandena beträffande den personal som beräknas komma att arbeta med att genomföra kontraktet.

Till viss del överensstämmer artikeln med de bestämmelser om kontroll av säkerhetsskyddsavtal som finns i säkerhetsskyddsförordningen samt i de föreskrifter och allmänna råd som Rikspolisstyrelsen och Försvarsmakten utfärdat. I 31 § säkerhetsskyddslagen anges att den som regeringen bestämmer ska kontrollera säkerhetsskyddet hos myndigheter och andra som lagen gäller för samt anbudsgivare och leverantörer som har träffat ett säkerhetsskyddsavtal. Därutöver ska staten, kommuner och landsting se till att det finns ett tillfredsställande säkerhetsskydd hos bl.a. aktiebolag över vilka de utövar ett rättsligt bestämmande inflytande samt hos anbudsgivare och leverantörer med vilka de har träffat ett säkerhetsskyddsavtal. Kontroll utförs i vissa fall av den avtalsslutande myndigheten och i andra fall av Rikspolisstyrelsen och Försvarsmakten enligt 41–42 §§ säkerhetsskyddsförordningen. När Rikspolisstyrelsen och Försvarsmakten genomför kontrollen ska den utföras i samråd med den avtalsslutande myndigheten.

Enligt 7 kap. 4 § i Rikspolisstyrelsens författningssamling (RPSFS 2010:03) ska en säkerhetsprövning av företagets ledning och övriga inom företaget som kommer få del av hemliga uppgifter

göras. Om ett företag ska hantera eller förvara hemliga uppgifter i egna lokaler ska myndigheten genom besök kontrollera om företagets lokaler och övriga förhållanden är lämpliga från säkerhetsskyddssynpunkt (5 § samma kapitel). När ett säkerhetsskyddsavtal har ingåtts ska företaget enligt 6 § samma kapitel upprätta en säkerhetsskyddsinstruktion som ska godkännas av myndigheten. Säkerhetsskyddet ska fortlöpande prövas och anpassas med hänsyn till aktuell hotbild, upphandlingens omfattning och skyddsvärdet hos de uppgifter som kommer att hanteras av det företag som upphandlas (3 § samma kapitel). Liknande bestämmelser finns i 8 kap. i Försvarets författningssamling (FFS 2003:7).

Även företaget bör fortlöpande kontrollera att endast behöriga personer deltar i uppdrag, att åtgärderna i säkerhetsskyddsavtalet och säkerhetsskyddsinstruktionen vidtas och att personal som deltar i uppdraget får regelbunden utbildning i säkerhetsskyddsfrågor. Företaget ska omedelbart underrätta myndigheten om inträffade eller befarade händelser och omständigheter som kan påverka företagets säkerhetsskydd.¹

¹ Se *Säkerhetsskyddad upphandling – en vägledning* s. 15, Säkerhetspolisen.

7 Försörjningstrygghet

I avsnittet behandlas artikel 23 i direktivet som handlar om försörjningstrygghet.

7.1 Bakgrund till direktivets bestämmelser

Få marknader är så reglerade och politiskt styrda som försvarsmaterielmarknaden. Sverige, och andra länder med industriell förmåga, styr i princip samtliga utvecklingsmedel och specialbeställningar till den inhemska industrin. Detta gör staten till den största kunden. I Sverige bidrar staten genom finansiering av forskning och utveckling till att uppnå målet att tillfredsställa insatsorganisationens behov. Handeln med försvarsmateriel regleras och begränsas även av staten genom kraven på exportlicenser. Krav på exportlicens gäller även inom EU.

Många stater inom EU väljer ofta den nationella försvarsindustrin som leverantör av försvars- och säkerhetsmateriel. En av orsakerna till det är att det ofta finns krav på försörjningstrygghet samt krav på sekretess. Komplicerade materielutvecklingsprogram och materielens långa livscykler medför ett långsiktigt behov av tillgång till industriell kapacitet och lämplig teknik. Det medför även ett beständigt och tillförlitligt förhållande till leverantörerna. Bestämmelser som avser att tillmötesgå de krav som ställs gällande försörjningstryggheten är därför av yttersta vikt för att underlätta upphandlingar inom försvars- och säkerhetsområdet.

Upprätthållandet och utvecklingen av ett försvar innebär att leveranser och underhåll måste kunna tryggas under ett materielprogramms hela livscykel, från materielens utformning till dess utrangering. Det måste kunna gälla såväl i fredstid som under höjd beredskap. Även leveranser av vid kontraktstillfället färdigutvecklad materiel kan behöva kunna säkras under hela kontrakts-

tiden. För att skapa bättre förutsättningar för upphandlingar inom försvars- och säkerhetsområdet innehåller direktivet bestämmelser i artikel 23 om försörjningstrygghet.

7.2 Direktivets bestämmelser

I avsnittet behandlas artikel 23. Den upphandlande myndigheten eller enheten ska enligt artikel 23 första stycket i kontraktshandlingarna precisera sina krav i fråga om försörjningstrygghet. I detta syfte får den upphandlande myndigheten eller enheten kräva att anbudena bl.a. innehåller certifiering eller dokumentation som på ett för den upphandlande myndigheten eller enheten tillfredsställande sätt visar i vilken utsträckning anbudsgivaren har förmåga att uppfylla sina skyldigheter i frågan om export, överföring och transitering av varor. En upphandlande myndighet eller enhet får dock inte avkräva en anbudsgivare ett åtagande som begränsar möjligheten för utfärdande organ i anbudsgivarens stat att tillämpa nationella kriterier för beviljande av licens för export, överföring eller transitering (artikel 23 sista stycket).

7.3 Krav i annonsen om upphandling m.m.

Utredningens förslag: Bestämmelser om försörjningstrygghet införs i lagen. En upphandlande myndighet eller enhet ska i annonsen om upphandling, förfrågningsunderlaget, det beskrivande dokumentet eller de kompletterande handlingarna ange sina krav i fråga om försörjningstrygghet.

Bestämmelsen motsvarar artikel 23 första stycket.

Försörjningstrygghet kan enligt beaktandesats 44 innebära många olika krav, inklusive exempelvis företagsinterna bestämmelser mellan dotterbolag och moderbolag när det gäller immateriella rättigheter eller tillhandahållande av viktiga tjänster, underhåll och översyn för att säkerställa stöd för inköpt utrustning under dess hela livscykel.

Den upphandlande myndigheten eller enheten ska i kontraktshandlingarna ange de krav som ställs vad gäller försörjningstrygghet. Exempel på vilka krav som i detta syfte kan ställas på

anbuden anges i artikel 23 andra stycket. Det kan t.ex. vara en utfästelse från anbudsgivaren att utföra underhåll, modernisering och anpassningar av den utrustning som är föremål för upphandlingen (punkten f) eller att ange vilka eventuella begränsningar som exportkontroll eller säkerhetsarrangemang kan komma att medföra för den upphandlande myndighet eller enhet i fråga om att sprida, överföra eller använda varorna och tjänsterna eller resultatet av dessa varor och tjänster (punkten b).

I det arbete inom kommissionen som pågått på försvars- och säkerhetsområdet används ibland begreppet leveranssäkerhet synonymt med försörjningstrygghet, se t.ex. i meddelandet *En strategi för en starkare och konkurrenskraftigare europeisk försvarsindustri* (KOM(2007)764 slutlig). Detta begrepp förekommer i den svenska lagstiftning bl.a. i ellagen (1997:857) och i naturgaslagen (2005:403). Med leveranssäkerhet avses häri en minskning av avbrott i försörjningen¹. Enligt utredningens mening är emellertid leveranssäkerhet ett snävare begrepp än försörjningstrygghet. Försörjningstrygghet innefattar alla de krav som kan ställas enligt artikel 23 andra stycket.

7.4 Innehållskrav på anbud

Utredningens förslag: Den upphandlande myndigheten eller enheten får bland annat kräva att anbudet innehåller följande:

1. certifiering eller dokumentation som på ett för den upphandlande myndigheten eller enheten tillfredsställande sätt visar i vilken utsträckning anbudsgivaren har förmåga att uppfylla sina skyldigheter i fråga om export, överföring och transitering av varor i samband med kontraktet, inbegripet styrkande dokumentation som erhållits från anbudsgivarens hemland,
2. angivelse av eventuella begränsningar som exportkontroll eller säkerhetsarrangemang kan komma att medföra för den upphandlande myndigheten eller enheten i fråga om att sprida, överföra eller använda varorna och tjänsterna eller resultat av dessa varor och tjänster,
3. certifiering eller dokumentation som visar att organisationen och lokaliseringen av anbudsgivarens försörjningskedja gör det möjligt för denne att uppfylla de krav den upphandlande

¹ Se t.ex. prop. 2004/05:62 s. 234 och prop. 1996/97:136 s. 74.

myndigheten eller enheten anger i kontraktshandlingarna beträffande försörjningstrygghet, och en utfästelse om att se till att eventuella ändringar i försörjningskedjan under genomförandet av kontraktet inte kommer att inverka negativt på uppfyllandet av dessa krav,

4. en utfästelse från anbudsgivaren att upprätta eller upprätthålla den kapacitet som krävs för att tillmötesgå den upphandlande myndighetens eller enhetens eventuellt ökade behov till följd av en kris enligt de överenskomna villkoren,

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

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

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

8. en utfästelse från anbudsgivaren att i enlighet med överenskomna villkor förse den upphandlande myndigheten eller enheten med allt som behövs för produktion av reservdelar, komponenter, särskilda tillbehör och särskild testutrustning, inklusive ritningar, licenser och instruktioner, för sådana fall där entreprenören inte längre kan tillhandahålla denna utrustning.

Bestämmelsen motsvarar artikel 23 andra stycket. I artikeln sägs att den upphandlande myndigheten eller enheten bland annat får ställa krav på att anbuderna ska innehålla vissa uppgifter, dokument eller utfästelser. Dessa krav på anbuderna ställs i syfte att klargöra om leverantören uppfyller den upphandlande myndighetens eller enhetens krav i fråga om försörjningstrygghet.

Under punkten a i artikeln anges i den sista bisatsen ”inbegripet styrkande dokumentation som erhållits från den eller de berörda *medlemsstaterna*”. Vid en jämförelse med LOU så står i de flesta fall ”EES-land” (6 kap. 8 § LOU vilket motsvarar artikel 18.7 andra stycket) eller ”inom EES” (11 kap. 14 § LOU vilket motsvarar artikel 43, 11 kap. 15 § LOU vilket motsvarar artikel 44 och 11 kap.

16 § LOU vilket motsvarar artikel 46). I något fall anges leverantörens hemland i stället för ”berörd medlemsstat” (10 kap. 3 § andra stycket LOU vilket motsvaras av artikel 39.3.b). I de fall det anges EES-stater i LOU innehåller paragrafen en tvingande bestämmelse till dessa länders fördel, t.ex. godtagande av intyg från organ etablerade inom EES. LOU ska tillämpas oavsett om en upphandlande myndighet eller enhet upphandlar från en leverantör i en medlemsstat eller i ett tredje land. Utredningen utgår från att detta direktiv har samma tillämpningsområdet. Avsikten med bestämmelsen torde mot den bakgrunden vara att en upphandlande myndighet eller enhet kan ställa krav på att en leverantör ska styrka sin förmåga att uppfylla sina skyldigheter i samband med kontraktet genom styrkande dokumentation från dennes *hemland*. Bestämmelsen är därför utformad i enlighet med det.

Bestämmelsen är fakultativ och listan över de krav som kan ställas är inte uttömmande. Utvärderingen av anbud är av central betydelse i en upphandlingsprocess. Inom försvars- och säkerhetsområdet är det dessutom av särskild vikt att en upphandlande myndighet eller enhet redan på ett tidigt stadium kan utvärdera leverantörens möjligheten att uppfylla det krav som ställs i fråga om försörjningstryggheten. Därför är det av avgörande betydelse att en upphandlande myndighet eller enhet kan styra innehållet i anbudet för kunna göra en så korrekt utvärdering som möjligt av leverantörens förmåga att uppfylla dessa krav. De exempel på krav som ställs i bestämmelsen tillhör de mest centrala i detta avseende. Därför talar enligt utredningens mening övervägande skäl för att en bestämmelse motsvarande artikel 23 andra stycket tas med i författningstexten. Det ska vidare tydligt framgå av bestämmelsen att förteckningen över de krav som kan ställas inte är uttömmande.

7.5 Begränsning av åtagande

Utredningens förslag: En upphandlande myndighet eller enhet får inte avkräva en anbudsgivare ett åtagande som begränsar möjligheten för organ i anbudsgivarens stat att i enlighet med relevant internationell rätt eller gemenskapslagstiftning tillämpa de nationella kriterier som gäller för beviljande av licens för export, överföring eller transitering under de förhållande som råder vid tidpunkten för ett sådant beslut.

Bestämmelsen motsvarar artikel 23 tredje stycket. Enligt artikel 23 andra stycket a) kan den upphandlande myndigheten eller enheten kräva att anbudet innehåller dokumentation som visar i vilken utsträckning anbudsgivaren har förmåga att uppfylla sina skyldigheter i fråga om export, överföring och transitering av varor. Anbudsgivaren kan dock enligt tredje stycket i artikeln inte avkrävas mer långtgående åtaganden än vad anbudsgivarens nationella regler medger under förutsättning att dessa stämmer överens med internationell rätt eller gemenskapslagstiftning.

Artikeln hänvisar till nationella kriterier för beviljande av licens för överföring. En harmonisering av dessa regler har påbörjats. I syfte att förenkla överföringen av försvarsrelaterade produkter inom gemenskapen har direktiv 2009/43/EG² antagits. I direktivet finns bl.a. bestämmelser om tre olika överföringstillstånd; generella, globala och individuella. Direktivet ska tillämpas från och med den 30 juni 2012 och är för närvarande föremål för genomförande i svensk rätt. Ett betänkande förväntas lämnas under våren 2010.

² Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/43/EG av den 6 maj 2009 om förenkling av villkoren för överföring av försvarsrelaterade produkter inom gemenskapen.

8 Underentreprenad

I avsnittet behandlas artiklarna 21 och 50–54 i direktivet och dessa handlar om underentreprenad.

8.1 Bakgrund till direktivets bestämmelser

Tillverkningen av försvarsmateriel är i EU i stora delar koncentrerad till de sex medlemsstaterna Tyskland, Spanien, Frankrike, Italien, Storbritannien och Sverige. Kringutrustning och stödssystem produceras dock av företag i hela EU.

I stor utsträckning prioriterar varje stat den egna försvarsindustrin. Detta kan bero på olika saker. Dels kan det givetvis finnas en önskan om att skydda arbetstillfällena och öka investeringarna i det egna landet. Dels har det sina bevekelsegrunder i de garantier från leverantörer om försörjningstrygghet och informationssäkerhet som behövs. Vid en kris kan det kännas tryggare om leverantörer av vitala varor och tjänster finns inom landets gränser. Tillverkare från andra medlemsstater har därför ofta endast ett begränsat eller inget tillträde till de inhemska försvarsmarknaderna. Ytterligare faktorer som fragmenterar den europeiska marknaden för försvarsmateriel är enligt den Europeiska kommissionens *Strategi för en starkare och mer konkurrenskraftig försvarsindustri i EU*¹ bl.a. att medlemsstaterna ofta använder sig av artikel 346 i EUF-fördraget för att undanta försvarskontrakt från EU:s upphandlingsregler, att de nationella systemen för att kontrollera överföringar av försvarsmateriel inom EU inte gör någon åtskillnad mellan export till tredje länder och överföringar mellan medlemsstater och att konkurrensen snedvrids av de krav på offsetaffärer (kompensationsköp) som många medlemsstater ställer i samband med försvarsupphandlingar.

¹ KOM(2007) 764 slutlig.

För att mot den bakgrunden underlätta för små och medelstora företag att hitta marknader och lägga anbud på underleverantörskontrakt innehåller direktivet ett antal artiklar om underentreprenad.

8.2 Direktivets bestämmelser

I avsnittet behandlas artiklarna 21 och 50–54. Bestämmelserna handlar i huvudsak om att den vinnande leverantören konkurrensutsätter underleverantörer vid fullgörandet av uppdraget. Artiklarna är utformade efter mönster av reglerna om byggkoncession i det klassiska direktivet. Motsvarande bestämmelser om konkurrensutsättning av underleverantörer saknas i LOU och LUF.

Den utvalda anbudsgivaren ska enligt artikel 21.1 ha möjlighet att välja sina underleverantörer, om inte artikel 21.3–21.4 är tillämplig. I de fall anbudsgivare väljer sina underleverantörer själv kan denne enligt artikel 21.2 åläggas att i sitt anbud ange den eventuella del av kontraktet som kan komma att läggas ut på underentreprenad till tredje man, eventuellt förslag på underleverantör och föremålet för det underleverantörskontrakt som förslaget gäller.

Medlemsstaterna kan enligt artikel 21.4 föreskriva att den upphandlande myndigheten eller enheten får begära att den utvalda anbudsgivaren lägger ut en del av kontraktet på underentreprenad. Den upphandlande myndigheten eller enheten som kräver sådan underentreprenad ska ange den procentuella minimiandel som måste läggas ut på underentreprenad i form av intervallvärden med en minimiandel och en maximiandel. Maximiandelen får inte överstiga 30 procent av kontraktets värde. Intervallet ska vara proportionerligt till kontraktets föremål och värde samt den aktuella industrisektorns karaktär. Anbudsgivaren får föreslå att en större del av det totala värdet ska läggas ut på entreprenad än vad den upphandlande myndigheten eller enheten kräver. Bestämmelserna i artiklarna 50–54 om regler för underentreprenad ska tillämpas när anbudsgivaren tilldelar underleverantörskontrakt motsvarande den procentuella andel som den upphandlande myndigheten eller enheten begär.

När en utvald anbudsgivare ska tilldela ett företag ett underleverantörskontrakt av ett visst värde ska anbudsgivaren enligt

artikel 52.1 annonsera om det. Annonsering behöver dock inte göras enligt artikel 52.4 om underleverantörskontraktet uppfyller de villkor som anges i artikel 28 om förhandlat förfarande utan föregående annonsering. I annonsen ska den utvalda anbudsgivaren ange de kriterier för det kvalitativa urval som föreskrivs av den upphandlande myndigheten eller enheten och andra kriterier som gäller för det kvalitativa urvalet (artikel 53 första stycket). Samtliga kriterier ska vara objektiva, icke-diskriminerande och förenliga med de kriterier som tillämpats av den upphandlande myndigheten eller enheten för urvalet av anbudsgivare för huvudkontraktet. De kvalifikationer som krävs måste ha ett direkt samband med föremålet för underleverantörskontraktet.

Den utvalda anbudsgivaren ska inte vara tvungen att anlita underleverantörer om denne på ett för den upphandlande myndigheten eller enheten tillfredsställande sätt kan visa att ingen av de underleverantörer som deltagit i upphandlingen eller deras anbud uppfyller de kriterier som anges i annonsen och det i sin tur medför att den utvalda anbudsgivaren inte kan uppfylla de krav som anges i huvudkontraktet (artikel 53 andra stycket).

Underleverantörskontrakt kan även tilldelas på grundval av ett ramavtal enligt artikel 52.6.

En upphandlande myndighet eller enhet kan enligt artikel 21.2 kräva att den utvalda anbudsgivaren ska tillämpa bestämmelserna om regler för underentreprenad i artiklarna 50–54 för samtliga eller vissa underleverantörskontrakt.

Enligt artikel 21.5 kan en medlemsstat föreskriva att en upphandlande myndighet eller enhet får avvisa underleverantörer som en anbudsgivare valt. Ett sådant avvisande får endast grunda sig på de kriterier som tillämpats vid urvalet av anbudsgivare för huvudkontraktet. Om en underleverantör avvisas av den upphandlande myndigheten eller enheten måste en skriftlig motivering om skälen för det lämnas till anbudsgivaren.

8.3 Val av underleverantör

Utredningens förslag: Bestämmelser om underentreprenad införs i lagen. Den utvalda anbudsgivaren ska ha möjlighet att välja sina underleverantörer för samtliga underleverantörskontrakt som inte omfattas av artikel 21.3 eller 21.4.

Bestämmelsen motsvarar artikel 21.1.

Bestämmelsen slår fast en rätt för den utvalda anbudsgivaren att som huvudregel få välja underleverantör. I de fall artikel 21.3 eller 21.4 är tillämpliga ska underleverantörer väljas enligt de bestämmelser som finns i avdelning III (artiklarna 50–53).

I artikelns sista bisats stadgas att den utvalda anbudsgivaren i synnerhet inte får åläggas att diskriminera någon potentiell underleverantör på grund av nationalitet. Detta förbud bör dock redan följa av artikel 4 som slår fast EUF-fördragets grundläggande principer, bl.a. principen om icke-diskriminering. Av det skälet behövs inte en sådan bestämmelse i författningstexten.

8.4 Uppgifter i anbud

Utredningens förslag: Den upphandlande myndigheten eller enheten får begära att anbudsgivaren i sitt anbud ska ange hur stor del av kontraktet som kan komma att läggas ut på underentreprenad, förslag på underleverantör och föremålet för underleverantörskontraktet.

Anbudsgivaren ska även ange alla ändringar som uppstår på underleverantörsnivå under genomförandet av kontraktet.

Bestämmelsen motsvarar artikel 21.2.

Bestämmelsen innebär att den upphandlande myndigheten eller enheten får begära att anbudsgivaren i anbudet anger hur stor del av kontraktet som kan komma att läggas ut på tredje man. Likaså får myndigheten eller enheten begära att anbudsgivaren anger vilka underentreprenörer som föreslås och vilken del av kontraktet som läggs ut. Efterkommer inte anbudsgivaren den upphandlande myndighetens eller enhetens begäran borde det kunna utgöra grund för att förkasta anbudet (jfr prop. 2006/07:128 del 1, s. 350).

En liknande bestämmelse finns i 6 kap. 11 § LOU och i 6 kap. 12 § LUF. Enligt dessa bestämmelser får en upphandlande myndighet begära att anbudsgivaren i anbudet anger hur stor del av kontraktet som kan komma att läggas ut på tredje man och vilka underleverantörer som föreslås.

Anbudsgivaren kan enligt andra stycket förpliktas att även ange de förändringar som uppstår bland underleverantörerna under genomförandet av kontraktet. En liknande bestämmelse i det

klassiska direktivet, som motsvarar artikel 50.2 andra stycket andra meningen, ansågs onödig att ta med i lagtexten, se prop. 2006/07:128 del 1, s. 416. Emellertid anser utredningen att det finns övervägande skäl för att ta med bestämmelsen i detta lagförslag. Skälet till det är att upphandlingar som kommer att göras med stöd av detta lagförslag i betydligt större utsträckning än upphandlingar som görs med stöd av LOU och LUF kan komma att löpa över en lång tid. Försörjningstryggheten utgör en viktig komponent i dessa upphandlingar, vilket bör komma till uttryck på flera sätt.

Enligt artikeln ankommer det på varje medlemsstat att avgöra om en upphandlande myndighet eller enhet inte endast ska ha rätt utan också en skyldighet att begära uppgifter om underentreprenörer. En liknande bestämmelse finns i artikel 25 i det klassiska direktivet och i artikel 37 i försörjningsdirektivet. Liksom vid genomförandet av den bestämmelsen (se prop. 2006/07:128 del 1, s. 350) anser utredningen att det för närvarande inte bör införas någon sådan skyldighet.

8.5 Krav att använda tilldelningsreglerna

Utredningens förslag: Den upphandlande myndigheten eller enheten får kräva att den utvalda anbudsgivaren ska tillämpa förfarandebestämmelserna i avdelning III i direktivet för samtliga eller vissa underleverantörskontrakt.

Bestämmelsen motsvarar artikel 21.3.

Även om en anbudsgivare själv kan välja att en del av kontraktet ska läggas ut på underentreprenad så är det inte säkert att anbudsgivaren helt fritt kan välja underleverantörer. Bestämmelsen ger nämligen den upphandlande myndigheten eller enheten en rätt att kräva av anbudsgivaren att denne tillämpar förfarandebestämmelserna i avdelning III (artiklarna 50–53) vid tilldelning av underleverantörskontrakt.

8.6 Krav på underentreprenad

Utredningens förslag: Den upphandlande myndigheten eller enheten får begära att den utvalda anbudsgivaren lägger ut en del av kontraktet på underentreprenad.

Den upphandlande myndigheten eller enheten ska ange den procentuella andel som måste läggas ut på underentreprenad i form av intervallvärden med en minimiandel och en maximandel. Maximiandelen får inte överstiga 30 procent av kontraktets värde.

Bestämmelsen motsvarar artikel 21.4 första stycket.

Innebörden är att den upphandlande myndigheten eller enheten kan bestämma att den utvalda anbudsgivaren ska lägga ut en del av kontraktet på underentreprenad, dock maximalt 30 procent av kontraktets värde. Den andel av kontraktet som ska läggas ut på underentreprenad ska anges i ett intervall.

Sista meningen i första stycket av artikeln anger att intervallet ska vara proportionerligt till kontraktets föremål och värde samt den aktuella industrisektorns karaktär, inbegripet graden av konkurrens på den aktuella marknaden och den industriella basens tekniska kapacitet. Eftersom en sådan proportionalitetsbedömning redan följer av proportionalitetsprincipen i artikel 10 i direktivet finns det inget behov av att särskilt ange det i författningstexten.

8.6.1 Uppfyllelse av krav

Utredningens förslag: Artikel 21.4 andra stycket föranleder ingen bestämmelse i lagen.

Artikel 21.4 andra stycket innebär att anbudsgivaren uppfyller det krav på underentreprenad som den upphandlande myndigheten eller enheten ställer om en procentuell andel av kontraktets värde faller inom det intervall som myndigheten eller enheten uppställt. Enligt utredningens mening får bestämmelsen anses självklar varför en särskild författningstext om det inte anses nödvändigt.

8.6.2 Större andel på underentreprenad

Utredningens förslag: Anbudsgivarna får föreslå att en större andel av det totala värdet ska läggas ut på entreprenad än vad den upphandlande myndigheten eller enheten kräver enligt artikel 21.4.

Bestämmelsen motsvarar artikel 21.4 tredje stycket.

Bestämmelsen innebär att anbudsgivaren kan föreslå att en större andel av det totala värdet än vad den upphandlande myndigheten eller enheten kräver ska läggas ut till en underleverantör. Den upphandlande myndigheten eller enheten kan maximalt ange att 30 procent av kontraktets värde ska läggas ut på underentreprenad. Genom bestämmelsen får anbudsgivaren en möjlighet att föreslå att en större andel än så läggs ut på underentreprenad. Den totala andel som läggs ut på underentreprenad kan därmed överstiga 30 procent. Det är vanligt förekommande att en stor del av tillverkningen inom försvars- och säkerhetsområdet görs av underentreprenörer och det är därför viktigt att det finns en möjlighet att lägga ut en så stor del som krävs för att uppfylla uppdraget.

Genom bestämmelsen får anbudsgivaren endast en möjlighet att föreslå att en större andel av det totala värdet läggs ut på underentreprenad än vad den upphandlande myndigheten eller enheten kräver. Någon rätt att lägga ut en större del än vad som krävs har således anbudsgivaren inte. I slutändan är det den upphandlande myndigheten eller enheten som avgör storleken på den del som läggs ut på underentreprenad.

8.6.3 Krav att ange föremålet för underentreprenaden

Utredningens förslag: Den upphandlande myndigheten eller enheten ska begära att anbudsgivarna i sina anbud anger vilken eller vilka delar av anbudet som de avser att lägga ut på underentreprenad för att uppfylla kravet i artikel 21.4.

Bestämmelsen motsvarar artikel 21.4 fjärde stycket.

Bestämmelsen innebär till skillnad från artikel 21.2 en skyldighet för anbudsgivarna att i anbudet ange vilka eller vilka delar av

anbudet som kommer att läggas ut på underentreprenad för att det krav på underentreprenad som den upphandlande myndigheten eller enheten ställer i artikel 21.4 första stycket ska uppfyllas. Har den upphandlande myndigheten eller enheten uppställt ett sådant krav har den också rätt att veta vilka delar av kontraktet som kommer att utföras av någon annan än leverantören. Något krav på att anbudsgivaren även ska ange förslag på underleverantör finns inte.

8.6.4 Krav att ange föremålet för underentreprenad som är utöver minimiandelen

Utredningens förslag: Den upphandlande myndigheten eller enheten får begära att anbudsgivarna ska ange vilken eller vilka delar av anbudet som de avser att lägga ut på underentreprenad utöver den minimiandel som måste läggas ut enligt artikel 21.4 och att ange vilka underleverantörer de avser att anlita.

Bestämmelsen motsvarar artikel 21.4 femte stycket.

Utöver det krav på underleverantörer som den upphandlande myndigheten eller enheten kan ställa enligt artikel 21.4 första stycket kan anbudsgivaren även själv föreslå att en större del än så läggs ut på underentreprenad enligt artikel 21.4 tredje stycket. Om anbudsgivaren vill lägga ut en större del på underentreprenad än vad myndigheten eller enheten kräver kan anbudsgivaren i enlighet med bestämmelsen åläggas att ange vilken eller vilka delar av anbudet som ska utföras av andra samt eventuella underleverantörer. Underleverantörerna ska endast vara identifierade av anbudsgivaren. Det behöver inte föreligga ett avtal mellan dem.

I artikel 21.4 femte stycket anges att underleverantörer ska vara identifierade av anbudsgivarna. I den engelska översättningen av direktivet står "identified" och i den franska står "identifiés". Enligt utredningens mening är trots det uttrycket *avser att anlita* mer lämpligt i sammanhanget.

8.7 Tilldelning av underleverantörskontrakt som den upphandlande myndigheten eller enheten kräver

Utredningens förslag: Den utvalda anbudsgivaren ska tilldela den procentuella andel underleverantörskontrakt som den upphandlande myndigheten eller enheten begär enligt artikel 21.4 i enlighet med bestämmelserna i avdelning III i direktivet.

Bestämmelsen motsvarar artikel 21.4 sjätte stycket och innebär att den utvalda anbudsgivaren måste tilldela den andel underleverantörskontrakt som den upphandlande myndigheten eller enheten kräver i enlighet med bestämmelserna i avdelning III (artikel 50–54). Om anbudsgivaren valt att lägga ut en större del än vad som krävs måste den delen inte tilldelas i enlighet med dessa bestämmelser. En upphandlande myndighet eller enhet torde dock kunna ålägga en anbudsgivare att följa bestämmelserna i avdelning III med stöd av artikel 21.3. Om några sådana krav inte ställs av den upphandlande myndigheten eller enheten borde anbudsgivare kunna välja underleverantörer fritt.

8.8 Avvisning av underleverantör

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

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

Bestämmelsen motsvarar artikel 21.5.

Genom bestämmelsen får den upphandlande myndigheten eller enheten en möjlighet att avvisa underleverantörer som valts ut av anbudsgivaren eller den utvalda anbudsgivaren. En förutsättning är dock att beslutet grundas på de kriterier som tillämpats vid urvalet av anbudsgivare för huvudkontraktet. En skriftlig motivering om

varför myndigheten eller enheten anser att underleverantören inte uppfyller kriterierna måste också lämnas.

8.9 Krav på innehåll i annonsen

Utredningens förslag: De krav som avses i artikel 21.2–21.4 ska anges i annonsen om upphandling.

Bestämmelsen motsvarar artikel 21.6 och anger att de krav som en upphandlande myndighet eller enhet kan ställa enligt artikel 21.2–21.5 ska anges i annonsen om upphandling.

8.10 Leverantörens ansvar

Utredningens förslag: Leverantörens ansvar påverkas inte av att en del av kontraktet läggs ut på underentreprenad.

Bestämmelsen motsvarar artikel 21.7.

Innebörden av bestämmelsen är att en leverantör som sluter kontrakt med en upphandlande myndighet eller enhet ansvarar i enlighet med kontraktet för sina åtaganden gentemot myndigheten eller enheten, även om denne anlitar underentreprenörer för fullgörandet av kontraktet eller delar av det. Det innebär bl.a. att den upphandlande myndigheten eller enheten ska rikta sina krav på hur kontraktet fullgörs mot leverantören och inte mot de av leverantören anlitade underentreprenörerna.

I det klassiska direktivet och i försörjningsdirektivet finns i artikel 25 andra stycket respektive artikel 37 en liknande bestämmelse som inte genomfördes i svensk rätt. Orsaken var enligt förarbetena (se prop. 2006/07:128 del 1, s. 350) att innebörden av bestämmelsen följer av svensk rätt och då ansågs det inte finnas något behov av att ta in vad som sägs i artikeln i LOU eller LUF. Utredningen är trots det av uppfattningen att bestämmelsen bör ingå i föreliggande lagförslag. Eftersom det troligen i större utsträckning kommer att genomföras upphandlingar med utländska leverantörer än vad som är fallet med LOU och LUF underlättar det för en utländsk leverantör om bestämmelsen framgår av tillämplig lag. Bestämmelsen pekar ut vem som är ansvarig gent-

emot den upphandlande myndigheten eller enheten och kan undanröja risken för en del konflikter. Bestämmelsen understryker även vad som gäller enligt direktivet.

8.11 Krav på tillämpningsbestämmelser

Utredningens förslag: När den utvalda anbudsgivaren, som inte är en upphandlande myndighet eller enhet, tilldelar tredje man ett underleverantörskontrakt enligt artikel 21.3 eller 21.4 ska den upphandlande myndigheten eller enheten i kontraktet med anbudsgivaren uppställa villkor om att anbudsgivaren ska tillämpa artiklarna 51-53.

Bestämmelsen motsvarar artikel 50.1 som anger att medlemsstaterna ska vidta nödvändiga åtgärder för att säkerställa att de utvalda anbudsgivare, som inte är upphandlande myndigheter eller enheter, tillämpar bestämmelserna i artiklarna 51–53 när de tilldelar tredje man ett underleverantörskontrakt i de fall då avdelningen gäller enligt artikel 21.3 eller 21.4.

Artikeln liknar artikel 63.1 i det klassiska direktivet vilken motsvaras av 13 kap. 5 § LOU. Vid genomförandet av denna artikel uppfylldes ”nödvändiga åtgärder” genom att i LOU slå fast en skyldighet för den upphandlande myndigheten att i koncessionskontraktet förplikta koncessionshavaren att bl.a. annonsera upphandlingar. Den föreslagna bestämmelsen är utformad så långt det går i överensstämmelse med 13 kap. 5 § LOU.

Den upphandlande myndigheten eller enheten får inte uppställa längre gående krav än vad direktivet anger, dvs. att leverantören ska följa artiklarna 51–53.

Reglerna för underentreprenad i artiklarna 50–53 avser de fall när den utvalda anbudsgivaren inte är en upphandlande myndighet eller enhet. När den utvalda anbudsgivaren däremot är en upphandlande myndighet eller enhet följer av artikel 54 att bestämmelserna om huvudkontrakt i artiklarna 1–49 ska tillämpas i stället. Något behov av att införa en bestämmelse om det finns inte, eftersom det får anses följer redan av att anbudsgivaren är en upphandlande myndighet eller enhet och i den egenskapen ska tillämpa bestämmelserna i lagen. Ett liknande resonemang fördes i förarbetena till LOU (se prop. 2006/07:128 del 1, s. 411) angående

artikel 62 i det klassiska direktivet som till sitt innehåll liknar artikel 54.

8.12 Företag som går samman och anknutna företag

Utredningens förslag: Vid tillämpningen av artikel 50.1 ska, om flera företag går samman för att erhålla ett kontrakt, inte något av dem anses som tredje man. Detsamma gäller ett anknutet företag.

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

Bestämmelsen motsvarar artikel 50.2, som liknar 13 kap. 6 § LOU.

Bestämmelsen innebär att om flera företag går samman för att erhålla ett kontrakt ska inte något av dem anses som tredje man vid tillämpningen av artikel 15.1. Detta gäller även ett anknutet företag. Anbudsgivarens anbud ska innehålla en uttömmande förteckning över de företag som gått samman och anknutna företag. Denna förteckning ska ändras när förändringar inträffar i förhållandena mellan företagen.

I artikel 1.23 definieras anknutna företag.

I andra stycket andra meningen i bestämmelsen anges att förteckningen över företag som gått samman för att erhålla kontraktet ska uppdateras när ändringar inträffar i förhållandena mellan företagen. En liknande bestämmelse finns i det klassiska direktivet (artikel 63.2 sista stycket). Det ansågs inte finnas något behov av att ange det i LOU (jfr prop. 2006/07:128 del 1, s. 416). Enligt utredningens mening finns det dock övervägande skäl för att ta med bestämmelsen i detta lagförslag. Skälet till det är att upphandlingar som kommer att göras med stöd av detta lagförslag många gånger kan antas löpa över en lång tid i betydligt större utsträckning än upphandlingar som görs med stöd av LOU och LUF. Försörjningstryggheten utgör en viktig komponent i dessa upphandlingar, vilket bör komma till uttryck på flera sätt.

8.13 Allmänna principer

Utredningens förslag Den utvalda anbudsgivaren ska behandla underleverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt agera på ett öppet sätt. Vid underentreprenad ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Bestämmelsen motsvarar artikel 51 och har samma innehåll som artikel 4, förutom att artikel 51 ger principer för den utvalda anbudsgivaren i stället för den upphandlande myndigheten eller enheten. I bestämmelsen framgår de grundläggande principerna. Bestämmelsen är utformad efter mönster av 1 kap. 9 § LOU, vars motsvarighet i det klassiska direktivet är identisk med artikel 4 i direktivet.

EUF-fördragets samtliga principer bör anges även i detta sammanhang, även om inte alla nämns i artikeln, eftersom regelverket om offentlig upphandling är uppbyggt med utgångspunkt i EUF-fördraget och följer dessa principer.

8.14 Annonsering

Utredningens förslag: När en utvald anbudsgivare, som inte är en upphandlande myndighet eller enhet, avser att tilldela en tredje man ett underleverantörskontrakt som har ett värde som inte beräknas understiga det värde (tröskelvärde) som Europeiska kommissionen vid varje tid har beslutat eller lämnat meddelande om, ska anbudsgivaren annonsera om det.

Annonseringen ska ske enligt artikel 32.2-32.5. Vid behov ska annonsen innehålla den upphandlande myndighetens eller enhetens godkännande. Annonsering krävs dock inte om underleverantörskontraktet uppfyller de villkor som anges i artikel 28.

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

Bestämmelsen motsvarar artikel 52.1–52.4 som liknar 13:5 LOU och har utformats så långt det går i överensstämmelse med den paragrafen.

Bestämmelsen innebär att när en utvald anbudsgivare ska tilldela ett underleverantörskontrakt som har ett värde som är detsamma som eller över tröskelvärdet i artikel 8 ska en annonsering ske. Understiger värdet av underleverantörskontraktet tröskelvärdet behöver således någon annonsering inte ske. Annonsering krävs inte heller när underleverantörskontraktet uppfyller villkoren för förhandlat förfarande utan föregående annonsering.

Vid behov ska annonsen innehålla den upphandlande myndighetens eller enhetens godkännande. Det innebär att det ska framgå av annonsen att den är godkänd av den upphandlande myndigheten eller enheten. Det är den upphandlande myndigheten eller enheten som avgör om ett sådant behov finns. Den upphandlande myndigheten eller enheten måste ange i förfrågningsunderlaget att annonsen ska godkännas av den upphandlande myndigheten eller enheten.

Annonsen ska offentliggöras i Europeiska unionens officiella tidning och annonseringen ska som regel ske genom Europeiska kommissionens försorg, närmare bestämt av Byrån för Europeiska gemenskapernas officiella publikationer.

8.15 Frivillig annonsering

Utredningens förslag: Den utvalda anbudsgivaren får annonsera om underleverantörer även om någon sådan skyldighet inte föreligger.

Bestämmelsen motsvarar artikel 52.5.

Bestämmelsen ger den utvalda anbudsgivaren en möjlighet att annonsera enligt artikel 32 även om någon sådan skyldighet inte föreligger enligt artikel 52.1. Annonsering ska som regel ske genom Europeiska kommissionens försorg, närmare bestämt av Byrån för Europeiska gemenskapernas officiella publikationer. Enligt utredningens mening kan det vara betydelsefullt att ta med bestämmelsen. Genom den får leverantören en skriven rätt att använda sig av Byrån för Europeiska gemenskapernas officiella publikationer.

8.16 Underramavtal och giltighetstid

Utredningens förslag: Den utvalda anbudsgivaren kan uppfylla kraven i artikel 21.3-21.4 genom att tilldela underleverantörskontrakt på grundval av ett underramavtal. Ett underramavtal ska annonseras enligt artikel 52.1-52.5.

Underleverantörskontrakt som grundar sig på ett underramavtal ska tilldelas inom ramen för de villkor som fastställts i det berörda underramavtalet. Villkoren i underleverantörskontraktet ska vara förenliga med underramavtalets villkor.

Underleverantörskontrakt får endast slutas mellan leverantörer som är parter i underramavtalet.

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

Bestämmelsen motsvarar artikel 52.6 första–tredje stycket. Liknande bestämmelser finns i 5 kap. 2, 4 och 6 §§ LOU.

En möjlighet införs genom artikeln att anbudsgivaren ingår underramavtal med underleverantörer för att därefter, efter eventuellt en förnyad konkurrensutsättning, tilldela underleverantörskontrakt.

Underleverantörskontrakt ska tilldelas inom ramen för de villkor som fastställts i underramavtalet. Även villkoren i underleverantörskontraktet ska vara förenliga med underramavtalets villkor.

I artikel 52.6 används begreppet ramavtal. Ett ramavtal är emellertid enligt definitionen i artikel 1.11 ett avtal som ingås mellan en eller flera upphandlande myndigheter eller enheter och en eller flera leverantörer. Eftersom de ramavtal som avses i artikel 52.6 är avtal mellan en leverantör och en eller flera underleverantörer bör enligt utredningens mening benämningen på avtalen ändras i bestämmelsen. Utredningen anser att de avtal som omnämns i artikel 52.6 kan kallas underramavtal. En definition av underramavtal införs i lagen.

Artikel 52.6 sista stycket anger att reglerna om ramavtal inte får användas på ett otillbörligt sätt eller på ett sådant sätt att konkurrensen förhindras, begränsas eller snedvrids. Detta följer

redan av artikel 51 varför det inte behöver anges särskilt. En bestämmelse i det klassiska direktivet med samma innehåll ansågs onödig att ta med i LOU med hänsyn till motsvarande artikel 4 (se prop. 2006/07:128 del 1, s. 333).

Ett underramavtal får som längst löpa under sju år. För att underramavtalet ska kunna löpa under en längre tid krävs att vissa förutsättningar är uppfyllda såsom att ett byte av leverantör orsakar stora tekniska svårigheter.

8.17 Beräkning av kontraktets värde

Utredningens förslag: Underleverantörskontraktets värde beräknas enligt artikel 9.

Bestämmelsen motsvarar artikel 52.8.

Beräkningen av underleverantörskontraktets värde sker på gängse sätt enligt artikel 9. Värdet av ett underleverantörskontrakt har betydelse för om en annonsering enligt artikel 52 ska ske eller ej. Är underleverantörskontraktets värde lika med eller högre än tröskelvärdet måste en annonsering ske.

Understiger underleverantörskontraktets värde tröskelvärdet måste inte reglerna kring annonsering tillämpas. Dock gäller enligt artikel 52.7 i dessa fall att anbudsgivarna ska tillämpa EUF-fördragets principer gällande öppenhet och konkurrens. Tillämpningen av dessa principer samt de övriga grundläggande principerna som regelverket om upphandling är uppbyggt kring följer redan av artikel 4. Det finns därför inget behov av att genomföra artikel 52.7.

8.18 Kriterier för urval

Utredningens förslag: I annonsen ska den utvalda anbudsgivaren ange kriterierna för det urval som föreskrivs av den upphandlande myndigheten eller enheten och andra kriterier som gäller för valet av underleverantör. Dessa kriterier ska vara förenliga med de kriterier som tillämpats av den upphandlande myndigheten eller enheten vid urvalet av anbudsgivare för huvudkontraktet.

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

Bestämmelsen motsvarar artikel 53 första stycket.

Bestämmelsen anger vad annonsen ska innehålla, nämligen dels de kriterier som den upphandlande myndighet eller enhet angivit, dels de som anbudsgivaren ställer upp. De krav som ställs på kriterierna är enligt artikeln att de ska vara objektiva, icke-diskriminerande och vara förenliga med de kriterier som tillämpats av den upphandlande myndighet eller enhet vid urvalet av anbudsgivare för huvudkontraktet. Kravet att kriterierna ska vara objektiva och icke-diskriminerande är onödiga att ta med i bestämmelsen, eftersom de följer av artikel 4 för den upphandlande myndighet eller enhet och av artikel 51 för den utvalda anbudsgivaren.

Liknande krav på objektiva kriterier gällande kvalificeringssystem och kvalitativa urvalskriterier finns i försörjningsdirektivets artikel 53.2 andra stycket och artikel 54.1, men dessa krav togs inte heller med i författningstexten.

8.19 Undantag från kravet att anlita underleverantör

Utredningens förslag: Den utvalda anbudsgivaren ska inte vara tvungen att anlita underleverantörer om anbudsgivaren, på ett för den upphandlande myndigheten eller enheten tillfredsställande sätt, kan visa att ingen av de underleverantörer som deltog i konkurrensutsättningen eller deras anbud uppfyller de kriterier som anges i annonsen och det innebär att den utvalda anbudsgivaren därför inte kan uppfylla de krav som anges i huvudkontraktet.

Bestämmelsen motsvarar artikel 53 andra stycket.

Bestämmelsen innebär att en utvald anbudsgivare inte är tvungen att anlita en underleverantör, trots att ett sådant krav finns från den upphandlande myndigheten eller enheten, om en underleverantör som uppfyller de kriterier som angivits i annonsen inte står att finna. Det åligger den utvalda anbudsgivaren att på ett tillfredsställande sätt visa att några underleverantörer som uppfyller

dess kriterier inte finns. Den utvalda anbudsgivaren har i så fall rätt att fullfölja kontraktet utan att anlita några underleverantörer.

I artikeln sägs att underleverantörerna deltagit i en *upphandling*. Eftersom upphandling enligt definitionen i 1 kap. 27 § i den nya lagen avser de åtgärder som vidtas av en upphandlande myndighet eller enhet i syfte att tilldela ett kontrakt m.m. måste ett annat begrepp användas. Utredningen anser att det i bestämmelsen i stället ska anges att det skett en *konkurrensutsättning*.

9 Rättsmedel

De artiklar som behandlas i detta avsnitt är 55.1, 56.1.b, 56.10 och 60.3 fjärde och femte stycket i direktivet, vilka handlar om rättsmedel.

9.1 Rättsmedelsdirektivet

Direktivet innehåller, till skillnad från det klassiska direktivet och försörjningsdirektivet, även bestämmelser om rättsmedel. Syftet med dessa bestämmelser är att säkerställa efterlevnaden av upphandlingsreglerna.

Bestämmelserna om rättsmedel i direktivet är med några få undantag i princip desamma som bestämmelserna om rättsmedel för den klassiska sektorn och försörjningssektorerna i enlighet med Europaparlamentets och rådets direktiv 2007/66/EG av den 11 december 2007 om ändring av rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG vad gäller effektivare förfaranden för prövning av offentlig upphandling¹ (rättsmedelsdirektivet). Detta direktiv är för närvarande föremål för genomförande i svensk rätt och i en lagrådsremiss, *Nya rättsmedel m.m. på upphandlingsområdet* av den 17 december 2009, lämnas förslag till ändringar i LOU och LUF. Medlemsstaterna skulle ha genomfört rättsmedelsdirektivet den 20 december 2009.

Det övergripande syftet med rättsmedelsdirektivet och motsvarande bestämmelser i direktivet är att komma till rätta med två väsentliga problem. Det första problemet är att en upphandlande myndighet eller enhet så snart möjligt efter en avslutad upphandlingsprocess tecknar ett upphandlingskontrakt, dvs. ingår avtal för att på så sätt stänga möjligheten till överprövning ("race to signature"). Genom rättsmedelsdirektivet och motsvarande

¹ EUT L 335, 20.12.2007, s. 31.

bestämmelser i direktivet införs bestämmelser som innebär att upphandlande myndigheter och enheter förbjuds att ingå avtal inom en viss tid efter det att underrättelse om tilldelningsbeslutet har skickats till berörd anbudssökande och anbudsgivare (avtals-spärr). Det andra problemet är att det saknas effektiva rättsmedel mot otillåtna direktupphandlingar av kontrakt, dvs. upphandlingar som sker utan vederbörlig annonsering. För att komma till rätta med detta införs bestämmelser om ogiltighet av avtal som påföljd vid otillåten direktupphandling.

De artiklar som behandlas i detta avsnitt är de som saknar en motsvarighet i rättsmedelsdirektivet, nämligen artiklarna 55.1, 56.1.b, 56.10 och 60.3 fjärde och femte stycket. Vad gäller de artiklar i direktivet som har en motsvarighet i rättsmedelsdirektivet föreslår utredningen inte någon annat förslag till författningstext än det som redovisas i lagrådsremissen, se vidare författningskommentaren.

9.2 Direktivets bestämmelser

I artikel 55.1 anges tillämpningsområdet för avdelning IV i direktivet. Enligt artikeln ska de prövningsförfaranden som föreskrivs i avdelning IV tillämpas för de kontrakt som avses i artikel 2, utom i de undantagsfall som anges i artiklarna 12 och 13.

Medlemsstaterna ska enligt artikel 56.1.b se till att de åtgärder som vidtas vad avser prövningsförfarandena innehåller bestämmelser om befogenheter att vid första möjliga tillfälle, om möjligt genom intermistiskt förfarande och om nödvändigt genom ett slutgiltigt förfarande i sak, vidta vissa åtgärder i syfte att korrigera en konstaterad överträdelse och förhindra att de berörda intressena skadas, särskilt fatta beslut om utbetalning av en bestämd penningssumma, om överträdelsen inte har korrigerats eller förhindrats.

Bestämmelser kring domstolarnas prövning och de särskilda krav på sekretess som ställs finns i artikel 56.10. Medlemsstaterna ska se till att de organ som ansvarar för prövning garanterar en tillräcklig sekretess för sekretessbelagda uppgifter eller annan information som tas upp i de handlingar som överlämnas av parterna och ska under hela förfarandet tillvarata försvars- och/eller säkerhetsintressen. I detta syfte kan medlemsstaterna besluta att ett specifikt organ ska ha exklusiv behörighet att pröva kontrakt på området för försvar och säkerhet.

I artikel 60.3 fjärde stycket anges att ett kontrakt inte får anses vara utan verkan om det i hög grad skulle äventyra existensen för ett bredare försvars- eller säkerhetsprogram som är av avgörande betydelse för en medlemsstats säkerhetsintressen.

9.3 Tillämpningsområdet

Utredningens bedömning: Artikel 55.1 föranleder ingen bestämmelse i lagen.

Artikel 55.1 anger att de provningsförfaranden som föreskrivs i artiklarna 55–64 ska tillämpas för de kontrakt som avses i artikel 2, utom i de undantagsfall som anges i artiklarna 12 och 13. I artikel 2 anges vilket tillämpningsområde direktivet har och i artiklarna 12 och 13 anges i vilka fall direktivet inte ska tillämpas. Det faller sig naturligt att provningsförfarandet i direktivet endast omfattas av direktivets tillämpningsområde. En särskild bestämmelse om det får anses onödig.

Det kan dock vara på sin plats att poängtera att underleverantörer inte omfattas av bestämmelserna om rättsmedel. Enligt artikel 2 ska direktivet tillämpas på kontrakt som tilldelas på försvars- och säkerhetsområdet. Kontrakt definieras i artikel 1.2 som skriftligt kontrakt med ekonomiska villkor som dels sluts mellan en eller flera ekonomiska aktörer och en eller flera upphandlande myndigheter och som avser utförande av bygg-entreprenad, leverans av varor eller tillhandahållande av tjänster i den mening som avses i det klassiska direktivet, dels sluts mellan en eller flera av de upphandlande enheter som avses i artikel 2.2. i försörjningsdirektivet och en eller flera entreprenörer, varuleverantörer eller tjänsteverantörer. Det är således endast de kontrakt som föreligger mellan den upphandlande myndigheten eller enheten och leverantören som omfattas av artikel 2 och därmed endast dessa kontrakt som kan bli föremål för prövning enligt bestämmelserna om rättsmedel.

9.4 Förbud vid vite

Utredningens förslag: Artikel 56.1.b föranleder ingen bestämmelse i lagen.

Artikel 56.1.b stadgar att rätten vid första möjliga tillfälle ska fatta beslut om utbetalning av en bestämd penningssumma, om överträdelsen inte har korrigerats eller förhindrats. Avsikten med artikeln är att införa en liknande bestämmelse som 16 kap. 2 § första stycket sista meningen LUF om vite. Häri anges att rätten har möjlighet att förbjuda vid vite att upphandlingen fortsätter.

I den engelska översättningen av direktivet står emellertid ”or” mellan punkten a och b i artikel 56.1 och i den franska översättningen inleds punkten a respektive punkten b med ordet ”soit”, dvs. eller. Det innebär att det finns en valfrihet när det gäller om en vitesbestämmelse ska införas, vilket inte framgår av den svenska översättningen.

I lagrådsremissen, *Nya rättsmedel m.m. på upphandlingsområdet*, föreslås att bestämmelsen om vite i LUF ska upphävas bl.a. för att den sällan har använts (s. 142–143). Med hänsyn till att bestämmelsen i LUF föreslås tas bort finner inte utredningen tillräckliga skäl för att införa en vitesbestämmelse utifrån artikel 56.1.b.

9.5 Hantering m.m. av ärenden i domstol

Utredningens förslag: En ansökan om överprövning respektive påförande av marknadsskadeavgift ska lämnas till Förvaltningsrätten i Stockholm.

Ett föreläggande att lämna uppgift m.m. får överklagas hos Förvaltningsrätten i Stockholm.

En talan om skadestånd ska väckas vid Stockholms tingsrätt.

I artikel 56.10 första stycket anges att medlemsstaterna ska se till att de organ som ansvarar för prövning garanterar en tillräcklig sekretess för sekretessbelagda uppgifter eller annan information som tas upp i de handlingar som överlämnas av parterna och ska under hela förfarandet tillvarata försvars- och säkerhetsintressen. För att garantera sekretess för sekretessbelagda uppgifter hos domstolar finns bestämmelser i offentlighets- och sekretesslagen

(2009:400), OSL, samt brottsbalken. Vidare har Justitieombudsmannen och Justitiekanslern en tillsynsfunktion över domstolarna.

Flera sekretessbestämmelser i OSL har ett så generellt innehåll att de är direkt tillämpliga hos alla myndigheter, därmed även hos domstolarna, t.ex. utrikes- och försvarssekretessen i 15 kap. 1–2 §§ OSL². Det finns också materiella sekretessregler som tillkommit för domstolarnas skull. Sekretess gäller t.ex. hos domstol enligt 36 kap. 2 § OSL för uppgift om en myndighets eller en enskilds affärs- eller driftsförhållanden, om det kan antas att den som uppgiften rör lider avsevärd skada om uppgiften röjs. Andra sekretessbestämmelser är utformade på ett sådant sätt att de inte är direkt tillämpliga hos domstolen. I OSL finns emellertid en bestämmelse, 43 kap. 2 §, som innebär att sådan sekretess överförs till domstolen när uppgifterna lämnas från den myndighet där sekretessen gäller till domstolen. Detta gäller dock inte i vissa angivna fall t.ex. upphandlingssekretessen enligt 19 kap. 3 § OSL.

Av 20 kap. 3 § brottsbalken följer ett straffansvar för dem som hanterar sekretessbelagda uppgifter. I paragrafen sägs att om någon röjer uppgift som han är pliktig att hemlighålla enligt lag eller annan författning döms han för brott mot tystnadsplikt. Straffansvar föreligger även vid oaktsamhet.

Justitieombudsmännen (JO) och Justitiekanslern (JK) kontrollera att myndigheter och deras tjänstemän följer gällande lagar och andra författningar i sin verksamhet. JO kan t.ex. väcka åtal om tjänstefel. JK handlägger bl.a. skadeståndsanspråk t.ex. sådana som grundar sig på att en statlig myndighet har fattat ett felaktigt beslut.

Av 1 kap. 1 § tredje stycket tryckfrihetsförordningen och 1 kap. 2 § yttrandefrihetsgrundlagen följer att varje svensk medborgare har rätt att lämna uppgifter i vad ämne som helst för offentliggörande (meddelarfrihet). Meddelarfriheten på försvarsområdet är starkt begränsad. Mot denna bakgrund finns det i 15 kap. OSL inte någon bestämmelse om att den tystnadsplikt som följer av den s.k. försvarssekretessen (15 kap. 2 § OSL) inskränker rätten att meddela och offentliggöra uppgifter. Däremot har det tagits in en erinran i 15 kap. 6 § andra stycket OSL om att det följer av 7 kap. 3 § första stycket 1, 4 § 1–8 och 5 § 3 tryckfrihetsförordningen respektive 5 kap. 1 § första stycket och 3 § första stycket 1 yttrandefrihetsgrundlagen att den tystnadsplikt som följer av

² Se S. Heuman och A. Tansjö, *Sekretess m.m. hos allmän domstol*, s. 32.

15 kap. 2 § OSL inskränker rätten att meddela och offentliggöra uppgifter i vissa fall.³ Enligt utredningens mening är de möjligheter som finns i dag och som redovisats ovan för att säkerställa sekretessen hos domstolarna tillräckliga även för upphandlingar enligt direktivet. Något behov av att införa ytterligare bestämmelser finns därför inte.

I andra stycket av artikel 56.10 anges att medlemsstaterna i syfte att garantera sekretessen och för att tillvarata försvars- och säkerhetsintressen kan besluta att ett specifikt organ ska ha exklusiv behörighet att pröva kontrakt på området för försvar och säkerhet. Regeringen har i olika sammanhang redovisat den ståndpunkten är att alla domstolar ska kunna pröva alla mål och att olika specialfora som huvudregel bör undvikas. Enligt utredningens mening är det i det här sammanhanget ändå motiverat att överväga om det inte för mål enligt förevarande lagstiftning bör finnas särskilda forumregler med hänsyn till försvars- och säkerhetsmarknadens särart, som är så markant att den har föranlett ett särskilt direktiv, den speciella kompetens som därmed behöver upparbetas vid det dömande organet samt de särskilda förhållanden som råder på grund av den omfattande mängd sekretessbelagda uppgifter angående rikets säkerhet som målen ifråga kan innehålla. Om handläggningen av mål enligt den nya lagen styrs till endast en domstol i respektive domstolsslag skapas förutsättningar att koncentrera kompetensen samt rutiner för hantering och handläggning av målen. Vidare ställer mål enligt denna lag krav på att de domare, sekreterare m.fl. som kommer i kontakt med dem säkerhetsprövas enligt säkerhetsskyddslagen (1996:627) i den mån ärendena innehåller information som är hemlig med hänsyn till rikets säkerhet. Mot bakgrund av att de flesta relevanta upphandlande myndigheter och enheter för närvarande finns i Stockholm är det enligt utredningens mening lämpligt att lägga prövningen av dessa mål hos Förvaltningsrätten i Stockholm och Stockholms tingsrätt. Detta ska anges i författningstexten.

Medlemsstaterna kan enligt tredje stycket av artikeln föreskriva att endast de av prövningsorganets medlemmar som personligen är behöriga att hantera sekretessbelagda uppgifter får behandla prövningsansökningar som innehåller sådan information. En möjlighet finns i dag att genom säkerhetsskyddslagen (1996:627) säkerställa att ett mål som rör rikets säkerhet endast hanteras av

³ E. Lenberg, U. Geijer & A. Tansjö, *Offentlighets- och sekretesslagen: en kommentar*, s. 14:1:1–14:1:2.

personer som godkänts ur ett säkerhetsperspektiv. Säkerhetsskyddslagen gäller för verksamhet hos bl.a. staten. Enligt 11 § säkerhetsskyddslagen ska en säkerhetsprövning göras innan en person genom anställning eller på något annat sätt deltar i verksamhet som har betydelse för rikets säkerhet. Syftet med säkerhetsprövningen är att klarlägga om personen kan antas vara lojal mot de intressen som skyddas i säkerhetsskyddslagen och i övrigt är pålitlig från säkerhetssynpunkt. Säkerhetsprövningen omfattar en registerkontroll och i vissa fall även en särskild personutredning. Registerkontroll ska göras om anställning eller deltagande i verksamhet har placerats i säkerhetsklass. Vissa myndigheter, t.ex. Försvarets materielverk och Rikspolisstyrelsen beslutar själva om placering i säkerhetsklass 2 och 3 i fråga om den egna verksamheten. Är det fråga om placering i den högsta säkerhetsklassen, 1, fattar regeringen sådana beslut. En särskild personutredning ska göras vid registerkontroll som avser anställning eller annat deltagande i verksamhet, om anställningen eller deltagandet i verksamheten har placerats i säkerhetsklass 1 eller 2.

Enligt utredningens mening finns mot denna bakgrund för närvarande inget behov av att införa en särskild bestämmelse om prövning av endast vissa av domstolens ledamöter.

Medlemsstaterna kan också enligt tredje stycket i artikeln kräva att särskilda säkerhetsåtgärder ska vidtas i samband med registreringen av prövningsansökningar, mottagande av handlingar och lagring av dokument. Någon särreglering av en speciell måltyp rörande lagring, registrering eller mottagande finns inte. Bestämmelser om registrering av allmänna handlingar finns i 5 kap. OSL. En särskild bestämmelse om sekretessmarkering för uppgift i en allmän handling som är av synnerlig betydelse för rikets säkerhet finns i 5 kap. 5 § OSL. Bestämmelser om arkiv m.m. finns i arkivlagen (1990:782). Rikspolisstyrelsen har även gett ut föreskrifter och allmänna råd om säkerhetsskydd (RPSFS 2010:03). Däri finns bestämmelser om förvaring, registrering m.m. när det gäller sekretessbelagda handlingar som rör rikets säkerhet vilka domstolen är skyldig att följa⁴. Det anges bl.a. att en hemlig handling ska förvaras i ett säkerhetsskåp och att kvalificerat hemliga handlingar ska förvaras av myndighetens chef. Liknande bestämmelser finns i Försvarets författningssamling (FFS 2003:7).

⁴ Se S. Heuman och A. Tansjö, *Sekretess m.m. hos allmän domstol*, s. 27.

Något behov av att införa särskilda regler gällande dessa området finns enligt utredningens mening inte.

Enligt sista stycket ska medlemsstaterna fastställa hur prövningsorganen ska göra för att hemlighålla sekretessbelagda uppgifter och samtidigt respektera rätten till ett försvar, och ska, när det gäller rättslig prövning eller prövning genom ett organ som är en domstol enligt artikel 234 i fördraget (numera artikel 267 i EUF-fördraget), se till att förfarandet i sin helhet överensstämmer med rätten till en rättvis rättegång.

EU-domstolen har i dom⁵ den 14 februari 2008 prövat denna fråga. EU-domstolen fann att det organ som är ansvarigt för prövningsförfarandet är skyldigt att säkerställa konfidentiell behandling och rätten till skydd för affärshemligheter gällande information i handlingar som parterna ger in till domstolen. Inget ska dock hindra domstolen från att ta de av och beakta denna information. Det ankommer vidare enligt EU-domstolen på detta organ att besluta i vilken omfattning och på vilket sätt den konfidentiella behandlingen av och sekretessen omkring denna information ska säkerställas, med tanke på kraven på ett effektivt rättsligt skydd och rätten till försvar för parterna i förfarandet samt när det är fråga om ett domstolsförfarande eller ett förfarande vid en instans som är en domstol i den mening som avses i artikel 267 i EUF-fördraget, på ett sådant sätt att rätten till en rättvis rättegång iakttas under hela förfarandet.

Av reglerna i förvaltningsprocesslagen (1971:291) respektive rättegångsbalken samt 10 kap. 3 § OSL följer att en leverantör som är part i ett överprövningsmål eller i ett skadeståndsmål i anledning av en upphandling har rätt att ta del av allt material i målet. Det innebär att en leverantör, som inte anser sig ha fått tillräckligt med uppgifter om ett tilldelningsbeslut eller ett beslut att ingå ramavtal, som part i ett mål normalt kan få tillgång till material som är sekretessbelagt för andra än parten. Emellertid har bestämmelsen i 10 kap. 3 § OSL en begränsning, nämligen att handling eller annat material inte ens får lämnas ut till en part i den mån det av hänsyn till allmänt eller enskilt intresse är av synnerlig vikt att sekretessbelagd uppgift i materialet inte röjs. Begränsningen är avsedd att tillämpas restriktivt. En domstol som använder sig av den är dessutom skyldig att på annat sätt lämna parten upplysningar om vad materialet innehåller, i den mån det behövs för att han ska

⁵ Se EU-domstolens dom den 14 februari 2008 i mål C-450/06, Varec SA, REG 2008, s. I-581.

kunna ta tillvara sin rätt och det kan ske utan allvarlig skada för det intresse som sekretessen ska skydda. Det är även möjligt för domstolen att ställa upp ett förbehåll med stöd av 10 kap. 4 § OSL om hur uppgiften får användas när den lämnar ut sådana sekretessbelagda uppgifter till en part.

Sekretessen hindrar aldrig att en part i ett mål eller ärende får ta del av en dom eller ett beslut. Finns det uppgifter i målet som parten inte ska få kännedom om måste dessa alltså utelämnas ur domen eller beslutet.

Enligt utredningens mening uppfyller de regler som finns i OSL de krav som ställs rörande frågan hur domstolen ska göra för att hemlighålla sekretessbelagda uppgifter och samtidigt respektera rätten till ett försvar samt se till att förfarandet i sin helhet överensstämmer med rätten till en rättvis rättegång.

9.6 Undantag från ogiltighet vid allmänintresse

Utredningens förslag: Ett allmänintresse kan vara om ett ogiltigförklarande av ett kontrakt i hög grad skulle äventyra existensen för ett bredare försvars- eller säkerhetsprogram som är av avgörande betydelse för rikets säkerhetsintressen.

Artikel 60.3 är i princip desamma som motsvarade artikel i rättsmedelsdirektivet förutom två nya stycken, fjärde och femte stycket. Artikel 60.1–60.2 anger i vilka situationer rätten kan besluta att ett avtal som slutits mellan en upphandlande myndighet eller enhet och en leverantör är ogiltigt. Undantag från ogiltighet finns dock. Ett sådant undantag är när ett avtal ska bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse (artikel 60.3). Med tvingande hänsyn till ett allmänintresse avses enligt en definition i Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/123/EG av den 12 december 2006 om tjänster på den inre marknaden⁶:

Tvingande hänsyn till allmänintresset: hänsyn som domstolen i sin rättspraxis bedömt som tvingande på grund av allmänintresset, t.ex. följande: allmän ordning, allmän säkerhet, skydd för människors liv och hälsa, folkhälsa, bibehållen ekonomisk jämvikt i det sociala trygghetssystemet, konsumentskydd och skydd av såväl tjänstemottagare som arbetstagare, rättvisa handelstransaktioner, kamp mot bedrägeri,

⁶ EUT L 376, 27.12.2006, s. 36.

skydd av miljö och stadsmiljö, djurhälsa, immateriella rättigheter, bevarande av det nationella historiska och konstnärliga kulturarvet, socialpolitiska och kulturpolitiska mål.

Artikeln 60.3 fjärde stycket innehåller en undantagssituation när ett avtal inte kan ogiltigförklaras för att det då på ett allvarligt sätt skulle äventyrar inte bara genomförandet av det särskilda projektet som kontraktet åsyftar, utan också själva existensen för ett bredare försvars- eller säkerhetsprogram där projektet ingår som en del. Av beaktandesats 73 framgår att fjärde stycket i artikeln är ett exempel på en situation när tvingande hänsyn till ett allmänintresse gör att ett avtal inte ska anses ogiltigt.

Enligt utredningens mening är det trots det motiverat att fjärde stycket i artikeln ingår i författningstexten. Detta för att poängtera särdragen hos upphandlingar inom försvars- och säkerhetsområdet. En stats yttre säkerhet i form av den nationella försvarsförmågan tillhör statens absoluta kärnverksamhet och landets försvar är en nationell angelägenhet. Att ett avtal inte kan ogiltigförklaras om det äventyrar existensen för ett försvars- eller säkerhetsprogram som är av avgörande betydelse för rikets säkerhetsintressen är av sådan vikt att det bör framgå av författningstexten.

I artikel 60.3 femte stycket anges att medlemsstaterna ska föreskriva alternativa sanktioner i samtliga ovan nämnda fall. Som alternativ sanktion föreslås i lagrådsremissen, *Nya rättsmedel m.m. på upphandlingsområdet*, att en marknadsskadeavgift införs (se lagrådsremissen s. 168-171). En sådan avgift ska, enligt lagrådsremissen, påföras när ett avtal inte ska anses ogiltigt på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Utredningens förslag till genomförande av artikel 60.3 femte stycket är därför desamma som det som föreslås i lagrådsremissen gällande alternativ sanktion.

10 Avslutande artiklar och övriga lagändringar

Utredningens förslag och bedömning: De författningsändringar som utredningen föreslår bör träda i kraft den 1 juli 2011. Äldre bestämmelser ska tillämpas på upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet.

I LOU och LUF införs bestämmelser om att dessa lagar inte gäller för upphandling som omfattas av den nya lagen eller är undantagen enligt artiklarna 12 eller 13 i direktivet. Dessutom behöver vissa följdändringar göras i dessa lagar.

Följdändringar behöver också göras i offentlighets- och sekretesslagen (2009:400), lagen (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet och i lagen (1971:289) om allmänna förvaltningsdomstolar.

I övrigt föranleder artiklarna 63–75 ingen bestämmelse i svensk lag.

Artikel 63 och 64 är de avslutande bestämmelserna i avdelning IV som har rubriken regler som ska tillämpas för prövning. Artikel 63 innehåller regler om att kommissionen kan kräva korrigerings på lämpligt sätt av en medlemsstat. I artikel 64 anges innehållet i en annons om frivillig förhandsinsyn, vars format ska antas av kommissionen.

Avdelning V, som omfattar artiklarna 65–75, har rubriken skyldighet att lämna uppgifter för statistikändamål, verkställandebefogenheter och slutbestämmelser.

Skyldigheten för en medlemsstat att lämna statistik till kommissionen regleras i artikel 65 och i artikel 66 anges vad statistikrapporten ska innehålla.

En bestämmelse om att kommissionen ska biträdas av Rådgivande kommittén för offentliga upphandlingskontrakt finns i artikel 67.

Det åligger kommissionen att revidera tröskelvärden enligt artikel 68. Kommissionen ges även en rätt att göra vissa övriga ändringar enligt artikel 69.

I artiklarna 70 och 71 anges vilka följdändringar i försörjningsdirektivet och det klassiska direktivet som krävs med anledning av direktivet. Av dessa artiklar följer att det klassiska direktivet eller försörjningsdirektivet inte gäller för upphandling som omfattas av direktivet eller är undantagen enligt artiklarna 8 (upphandling under tröskelvärdena), 12 (kontrakt som tilldelas i enlighet med internationella regler) eller 13 (särskilda undantag) i direktivet. I anledning av detta behöver vissa ändringar i LOU och LUF göras. Sådana upphandlingar som omfattas av artikel 12 eller 13 ska inte omfattas av vare sig LOU, LUF eller den här föreslagna lagen. För sådan upphandling som omfattas av den nya lagens tillämpningsområde, men där kontraktet beräknas till under tröskelvärdena ska reglerna i det icke-direktivstyrda kapitlet i den nya lagen tillämpas (se avsnitt 4.4). LOU eller LUF ska därmed inte gälla i dessa fall.

Den nya lagen medför vidare att följdändringar behöver göras i offentlighets- och sekretesslagen (2009:400), lagen (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet och i lagen (1971:289) om allmänna förvaltningsdomstolar.

Senast den 21 augusti 2011 ska medlemsstaterna ha antagit och offentliggjort de lagar och andra författningar som är nödvändiga för att följa direktivet enligt artikel 72. Utredningen föreslår därför att samtliga de författningsändringar som utredningen föreslår ska träda i kraft den 1 juli 2011. Äldre bestämmelser ska tillämpas på upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet. En upphandling får anses påbörjad när den upphandlande myndigheten eller enheten genom annons eller på annat sätt beslutat att begära in anbud (se prop. 2006/07:128 del 1, s. 447 och 568).

Kommissionens skyldighet att rapportera om de åtgärder som medlemsstaterna vidtagit för att införliva direktivet m.m. finns i artikel 73.

I artiklarna 74 och 75 finns bestämmelser om ikraftträdande och adressater.

11 Konsekvensanalys

Utredningens bedömning: Ett ökat antal upphandlingar inom försvars- och säkerhetsområdet kommer att konkurrensutsättas, vilket i sin tur kan antas leda till minskade kostnader för inköp för stat och verksamheter inom försörjningssektorerna.

Marknaden kommer att bli mer tillgänglig för företagen, vilket torde leda till nya affärsmöjligheter och ökad konkurrens.

Förslaget kan på sikt antas förbättra företagens konkurrenskraft och därigenom ha en positiv effekt på sysselsättningen.

Förslaget påverkar inte den offentliga servicen i olika delar av landet, jämställdheten mellan män och kvinnor eller möjligheterna att nå de integrationspolitiska målen.

Förslaget kommer inte heller att medföra några negativa konsekvenser för miljön.

Statsfinansiella konsekvenser

Direktivet om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet kommer sannolikt att medföra att antalet upphandlingar som konkurrensutsätts ökar, eftersom det innehåller ett antal bestämmelser, t.ex. om informationssäkerhet och försörjningstrygghet, som är särskilt anpassade för att möjliggöra upphandlingar på dessa marknader.

Genom ökad konkurrensutsättning kan det antas att varor och tjänster kommer att kunna upphandlas till lägre kostnader och samhällets inköpskostnader kommer därmed att minska. De administrativa utgifterna för att upphandla bedöms inte vara alltför betungande. Sammantaget leder förslaget därmed till att statens utgifter kommer att minska. Något underlag för att mäta besparingarna finns dock inte. Det är därför inte möjligt att mer

konkret uppskatta hur stor minskning av utgifterna som förslaget kommer att föranleda.

Konsekvenser för företagen

Genom den nya lagen som föreslås för upphandlingar inom försvars- och säkerhetsområdet, bör antalet upphandlingar som konkurrensutsätts öka. Den offentliga marknaden torde därmed komma att bli mer tillgänglig för företagen. Detta ger företagen ökade möjligheter att få avsättning för produkter till stat och verksamheter inom försörjningssektorerna.

Vad företagens administrativa kostnader för att delta i upphandlingar kan uppgå till är så gott som omöjligt att uppskatta. En öppnare upphandlingsmarknad leder dock till fler upphandlingar. Det är därför naturligt att dessa nya affärsmöjligheter måste administreras. Företagen får här göra en avvägning mellan möjligheten att vinna en upphandling och de administrativa kostnaderna för att delta i upphandlingen.

Konsekvenser för domstolar

Utredningen har föreslagit att Förvaltningsrätten i Stockholm respektive Stockholms tingsrätt som första instanser ska pröva mål som omfattas av den föreslagna lagen. Eftersom antalet upphandlingar sannolikt kommer att öka, är det foljdriktigt att anta att antalet ansökningar om överprövning kommer att öka hos förvaltningsrätten. Det saknas dock beräkningar för hur stort antal nya mål som kommer att genereras. Lagstiftningens ändamål är att långsiktigt kunna öka de upphandlande myndigheternas och enheternas regelefterlevnad, varför det kan antas att lagändringarna inledningsvis kommer att medföra en ökad måltillströmning som med tiden kommer att avta och plana ut.

För tingsrätten förväntas förslaget inte medföra någon större effekt.

Konsekvenser för den kommunala självstyrelsen

Förslagen i övrigt bedöms inte ha någon påverkan på den kommunala självstyrelsen.

Konsekvenser för sysselsättningen

En större upphandlingsmarknad kommer att leda till ett ökat intresse för nya företag att etablera sig och konkurrera på denna marknad. Detta bedöms ha en positiv effekt på sysselsättningen.

Övriga konsekvenser

Förslaget bedöms inte ha några konsekvenser för den offentliga servicen i olika delar av landet, jämställdheten mellan män och kvinnor samt möjligheterna att nå de integrationspolitiska målen. Förslaget bedöms inte heller medföra några negativa konsekvenser för miljön.

12 Författningskommentar

12.1 Förslaget till lag (0000:00) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet

1 kap. Lagens innehåll och tillämpningsområde samt allmänna bestämmelser

1 §

Paragrafen beskriver lagens innehåll. En liknande bestämmelse finns i 1 kap. 1 § LOU.

2 §

Paragrafen motsvarar artiklarna 2 och 15–17. Förslaget behandlas i avsnitt 4.2.1.

3 §

Paragrafen motsvaras inte av någon artikel i direktivet. Utredningen anser att det bör lämnas en upplysning i lagen om att det finns ytterligare två lagar som reglerar upphandling.

4 §

Paragrafen motsvarar artikel 3.1. Förslaget behandlas i avsnitt 4.2.2.

5 §

Paragrafen motsvarar artikel 3.2. Förslaget behandlas i avsnitt 4.2.2.

6 §

Paragrafens första stycket motsvarar delar av artikel 3.1–3.2 och paragrafens andra stycke motsvarar artikel 3.3. Förslaget behandlas i avsnitt 4.2.2.

7 §

Paragrafen motsvarar artikel 12.

Bestämmelsen innebär att lagen inte gäller sådana upphandlingar som uppfyller de förutsättningar som redovisas i paragrafen. Observera att inte heller LOU eller LUF ska tillämpas på dessa upphandlingar, se förslag till ändring i dessa lagar samt artikel 70 och 71.

Förslaget behandlas i avsnitt 4.3.2.

8 §

Paragrafen motsvarar artikel 13.

Bestämmelsen innebär att lagen inte gäller sådana upphandlingar som uppfyller de förutsättningar som redovisas i paragrafen. Observera att inte heller LOU eller LUF ska tillämpas på dessa upphandlingar, se förslagen till ändring i dessa lagar samt artikel 70 och 71.

Förslaget behandlas i avsnitt 4.3.3.

9 §

Paragrafen motsvarar delvis artikel 2 och hela paragrafen motsvarar lagrådsremissens förslag till 15 kap. 22 § såvitt avser sådana upphandlingar som i dag omfattas av 1 kap. 2 § andra stycket 3 LOU.

I paragrafen avses således de undantag från regelverket som under vissa förutsättningar kan göras med stöd av artikel 346.1.b i EUF-fördraget, enligt vilken varje medlemsstat får vidta åtgärder, som den anser nödvändiga för att skydda sina väsentliga säkerhetsintressen, i fråga om tillverkning av eller handel med vapen, ammunition och krigsmateriel. Sådana åtgärder får inte försämra konkurrensvillkoren på den gemensamma marknaden vad gäller varor som inte är avsedda speciellt för militärändamål. Rådet får på

förslag från kommissionen genom enhälligt beslut ändra på den lista som rådet den 15 april 1958 fastställde över varor på vilka bestämmelserna i punkt 1.b i artikel 346 i EUF-fördraget ska tillämpas.

I fråga om de undantag från regelverket som i dag kan göras med stöd av 15 kap. 22 § LOU, och som gäller sådana upphandlingar som nu omfattas av 1 kap. 2 § andra stycket 4 LOU (artikel 346.1.a EUF-fördraget) så ska i stället 1 kap. 8 § 1 i denna lag tillämpas. Det innebär att lagen inte gäller för upphandlingar där förutsättningarna enligt den bestämmelsen föreligger. Inte heller LOU ska tillämpas i sådana fall (se förslaget i lagen om ändring i LOU samt artikel 71).

Förslaget behandlas i avsnitt 4.3.4.

10 §

Paragrafen motsvarar artikel 4 och 1 kap. 9 § LOU.

Principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet stod i en beaktandesats i det klassiska direktivet och bedömdes bära ingå i författningstexten, se prop. 2006/07:128 del 1, s. 157. Eftersom artikel 4 är identisk med motsvarande artikel i det klassiska direktivet bör de utformas på samma sätt. Därför är principen om ömsesidigt erkännande och proportionalitet med i paragrafen även i denna lag.

11 §

Paragrafen motsvarar artikel 5.1 och 1 kap. 10 § LOU.

12 §

Paragrafen motsvarar artikel 5.2 och 1 kap. 11 § LOU.

2 kap. Definitioner

1 §

Paragrafen motsvarar artikel 1.15 och 2 kap. 1 § LOU.

2 §

Paragrafen motsvarar artikel 1.23 och 2 kap. 2 § LOU.

3 §

Paragrafen motsvarar artikel 1.3. Till skillnad från motsvarande bestämmelse i LOU, 2 kap. 3 §, hänvisar första stycket 1 till avsnitt 45 i CPV-nomenklaturen.

4 §

Paragrafen motsvarar artikel 1.28.

5 §

Paragrafen motsvarar artikel 1.1 och 2 kap. 5 § LOU.

6 §

Begreppet direktivet förekommer i rubriken till 15 kap. och i 9 kap. 3 §. För att tydliggöra vilket direktiv som avses införs en definition av direktivet.

7 §

Paragrafen motsvarar artikel 1.12. Förslaget är hämtat ut lagrådsremissens, *Nya rättsmedel m.m. på upphandlingsområdet*, förslag till 2 kap. 6 a § LOU.

8 §

Paragrafen motsvarar artikel 1.25 och 2 kap. 6 § LOU.

9 §

Paragrafen motsvarar artikel 18.7 första stycket och 2 kap. 7 § LOU.

10 §

Paragrafen motsvarar artikel 1.27.

I den svenska översättningen av artikeln anges *verktyg*. I den engelska översättningen anges "devices" och i den franska "de dispositifs". Utifrån sammanhanget samt den engelska och franska lydelsen anser utredningen att *medel* är mer ett lämpligt ett ord än verktyg.

I beaktandesats 13 i direktivet utvecklas vad som avses med forskning och utveckling.

11 §

Varken direktivet eller det klassiska direktivet innehåller någon definition av förfrågningsunderlag. Det ansågs att LOU borde innehålla en sådan definition, se prop. 2006/07:128 del 1, s. 300. För att i så stor utsträckning som möjligt få en överensstämmelse med LOU innehåller denna lag också en sådan definition.

12 §

Paragrafen motsvarar artikel 1.20 och 2 kap. 9 § LOU.

13 §

Paragrafen motsvarar artikel 1.18. Förslaget är hämtat ur lagrådsremissens förslag till 2 kap. 9 a § LOU och 2 kap. 9a § LUF.

14 §

Paragrafen motsvarar artikel 1.21. Förslaget är hämtat ur lagrådsremissens förslag till 2 kap. 10 a § LOU.

15 §

Paragrafen motsvarar artikel 1.2 och 2 kap. 10 § LOU och 2 kap. 10 § LUF.

16 §

Paragrafen motsvarar artikel 1.10.

17 §

Paragrafen motsvarar artikel 1.13 och 2 kap. 11 § LOU.

18 §

Paragrafen motsvarar artikel 1.26.

19 §

Paragrafen motsvarar artikel 1.6.

Vid tolkningen av definitionen bör man ta sin utgångspunkt i den förteckning över vapen, ammunition och krigsmateriel som antogs av rådet i dess beslut 255/58 av den 15 april 1958 (se artikel 346 i EUF-fördraget). Förteckningen är generisk och bör tolkas i vid mening mot bakgrund av att tekniken, upphandlingsförfarandena och de militära kraven utvecklas, vilket innebär att nya typer av utrustning tas fram, t.ex. på grundval av unionens gemensamma militära förteckning. Definitionen av militär utrustning och därmed tillämpningsområdet för lagen bör emellertid inte definieras uteslutande genom listan från 1958. Tillämpningsområdet torde omfatta mer än listan från 1958. Se vidare i avsnitt 4.2.1.

20 §

Paragrafen motsvaras inte av någon artikel i direktivet, men behövs för att kunna definiera upphandlande myndighet. Paragrafen motsvarar 2 kap. 12 § LOU.

21 §

Paragrafen motsvarar artikel 1.11 och 2 kap. 15 § LOU.

22 §

Paragrafen motsvarar artikel 1.8.

Det bör observeras att det begrepp som används i direktivet, sekretessbelagd *information*, avviker från terminologin i offentlighets- och sekretesslagen (2009:400), i vilken man talar om *uppgifter*.

Förslaget behandlas i avsnitt 6.3.

23 §

Paragrafen motsvarar artikel 1.19 och 2 kap. 16 kap. LOU.

24 §

Paragrafen motsvarar artikel 1.5. Till skillnad från motsvarande bestämmelse i LOU, 2 kap. 18 §, hänvisas i tredje stycket till avsnitt 45 i CPV-nomenklaturen.

25 §

Paragrafen motsvarar artikel 1.22.

26 §

Paragrafen saknar motsvarighet i direktivet. Förslaget behandlas i avsnitt 8.16.

27 §

Paragrafen saknar motsvarighet i direktivet, men anses nödvändig att ha med i lagen. Paragrafen är utformad utifrån 2 kap. 13 § LOU och 2 kap. 23 § LUF.

28 §

Paragrafen motsvarar artikel 1.17. Till skillnad från motsvarande bestämmelse i LUF, 2 kap. 20 §, anges att en upphandlande myndighet ska bedriva sådan verksamhet som avses i 1 kap. 4–10 §§ LUF.

29 §

Paragrafen motsvarar artikel 1.17 och 2 kap. 19 § LOU.

30 §

Paragrafen motsvaras inte av någon artikel i direktivet. En liknande bestämmelse finns i 2 kap. 20 § LOU.

I 7 kap. 2 § LOU och motsvarande artiklar i det klassiska direktivet finns bestämmelser om upphandlarprofil. Dessa är i princip desamma som artikel 30.1 i direktivet. Det ansågs bra att ha en definition av upphandlarprofil i LOU, se prop. 2006/07:128 del 1, s 307. För att i så stor utsträckning få en överensstämmelse mellan lagen och LOU införs en definition av upphandlarprofil i lagen.

31 §

Paragrafen motsvarar artikel 1.7.

32 §

Paragrafen motsvarar artikel 1.4 och 2 kap. 21 § LOU.

33 §

Paragrafen motsvarar lagrådsremissens förslag till 2 kap. 23 § LOU.

34 §

Paragrafen motsvarar 2 kap. 24 § LOU.

35 §

Paragrafen motsvarar 2 kap. 25 § LOU.

3 kap. Tröskelvärden

1 §

Paragrafen motsvarar artikel 8 och 3 kap. 1 § LUF. Förslaget behandlas i avsnitt 4.4.

2 §

Paragrafen motsvarar artikel 9.1 och 3 kap. 3 § LOU.

3 §

Paragrafen motsvarar artikel 9.2 och 3 kap. 4 § LOU.

4 §

Paragrafen motsvarar artikel 9.3 och 3 kap. 5 § LOU.

I direktivet står byggentreprenadsprojekt i stället för som i det klassiska direktivet byggentreprenad. I artikeln står även ”så att en indelning sker i väsentligen lika stora separata delkontrakt eller på annat sätt” i avsikt att kringgå tillämpningen av detta direktiv. Eftersom artikeln inte har någon annan innebörd jämfört med motsvarande artikeln i det klassiska direktivet är det enligt utredningens uppfattning onödigt att ha en annan författningstext än den i LOU. Paragrafen är därför utformad i enlighet med det.

5 §

Paragrafen har ingen motsvarighet i direktivet eller i det klassiska direktivet. Däremot fanns en motsvarande artikel i försörjningsdirektivet och därför infördes en bestämmelse med detta innehåll även i LOU, i 3 kap. 6 §, se prop. 2006/07:128 del 1, s. 316. För att i så stor utsträckning som möjligt ha en överensstämmelse med LOU och LUF införs en bestämmelse med detta innehåll även i denna lag.

6 §

Paragrafens första – tredje stycke motsvarar artikel 9.5 och hela paragrafen motsvarar 3 kap. 7 § LOU.

Fjärde stycket i paragrafen infördes i LOU för att upplysa om att sådana delkontrakt som undantas med stöd av paragrafen inte är helt undantagna från LOU:s tillämpningsområde, se prop. 2006/07:128 del 1, s. 318. Detta skäl gör sig gällande även här. Paragrafen är därför utformad i enlighet med det.

7 §

Paragrafens första stycke motsvarar artikel 9.4 och hela paragrafen motsvarar 3 kap. 8 § LOU.

”Och tjänster” i första stycket och hela andra stycket saknar motsvarighet i direktivet och i det klassiska direktivet, men fanns med i försörjningsdirektivet, se prop. 2006/07:128 del 1, s. 318–319. För att i så stor utsträckning som möjligt ha en överensstämmelse med LOU utformas paragrafen i enlighet med 3 kap. 8 § LOU.

8 §

Paragrafen motsvarar artikel 9.6 och 3 kap. 9 § LOU.

9 §

Paragrafen motsvarar artikel 9.7 och 3 kap. 10 § LOU.

I artikeln används under punkten 1 ”faktiska” totala värdet. I den motsvarande artikeln i det klassiska direktivet används ”reella”. Då ingen väsentlig skillnad föreligger mellan begreppen och för att i så stor utsträckning som möjligt utforma författningstexten i överensstämmelse med LOU används *verkliga* såsom i LOU.

10 §

Paragrafen motsvarar artikel 9.8 a och 3 kap. 11 § punkterna 1 och 3 LOU.

11 §

Paragrafen motsvarar artikel 9.8 b och 3 kap. 12 § LOU.

12 §

Paragrafen motsvarar artikel 9.9 och 3 kap. 13 § LOU.

4 kap. Upphandlingsförfaranden

1 §

Paragrafen motsvarar artikel 25. Sista stycket motsvarar lagrådsremissens förslag 4 kap. 1 § tredje stycket LOU.

2 §

Paragrafen motsvarar artikel 26.1 och 4 kap. 3 § LOU.

Till skillnad från LOU ska hänsyn även tas till de krav som myndigheten eller enheten har angett i de kompletterande handlingarna.

Av artikel 26.2 framgår att den upphandlande myndigheten eller enheten under förhandlingarna ska säkerställa lika behandling av samtliga anbudsgivare. Vidare anges att den i synnerhet inte ska

särbehandla någon genom att lämna ut information som kan gynna vissa anbudsgivare i förhållande till andra. Den motsvarande artikeln till 26.2 i det klassiska direktivet ansågs överflödigt att ta med, se prop. 2006/07:128 del 1, s. 325. Det finns inte skäl att göra en annan bedömning i denna lag. Paragrafen är därför utformad i enlighet med det.

3 §

Paragrafen motsvarar artikel 26.3 och 38.5 samt 4 kap. 4 § LOU.

Med anledning av att konkurrenspräglad dialog införs anges även det beskrivande dokumentet.

4 §

Paragrafen motsvarar artikel 28.1 och i stort 4 kap. 5 § LOU.

I första stycket 1 är till skillnad från LOU förhandlat förfarande med föregående annonsering och konkurrenspräglad dialog angivna.

Första stycket 4 och 5 är i förhållande till LOU nya fall när förhandlat förfarande utan föregående annonsering får användas. Vad som avses med begreppet kris i detta sammanhang framgår av 2 kap. 16 §.

Även bestämmelsen om den upphandlande myndighetens eller enhetens skyldighet i sista stycket är i förhållande till LOU ny.

5 §

Paragrafen motsvarar artikel 28.2 och första stycket 2 motsvarar 4 kap. 7 § första stycket 1 LOU.

I förhållande till LOU är det nytt att paragrafen omfattar även tjänstekontrakt. Paragrafens första stycke 1 är i förhållande till LOU ny.

I den svenska översättningen står *produkter* under punkten b i artikeln. I den engelska översättningen står "products" och i den franska står "des produits". En upphandling kan endast avse varor, tjänster eller byggtreprenader. För att förtydliga det används *varor* i stället för produkter i författningstexten.

I andra punkten av paragrafen ”och under förutsättning [...] har ett sådant syfte” finns inte med i direktivet eller det klassiska direktivet, men däremot i försörjningsdirektivet. Det ansågs inte sakligt motiverat att inte ta med bestämmelsen i LOU, se prop. 2006/07:128 del 1, s. 329. Detta skäl gäller även här. Paragrafen är därför utformad i enlighet med det.

6 §

Paragrafen motsvarar artikel 28.3 och 4 kap 7 § första stycket 2–4. och andra stycket LOU.

Sista stycket handlar om löptiden för ett varukontrakt. Till skillnad från LOU får ett varukontrakt gälla under fem år i stället för tre år. Dessutom är det nytt i förhållande till LOU att det är angivet vilka hänsyn som får tas för att gå utöver den löptiden.

I den svenska översättningen står *produkter* i artikel 28.3.a andra stycket. I den engelska översättningen står ”products” och i den franska står ”des produits”. En upphandling kan endast avse varor, tjänster eller byggentreprenader. För att förtydliga det används *varor* i stället för produkter i paragrafens sista stycke.

7 §

Paragrafen motsvarar artikel 28.4 och 4 kap. 8 § LOU.

Första stycket 2a inkluderar även förhandlat förfarande med föregående annonsering och konkurrenspräglad dialog till skillnad från LOU.

I det sista stycket anges inom vilken tidsrymd förfarandet i visst fall får tillämpas. Till skillnad från LOU får det tillämpas under högst fem år och dessutom är det under vissa förutsättningar möjligt att gå utöver den tidsrymden.

I den svenska översättningen står *produkter* i artikel 28.4.b tredje stycket. I den engelska översättningen står ”products” och i den franska står ”des produits”. En upphandling kan endast avse varor, tjänster eller byggentreprenader. För att förtydliga det används *varor* i stället för produkter i 4 kap. 7 § sista stycket.

8 §

Paragrafen motsvarar artikel 28.5.

Paragrafen är ny i förhållande till LOU. Paragrafen anger att förhandlat förfarande utan föregående annonsering får användas när det gäller kontrakt som tillhandahåller luft- och sjöfarts-transporter för medlemsstaternas väpnade styrkor eller säkerhetsstyrkor som skickats eller kommer att skickas utomlands, när det är omöjligt att hålla tidsfrister vid selektivt förfarande eller förhandlat förfarande med föregående annonsering med anledning av giltighetstiden för anbudet.

Begreppet väpnad styrka används i folkrätten samt förekommer bl.a. i regeringsformen 10 kap. 9 §. Innebörden av begreppet säkerhetsstyrka är dock inte klarlagd.

9 §

Paragrafen motsvarar artikel 27.1 första stycket och lagrådsremissens förslag till 4 kap. 10 § LOU.

Till skillnad från det klassiska direktivet får konkurrenspräglad dialog tillämpas även när ett förhandlat förfarande med föregående annonsering inte medger tilldelning av kontrakt. Öppet förfarande nämns inte i direktivet till skillnad från det klassiska direktivet och försörjningsdirektivet.

10 §

Paragrafen motsvarar artikel 1.21 andra stycket och lagrådsremissens förslag till 4 kap. 11 § LOU.

11 §

Paragrafen motsvarar artikel 27.2 och lagrådsremissens förslag till 4 kap. 12 § LOU.

12 §

Paragrafen motsvarar artikel 27.3 första stycket och lagrådsremissens förslag till 4 kap. 13 § LOU.

13 §

Paragrafen motsvarar artikel 27.4 och lagrådsremissens förslag till 4 kap. 14 § LOU.

14 §

Paragrafens första mening motsvarar artikel 27.5 och lagrådsremissens förslag till 4 kap. 15 § LOU.

15 §

Paragrafen motsvarar artikel 27.6 första stycket och lagrådsremissens förslag till 4 kap. 16 § LOU.

16 §

Paragrafen motsvarar artikel 27.6 andra stycket och lagrådsremissens förslag till 4 kap. 17 § LOU.

17 §

Paragrafen motsvarar artikel 27.7 första stycket och lagrådsremissens förslag till 4 kap. 18 § LOU.

18 §

Paragrafen motsvarar artikel 27.1 andra stycket och lagrådsremissens förslag till 4 kap. 19 § LOU.

19 §

Paragrafen motsvarar artikel 27.7 andra stycket och lagrådsremissens förslag till 4 kap. 20 § LOU.

20 §

Paragrafen motsvarar artikel 27.8 och lagrådsremissens förslag till 4 kap. 21 § LOU.

21 §

Paragrafen motsvarar artikel 10 och första stycket motsvaras av lagrådsremissens förslag till 4 kap. 22 § LOU.

Andra stycket i paragrafen är ny i förhållande till det klassiska direktivet och reglerar när den upphandlande myndigheten eller enheten ska anses ha följt lagen när den anskaffat byggentreprenader, varor eller tjänster med hjälp av en inköpscentral i form av ett offentligt europeiskt organ.

Förslaget behandlas i avsnitt 5.6.

5 kap. Ramavtal*1 §*

Paragrafen motsvarar artikel 29.1 och 29.2 första stycket samt 5 kap. 1 § LOU.

2 §

Paragrafen motsvarar artikel 29.2 första, andra och tredje stycket samt 5 kap. 2 § LOU.

3 §

Paragrafen motsvarar artikel 29.2 fjärde och femte stycket.

En bestämmelse om ramavtals löptid finns i 5 kap. 3 § LOU. Till skillnad från den bestämmelsen får ett ramavtal löpa under sju år i

stället för under fyra år och det är angivet vilka skäl som motiverar en längre löptid.

Även andra stycket i paragrafen är ny i förhållande till LOU.

Av artikel 29.2 sjätte stycket framgår att en upphandlande myndighet eller enhet inte får använda ramavtal på ett otillbörligt sätt eller på ett sådant sätt att konkurrensen förhindras, begränsas eller snedvrids. Det finns en motsvarande bestämmelse i det klassiska direktivet, som ansågs onödig att ta med med hänsyn till 1 kap. 9 § LOU, se prop. 2006/07:128 del 1, s. 333. Samma skäl gör sig gällande här. Paragrafen är därför utformad i enlighet med det.

4 §

Paragrafen motsvarar artikel 29.3 och 5 kap. 4 § LOU.

5 §

Paragrafen motsvarar artikel 29.4 första stycket och 5 kap. 5 § LOU.

6 §

Paragrafen motsvarar artikel 29.4 andra stycket första strecksatsen och 5 kap. 6 § LOU.

7 §

Paragrafen motsvarar artikel 29.4 andra strecksatsen och 5 kap. 7 § LOU.

6 kap. Elektronisk auktion

1 §

Paragrafen motsvarar artikel 48.1 och 48.2 första och andra stycket samt lagrådsremissens förslag till 5 a kap. 1 § LOU.

Punkten 2 är i förhållande till det klassiska direktivet ny och gäller förhandlat förfarande med föregående annonsering utan begränsande villkor.

2 §

Paragrafen motsvarar artikel 48.2 tredje stycket och lagrådsremissens förslag till 5 a kap. 2 § LOU.

3 §

Paragrafen motsvarar artikel 48.3 första stycket och lagrådsremissens förslag till 5 a kap. 3 § LOU.

4 §

Paragrafen motsvarar artikel 48.3 andra stycket och lagrådsremissens förslag till 5 a kap. 4 § LOU.

5 §

Paragrafen motsvarar artikel 48.4 första stycket och lagrådsremissens förslag till 5 a kap. 5 § LOU.

6 §

Paragrafen motsvarar artikel 48.4 andra stycket och lagrådsremissens förslag till 5 a kap. 6 § LOU.

7 §

Paragrafen motsvarar artikel 48.5 första stycket och lagrådsremissens förslag till 5 a kap. 7 § LOU.

8 §

Paragrafen motsvarar artikel 48.5 andra och tredje stycket samt lagrådsremissens förslag till 5 a kap. 8 § LOU.

9 §

Paragrafen motsvarar artikel 48.4 andra stycket sista meningen och lagrådsremissens förslag till 5 a kap. 9 § LOU.

10 §

Paragrafen motsvarar artikel 48.4 andra stycket tredje meningen och lagrådsremissens förslag till 5 a kap. 10 § LOU.

11 §

Paragrafen motsvarar artikel 48.6 och lagrådsremissens förslag till 5 a kap. 11 § LOU.

12 §

Paragrafen motsvarar artikel 48.7 och lagrådsremissens förslag till 5 a kap. 12 § LOU.

13 §

Paragrafen motsvarar artikel 48.8 första stycket och lagrådsremissens förslag till 5 a kap. 13 § LOU.

Av andra stycket i artikel 48.8 följer att en upphandlande myndighet eller enhet inte får utnyttja elektroniska auktioner på ett otillbörligt sätt eller på ett sätt som hindrar, begränsar eller

snedvrider konkurrensen eller så att föremålet för kontraktet, så som det utlystes genom annonsen om upphandling och fastställdes i förfrågningsunderlaget, ändras. En motsvarande bestämmelse i rättsmedelsdirektivet bedömdes inte nödvändig att ta med, eftersom det fick anses följa redan av de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU (se lagrådsremissen s. 310). Detta skäl gäller även här. Paragrafen är därför utformad i enlighet med det.

7 kap. Tekniska specifikationer och särskilda kontraktsvillkor i förfrågningsunderlag m.m.

1 §

Paragrafen motsvarar artikel 18.1 och 6 kap. 1 § LOU.

I artikeln preciseras vilka tekniska specifikationer som ska användas, nämligen de enligt definitionen i punkt 1 i bilaga III. Bilaga III har rubriken definition av vissa tekniska specifikationer som avses i artikel 18. Motsvarande bilaga i det klassiska direktivet togs in som en bilaga till lagen (se prop. 2006/07:128 del 1, s. 340). För att i så stor utsträckning som möjligt få en överensstämmelse med LOU tas även bilaga III in som en bilaga till denna lag.

I förhållande till LOU är det nytt att tekniska specifikationer även ska ingå i det beskrivande dokumentet.

Någon bestämmelse om att specifikationerna, när det är möjligt, bör bestämmas med hänsyn till kriterier avseende tillgänglighet för personer med funktionshinder m.m. som finns i 6 kap. 1 § andra stycket LOU finns inte i direktivet.

2 §

Paragrafen motsvarar artikel 18.3 a och 6 kap. 2 § LOU.

I förhållande till LOU är punkterna 4, 8 och 9 nya. Det är även nytt i förhållande till LOU att det lyfts fram att det är fråga om civil standard eller specifikation i punkterna 1, 3, 5 och 7. Även hänvisningen till internationella standardiseringsavtal i sista stycket är ny i förhållande till LOU.

3 §

Paragrafen motsvarar artikel 18.3 b–d och 6 kap. 3 § LOU.

4 §

Paragrafen motsvarar artikel 18.8 och 6 kap. 4 § LOU.

5 §

Paragrafen motsvarar artikel 18.4 och 6 kap. 5 § LOU.

Av andra stycket i artikeln framgår att ett lämpligt sätt t.ex. kan vara tillhandahållande av teknisk dokumentation från tillverkaren eller en provningsrapport från ett erkänt organ. Andra stycket i motsvarande artikel i det klassiska direktivet ansågs onödig att ta med, se prop. 2006/07:128 del 1, s. 345. Det saknas skäl att göra en annan bedömning i föreliggande författningsförslag. Paragrafen är därför utformad i enlighet med det.

6 §

Paragrafen motsvarar artikel 18.5 och 6 kap. 6 § LOU.

Av tredje stycket i artikeln framgår att ett lämpligt sätt t.ex. kan vara tillhandahållande av teknisk dokumentation från tillverkaren eller en provningsrapport från ett erkänt organ. Tredje stycket i motsvarande artikel i det klassiska direktivet ansågs onödig att ta med, se prop. 2006/07:128 del 1, s. 346–347. Det saknas skäl att göra en annan bedömning i föreliggande författningsförslag. Paragrafen är därför utformad i enlighet med det.

7 §

Paragrafen motsvarar artikel 18.6 och 6 kap. 7 § LOU.

8 §

Paragrafen motsvarar artikel 18.7 andra stycket och 6 kap. 8 § LOU.

9 §

Paragrafen motsvarar artikel 19.1-3 och 6 kap. 9 § LOU.

I tredje stycket används ordet kravspecifikationer i stället förfrågningsunderlaget som i LOU.

10 §

Paragrafen motsvarar artikel 19.4 och 6 kap. 10 § LOU.

11 §

Paragrafen motsvarar artikel 24 och 6 kap. 12 § LOU.

12 §

Paragrafen motsvarar artikel 20 och 6 kap. 13 § LOU.

I förhållande till LOU tas även villkor avseende underentreprenad, informationssäkerhet eller försörjningstrygghet upp. Det är nytt i förhållande till LOU att dessa villkor även får anges i det beskrivande dokumentet eller de kompletterande handlingarna.

13 §

Paragrafen motsvarar artikel 7. Förslaget behandlas i avsnitt 6.4.

14 §

Paragrafen motsvarar artikel 22 första stycket. Förslaget behandlas i avsnitt 6.5.

15 §

Paragrafen motsvarar artikel 22 andra stycket.

Uppräkningen av de krav som kan ställas är exemplifierande och icke-uttömmande.

Förslaget behandlas i avsnitt 6.6.

16 §

Paragrafen motsvarar artikel 42.1.j tredje stycket. Förslaget behandlas i avsnitt 6.9.

17 §

Paragrafen motsvarar artikel 42.1.j fjärde stycket. Förslaget behandlas i avsnitt 6.10.

18 §

Paragrafen motsvarar artikel 23 första stycket. Förslaget behandlas i avsnitt 7.3.

19 §

Paragrafen motsvarar artikel 23 andra stycket.

Uppräkningen av de krav som kan ställas är exemplifierande och icke-uttömmande.

Förslaget behandlas i avsnitt 7.4.

20 §

Paragrafen motsvarar artikel 23 tredje stycket. Förslaget behandlas i avsnitt 7.5.

8 kap. Annonsering av upphandling*1 §*

Paragrafen motsvarar artikel 30.2 och 31 samt 7 kap. 1 § LOU.

2 §

Paragrafen motsvarar delar av artikel 30.1 första och fjärde styckena och 7 kap. 2 § LOU.

Till skillnad från LOU är den upphandlande myndigheten eller enheten inte skyldig att lämna information om de kontrakt eller ramavtal som myndigheten eller enheten avser att tilldela eller ingå under de närmast följande tolv månaderna. I artikeln står nämligen får i stället för ska som i det klassiska direktivet.

En motsvarande bestämmelse till femte stycket i artikeln i det klassiska direktivet ansågs onödig att ta med, se prop. 2006/07:128 del 1, s. 358. En motsvarande bestämmelse till 30.1 andra och tredje stycket i det klassiska direktivet togs in i förordningen. För att i så stor utsträckning som möjligt få överensstämmelse med LOU utformas paragrafen på samma sätt i denna lag.

3 §

Paragrafen motsvarar artikel 30.3 första och andra stycket samt 7 kap. 3 § LOU.

I artikel 30.3 tredje stycket anges att viss information om tilldelning av kontrakt eller ingående av ett ramavtal inte behöver offentliggöras, om detta skulle hindra tillämpningen av lag, strida mot allmänintresse, särskilt försvars- och/eller säkerhetsintressen, skada offentliga eller privata ekonomiska aktörers berättigade kommersiella intressen eller motverka en sund konkurrens dem emellan. En bestämmelse motsvarande tredje stycket i artikeln i det klassiska direktivet ansågs onödig att ta med med hänsyn till sekretesslagen (1980:100) och lagen (1990:409) om skydd för företagshemligheter, se prop. 2006/07:128 del 1, s. 359. Sekretesslagen är numera upphävd och i stället gäller offentlighets- och sekretesslagen (2009:400). Någon skillnad i sak mellan lagarna är dock inte avsedd. Därför gör sig dessa skäl gällande även här. Paragrafen utformad i enlighet med det.

4 §

Paragrafen motsvarar artikel 60.4 och lagrådsremissens förslag till 7 kap. 4 § LOU.

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

1 §

Paragrafen motsvarar artikel 33.1 och 8 kap. 1 § LOU.

2 §

Paragrafen motsvarar artikel 33.2 och lagrådsremissens förslag till 8 kap. 3 § LOU.

3 §

Paragrafen motsvarar artikel 33.3 första och tredje styckena samt 8 kap. 4 § LOU.

I andra stycket 1 hänvisas till bilaga IV i direktivet. Direktivet definieras i 2 kap. 6 §.

I artikel 33.3 andra stycket anges att fristen ska löpa från det datum då inbjudan att lämna anbud avsändes. En bestämmelse motsvarande andra stycket i artikeln i det klassiska direktivet ansågs onödig med hänsyn till motsvarande artikel 33.2, se prop. 2006/07:128 del 1, s. 363. Detta skäl gäller även här och paragrafen är därför utformad i enlighet med det.

4 §

Paragrafen motsvarar artikel 33.4 och 8 kap. 5 § LOU.

I förhållande till LOU är förfarandet konkurrenspräglad dialog tillagt.

5 §

Paragrafen motsvarar artikel 33.5 och 8 kap. 6 § LOU.

6 §

Paragrafen motsvarar artikel 33.6 och 8 kap. 7 § LOU.

7 §

Paragrafen motsvarar artikel 33.7 och 8 kap. 8 § LOU.

8 §

Paragrafens första och andra stycke motsvarar artikel 34.1–34.2 och tredje stycket, förutom första punkten motsvarar artikel 34.5. Hela paragrafen motsvarar lagrådsremissens förslag till 8 kap. 10 § LOU.

En bestämmelse motsvarande första punkten i tredje stycket i paragrafen finns i försörjningsdirektivet och lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (ÅLOU) och infördes därför även i LOU, se prop. 2006/07:128 del 1, s. 368. För att i så stor utsträckning få en överensstämmelse med LOU bör bestämmelsen även ingå i denna lag.

9 §

Paragrafen motsvarar artikel 34.3 och 8 kap. 11 § LOU.

I förhållande till LOU är det nytt att även det beskrivande dokumentet eller de kompletterande handlingarna kan lämnas ut.

10 §

Paragrafen motsvarar artikel 34.4 och 8 kap 12 § LOU.

I förhållande till LOU är det nytt att även konkurrenspräglad dialog och det beskrivande dokumentet ingår.

10 kap. Kommunikation, information och dokumentation

1 §

Paragrafen motsvarar artikel 36.1–36.22 och 36.6.a samt lagrådsremissens förslag till 9 kap. 1 § LOU.

2 §

Paragrafen motsvarar artikel 36.4 och 9 kap. 2 § LOU.

3 §

Paragrafen motsvarar artikel 36.5.a-c och 9 kap. 3 § LOU.

4 §

Paragrafen motsvarar artikel 36.5.d och 9 kap. 4 § LOU.

5 §

Paragrafen motsvarar artikel 36.6.b–c och 9 kap. 5 § LOU.

6 §

Paragrafen motsvarar delar av artikel 36.3 och 9 kap. 6 § LOU.

7 §

Paragrafens första stycke motsvaras av delar av artikel 36.3 och hela paragrafen motsvarar 9 kap. 7 § LOU.

En bestämmelse motsvarande andra stycket fanns i ÄLOU och togs därför in i LOU, se prop. 2006/07:128 del 1, s. 376. För att i så stor utsträckning får en överensstämmelse med LOU tas bestämmelsen även med här.

8 §

Paragrafens andra stycket motsvarar artikel 45 och hela paragrafen motsvarar 9 kap. 8 § LOU.

En bestämmelse motsvarande första stycket i paragrafen fanns i ÄLOU och togs därför in i LOU, se prop. 2006/07:128 del 1, s. 377. För att i så stor utsträckning som möjligt få en överensstämmelse med LOU tas bestämmelsen även med här.

9 §

Paragrafen motsvarar artikel 35.1 och lagrådsremissens förslag till 9 kap. 9 § LOU.

10 §

Paragrafen motsvarar artikel 35.2 och 9 kap. 10 § LOU.

I artikel 35.2.b anges exempel på omständigheter som lett till att ett anbud förkastats och som ska motiveras. Motsvarande bestämmelse i det klassiska direktivet ansågs onödig att ta med, se prop. 2006/07:128 del 1, s. 379. Detta skäl gör sig gällande även här. Paragrafen har därför utformats i enlighet med det.

En motsvarande bestämmelse i det klassiska direktivet till artikel 35.3 ansågs motsvaras av sekretesslagen (1980:100) och lagen (1990:409) om skydd för företagshemligheter och togs inte in i LOU, se prop. 2006/07:128 del 1, s. 380. Sekretesslagen har upphört och i stället gäller offentlighets- och sekretesslagen (2009:400). Någon skillnad i sak mellan lagarna är dock inte avsedd. Därför gör sig dessa skäl gällande även här. Paragrafen utformad i enlighet med det.

I paragrafen förtydligas i förhållande till LOU att begäran ska vara skriftlig och, i andra stycket, att det gäller ett anbud som har förkastats.

11 §

Paragrafen motsvarar 9 kap 11 § LOU som ansågs framgå indirekt av såväl regleringen i det klassiska direktivet som av bestämmelserna i ÅLOU, se prop. 2006/07:128 del 1, s. 381. För att i så stor utsträckning som möjligt få en överensstämmelse med LOU tas bestämmelsen med även i denna lag.

12 §

Paragrafen motsvarar delar av artikel 37. En liknande bestämmelse finns i 9 kap. 12 § LOU.

Vissa punkter i artikeln är nya i jämförelse med det klassiska direktivet. Dessa är punkten b, e och den andra meningen i

punkten d. Enligt utredningens mening kan det vara av värde att i lagen lyfta fram att det valda upphandlingsförfarandet ska anges i protokollet (punkten b i artikeln).

Till skillnad från motsvarande bestämmelse i det klassiska direktivet anges i artikeln att protokollet ska bekräfta att urvals-förfarandet genomfördes på ett öppet och icke-diskriminerande sätt. Eftersom det även följer av artikel 4 (1 kap. 10 §) anser utredningen att det är onödigt att ange det även här. Någon sådan bestämmelse finns därför inte med i paragrafen.

Paragrafen är så långt det går utformad i överensstämmelse med LOU. Enligt prop. 2006/07:128 del 1, s. 382 ansågs inte alla punkter i den motsvarande bestämmelsen i det klassiska direktivet lämpliga att ta med i LOU, utan delar av artikeln genomfördes genom förordning.

13 §

Paragrafen motsvaras av 9 kap. 13 § LOU. En motsvarande bestämmelse fanns i ÄLOU, se prop. 2006/07:128 del 1, s. 383. För att i så stor utsträckning som möjligt få en överensstämmelse med LOU tas bestämmelsen med även i denna lag.

11 kap. Uteslutning av leverantörer

1 §

Paragrafen motsvaras av artikel 39.1. I 10 kap. 1 § LOU finns en liknande bestämmelse.

Första stycket 2 har en hänvisning till rådets rambeslut 2003/568/RIF. Detta rambeslut ersätter rådets gemensamma åtgärd 98/742/RIF som LOU hänvisar till. Bestämmelserna är i stort sett desamma.

I första stycket 3 hänvisas till Europaparlamentets och rådets direktiv 2005/06/EG i stället för som i motsvarande bestämmelse i LOU rådets direktiv 91/308/EEG, som upphört att gälla. Bestämmelserna är i stort sett desamma.

I förhållande till LOU är första stycket 5 ny och avser terroristbrott eller brott med anknytning till terroristverksamhet.

2 §

Paragrafen motsvaras av artikel 39.1. I 10 kap. 2 § LOU finns en liknande bestämmelse.

De exempel som anges i första stycket 3 och 4 är i förhållande till LOU nya.

Första stycket 5 är ny i förhållande till LOU.

Tredje stycket saknar motsvarighet i direktivet, men återfinns i LOU eftersom det fanns en sådan bestämmelse i ÅLOU, se prop. 2006/07:128 del 1, s 389. För att i så stor utsträckning som möjligt få en överensstämmelse till LOU tas bestämmelsen med även i denna lag.

3 §

Paragrafens första och andra stycket motsvaras av artikel 39.3. Paragrafens tredje stycke motsvaras av artikel 46.3. Hela paragrafen motsvaras av 10 kap. 3 § LOU.

Artikel 39.4 riktar sig mot medlemsstaten och anges därför inte i författningstexten.

4 §

Paragrafen motsvarar lagrådsremissens förslag till 10 kap. 4 § LOU.

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

1 §

Paragrafen motsvarar delvis artikel 38.1 och 11 kap. 11 § LOU.

2 §

Paragrafen motsvarar artikel 38.2 och 11 kap. 2 § LOU.

3 §

Paragrafen motsvarar delar av artikel 38.3 första stycket och hela 11 kap. 3 § LOU.

I förhållande till LOU är det nytt att förfarandet konkurrenspräglad dialog är med.

4 §

Paragrafen motsvarar artikel 38.3 första strecksatsen andra meningen och delar av 11 kap. 4 § LOU.

Antalet anbudssökande som bjuds in får inte vara mindre än tre oavsett vilket förfarande som används. I LOU är minsta antalet anbudssökande vid selektivt förfarande fem.

5 §

Paragrafen motsvarar delar av artikel 38.3 första stycket, hela 38.3 andra stycket och 38.4 samt 11 kap. 5 § LOU.

6 §

Paragrafen motsvarar artikel 38.3 tredje stycket.

Paragrafen anger att den upphandlande myndigheten eller enheten får låta ett upphandlingsförfarande anstå om den anser att antalet lämpliga anbudssökande är för lågt för att effektiv konkurrens ska kunna säkerställas och på nytt offentliggöra den ursprungliga annonsen. Samtliga utvalda anbudssökande från de två offentliggörandena ska sedan bjudas in att delta i upphandlingsförfarandet. Detta alternativ påverkar inte den upphandlande myndighetens eller enhetens möjlighet att avbryta det pågående upphandlingsförfarandet och inleda ett nytt förfarande.

I artikeln anges *verklig* konkurrens. I LOU har uttrycket verklig konkurrens ersatts av ”effektiv” konkurrens för att överensstämma med konkurrenslagens (1993:20) terminologi, se prop. 2006/07:128 del 1, s. 327. Konkurrenslagen (1993:20) är upphävd och i stället gäller konkurrenslagen (2008:579). Någon ändring i detta avseende i den senare lagen har inte skett. Därför har ”verklig” konkurrens ersatts med *effektiv* konkurrens i bestämmelsen.

7 §

Paragrafen motsvarar artikel 40 första och andra stycket och 11 kap. 6 § LOU.

Med aktibolags- eller handelsregister eller motsvarande register avses de register som anges i bilaga VII A-C till direktivet. De förteckningar som anges i bilaga VII är endast vägledande.

Den sista meningen i första stycket i artikeln riktar sig till medlemsstaten och ska därför inte ingå i denna lag.

Av tredje stycket i artikeln framgår att artikeln inte påverkar gemenskapslagstiftningen om etableringsrätt och frihet att tillhandahålla tjänster. Det finns inget behov av att ange det i lagen.

8 §

Paragrafen motsvarar artikel 41.1 och 11 kap. 7 § LOU.

9 §

Paragrafen motsvarar artikel 41.4 och 11 kap. 8 § LOU.

10 §

Paragrafen motsvarar artikel 41.5 och 11 kap. 9 § LOU.

11 §

Paragrafen motsvarar artikel 42.5.

Till skillnad från LOU anges att den upphandlande myndigheten eller enheten i annonsen ska ange vilka uppgifter som anges i artikel 42.1 som den har valt i stället för som i det klassiska direktivet vilka uppgifter som krävs. Denna ändring följer av artikel 42.1 som anger att en leverantör som regel får styrka sin tekniska kapacitet på de sätt som där anges. I LOU anges i 11 kap. 11 § att en leverantör endast får styrka sin tekniska kapacitet på något av de sätt som där anges.

Ytterligare en skillnad jämfört med LOU är att den upphandlande myndigheten eller enheten i annonsen ska ange vilka andra uppgifter som måste tillhandahållas.

12 §

Paragrafen motsvarar artikel 42.1. En liknande bestämmelse finns i 11 kap. 11 § LOU.

Den största skillnaden jämfört med motsvarande paragraf i LOU är att leverantören inte är skyldig att styrka sin tekniska kapacitet på något av de sätt som anges i bestämmelsen, utan att kapaciteten som regel ska styrkas på något av dessa sätt. Leverantören har därför, under vissa förhållanden, en möjlighet att styrka sin tekniska eller yrkesmässiga kapacitet med varje annan handling som den upphandlande myndigheten eller enheten finner lämplig (artikel 42.6).

I förhållande till LOU är tidsrymden i första stycket 2 i paragrafen förlängd från tre till fem år. Dessutom gäller denna tidsrymd endast som regel.

I första stycket 4 är det i förhållande till LOU nytt att de företagsinterna bestämmelserna rörande immaterialrätt ska beskrivas.

Artikel 42.1.d (första stycket 5) är förkortad i jämförelse med motsvarande artikel i det klassiska direktivet (artikel 48.2.d) och har därmed ett generellare tillämpningsområde. Bestämmelsen i LOU vilken genomför artikeln, 11 kap. 11 § andra stycket 5, är begränsad till varor eller tjänster som är komplexa eller i undantagsfall avsedda för ett särskilt ändamål. Denna begränsning finns alltså inte med i denna lag.

Vad gäller första stycket 6 är det i förhållande till LOU nytt att det specificeras i vilka fall uppgifter om leverantörens utbildnings- och yrkeskvalifikationer m.m. ska anges.

Sedan har det i första stycket 9 i förhållande till 11 kap. 11 § andra stycket 9 LOU tillkommit uppgifter om vad som ska anges.

En bestämmelse motsvarande punkten 10 i 11 kap. 11 § LOU saknas på denna plats i direktivet. Upplysningar om hur stor del av kontraktet som kommer att läggas ut på underleverantör följer i stället av artikel 21.2.

Punkten 11 motsvarar artikel 42.1.j första stycket. Förslaget behandlas i avsnitt 6.8.

13 §

Paragrafen motsvarar artikel 42.6.

Av paragrafen följer att om en leverantör har ett godtagbart skäl för att inte förete de referenser som den upphandlande myndigheten eller enheten begär enligt 12 § får han eller hon visa sin tekniska eller yrkesmässiga kapacitet med varje annan handling som den upphandlande myndigheten eller enheten finner lämplig. De i 12 § angivna sätten att styrka sin tekniska eller yrkesmässiga kapacitet är endast exempel. Kan inte leverantören styrka sin kapacitet på något av de sätten får denne uppvisa annan lämplig handling.

14 §

Paragrafen motsvarar artikel 41.2–41.3 och artikel 42.2–42.3 samt 11 kap. 12 § LOU.

15 §

Paragrafen motsvarar artikel 42.4 och 11 kap. 13 LOU.

16 §

Paragrafen motsvarar artikel 43 och 11 kap. 14 § LOU.

I jämförelse med LOU har ordet kvalitetssäkringsstandarder ersatts av kvalitetsstyrningsstandarder. Någon väsentlig skillnad i sak torde inte finnas mellan dessa begrepp.

Dessutom har det lagts till att dessa standarder eller likvärdiga certifikat ska vara certifierade av oberoende ackrediterade organ.

17 §

Paragrafen motsvarar artikel 44 och 11 kap. 15 § LOU.

18 §

Paragrafen motsvarar artikel 46.3 och 11 kap. 16 § LOU.

19 §

Paragrafen motsvarar i allt väsentligt lagrådsremissens förslag till 11 kap. 17 § LOU. Eftersom det öppna förfarandet inte nämns i direktivet finns den delen i lagrådsremissens förslag som berörde det inte med i bestämmelsen.

13 kap. Tilldelning av kontrakt

1 §

Paragrafen motsvarar artikel 47.1 och 12 kap. 1 § LOU.

I andra stycket har i förhållande till LOU lagts till kriterierna ekonomisk livslängd, lönsamhet, försörjningstrygghet, samverkansförmåga och operativa egenskaper.

2 §

Paragrafen motsvarar artikel 34.5.e och 47.2 samt 12 kap. 2 § LOU.

Punkten 3 i tredje stycket saknar motsvarighet i direktivet och i det klassiska direktivet. Däremot var en sådan bestämmelse med i försörjningsdirektivet och därför togs den med även i LOU, se prop. 2006/07:128 del 1, s. 406. För att i så stor utsträckning som möjligt få en överensstämmelse med LOU tas bestämmelsen med även här.

Tredje stycket 4 är en följd av att förfarande konkurrenspräglad dialog införs och följer av lagrådsremissens förslag till 12 kap. 2 § LOU.

I förhållande till LOU är tredje stycket 5 ny.

3 §

Paragrafen motsvarar artikel 49.1-2 och 12 kap. 3 § LOU.

4 §

Paragrafen motsvarar artikel 49.3 och 12 kap. 4 § LOU.

14 kap. Underentreprenad**1 §**

Paragrafen motsvarar artikel 21.1. Förslaget behandlas i avsnitt 8.3.

2 §

Paragrafen motsvarar artikel 21.2. Förslaget behandlas i avsnitt 8.4.

3 §

Paragrafen motsvarar artikel 21.3. Förslaget behandlas i avsnitt 8.5.

4 §

Paragrafen motsvarar artikel 21.4 första stycket. Förslaget behandlas i avsnitt 8.6.

5 §

Paragrafen motsvarar artikel 21.4 tredje stycket. Förslaget behandlas i avsnitt 8.6.2.

6 §

Paragrafen motsvarar artikel 21.4 fjärde stycket. Förslaget behandlas i avsnitt 8.6.3.

7 §

Paragrafen motsvarar artikel 21.4 femte stycket. Förslaget behandlas i avsnitt 8.6.4.

8 §

Paragrafen motsvarar artikel 21.4 sjätte stycket. Förslaget behandlas i avsnitt 8.7.

9 §

Paragrafen motsvarar artikel 21.5. Förslaget behandlas i avsnitt 8.8.

10 §

Paragrafen motsvarar artikel 21.6. Förslaget behandlas i avsnitt 8.9.

11 §

Paragrafen motsvarar artikel 21.7. Förslaget behandlas i avsnitt 8.10.

12 §

Paragrafen motsvarar artikel 50.1. Förslaget behandlas i avsnitt 8.11.

13 §

Paragrafen motsvarar artikel 50.2. Förslaget behandlas i avsnitt 8.12.

14 §

Paragrafen motsvarar artikel 51. Förslaget behandlas i avsnitt 8.13.

15 §

Paragrafen motsvarar artikel 52.1-52.4. Förslaget behandlas i avsnitt 8.14.

16 §

Paragrafen motsvarar artikel 52.5. Förslaget behandlas i avsnitt 8.15.

17 §

Paragrafen motsvarar artikel 52.6 första och andra stycket. Förslaget behandlas i avsnitt 8.16.

18 §

Paragrafen motsvarar artikel 52.6 tredje stycket. Förslaget behandlas i avsnitt 8.16.

19 §

Paragrafen motsvarar artikel 52.8. Förslaget behandlas i avsnitt 8.17.

20 §

Paragrafen motsvarar artikel 53 första stycket. Förslaget behandlas i avsnitt 8.18.

21 §

Paragrafen motsvarar artikel 53 andra stycket. Förslaget behandlas i avsnitt 8.19.

15 kap. Upphandling som inte omfattas av direktivet*1 §*

Paragrafen motsvarar 15 kap. 1 § LOU.

2 §

Paragrafen motsvarar lagrådsremissens förslag till 15 kap. 2 § LOU.

I andra stycket hänvisas till tjänster enligt klass 2 i stället för som i LOU B-tjänster.

3 §

Paragrafen motsvarar lagrådsremissens förslag till 15 kap. 3 § LOU.

4 §

Paragrafen motsvarar lagrådsremissens förslag till 15 kap. 3 a § LOU.

5 §

Paragrafen motsvarar lagrådsremissens förslag till 15 kap. 4 § LOU.

6 §

Paragrafen motsvarar lagrådsremissens förslag till 15 kap. 5 § LOU.

7 §

Paragrafen motsvarar lagrådsremissens 15 kap. 5 a § LOU.

8 §

Paragrafen motsvarar 15 kap. 6 § LOU.

9 §

Paragrafen motsvarar lagrådsremissens 15 kap. 7 § LOU.

10 §

Paragrafen motsvarar 15 kap. 8 § LOU.

11 §

Paragrafen motsvarar 15 kap. 9 § LOU.

12 §

Paragrafen motsvarar 15 kap. 10 § LOU.

13 §

Paragrafen motsvarar 15 kap. 11 § LOU.

14 §

Paragrafen motsvarar 15 kap. 12 § LOU.

15 §

Paragrafen motsvarar 15 kap. 13 § LOU.

16 §

Paragrafen motsvarar lagrådsremissens 15 kap. 13 a § LOU.

17 §

Paragrafen motsvarar lagrådsremissens 15 kap. 13 b § LOU.

18 §

Paragrafen motsvarar 15 kap. 14 § LOU.

19 §

Paragrafen motsvarar lagrådsremissens 15 kap. 15 § LOU.

20 §

Paragrafen motsvarar lagrådsremissens 15 kap. 15 a § LOU.

21 §

Paragrafen motsvarar 15 kap. 16 § LOU.

22 §

Paragrafen motsvarar lagrådsremissens 15 kap. 17 § LOU.

23 §

Paragrafen motsvarar lagrådsremissens 15 kap. 18 § LOU.

24 §

Paragrafen motsvarar lagrådsremissens 15 kap. 19 § LOU.

25 §

Paragrafen motsvarar 15 kap. 20 § LOU.

26 §

Paragrafen motsvarar lagrådsremissens förslag till 15 kap. 21 § LOU.

I paragrafen hänvisas till tjänster enligt klass 2 i stället för som i LOU B-tjänster.

16 kap. Överprövning, skadestånd m.m.**1 §**

Paragrafen motsvarar artikel 55.4 och lagrådsremissens förslag till 16 kap. 1 § LOU.

I jämförelse med lagrådsremissens förslag framgår det inte att framställningen ska göras till allmän förvaltningsdomstol, eftersom ansökan om överprövning ska göras hos Förvaltningsrätten i Stockholm enligt 2 §.

2 §

Paragrafen motsvarar artikel 56.10 andra stycket.

Med undantag av forumbestämmelsen motsvarar paragrafen lagrådsremissens förslag till 16 kap. 2 § LOU. Förslaget behandlas i avsnitt 9.5.

3 §

Paragrafen motsvarar lagrådsremissens förslag till 16 kap. 3 § LOU.

4 §

Paragrafen motsvarar delar av artikel 56.1.a och hela 56.5 samt lagrådsremissens förslag till 16 kap. 4 § LOU.

5 §

Paragrafen motsvarar delar av artikel 56.1.a och lagrådsremissens förslag till 16 kap. 5 § LOU.

6 §

Paragrafens motsvarar artikel 57.2 första stycket och lagrådsremissens förslag till 16 kap. 6 § LOU.

7 §

Paragrafen motsvarar artikel 58 och lagrådsremissens förslag till 16 kap. 7 § LOU.

8 §

Paragrafen motsvarar artikel 60.4 och lagrådsremissens förslag till 16 kap. 8 § LOU.

9 §

Paragrafen motsvarar artikel 56.3 och lagrådsremissens förslag till 16 kap. 9 § LOU.

10 §

Paragrafen motsvarar lagrådsremissens förslag till 16 kap. 10 § LOU.

11 §

Paragrafen motsvarar artikel 59 och lagrådsremissens förslag till 16 kap. 11 § LOU.

12 §

Paragrafen motsvarar lagrådsremissens förslag till 16 kap. 12 § LOU.

13 §

Paragrafen motsvarar lagrådsremissens förslag till 16 kap. 13 § LOU.

14 §

Paragrafen motsvarar lagrådsremissens förslag till 16 kap. 14 § LOU.

15 §

Paragrafen motsvarar artikel 60.1 och 60.2 samt lagrådsremissens förslag till 16 kap. 15 § LOU.

16 §

Paragrafen motsvarar artikel 60.3 och lagrådsremissens förslag till 16 kap. 16 § LOU. Förslaget behandlas i avsnitt 9.6.

17 §

Paragrafen motsvarar artikel 60.4 och 60.5 samt lagrådsremissens förslag till 16 kap. 17 § LOU.

18 §

Paragrafen motsvarar artikel 62 och lagrådsremissens förslag till 16 kap. 18 § LOU.

19 §

Paragrafen motsvarar lagrådsremissens förslag till 16 kap. 19 § LOU.

20 §

Paragrafen motsvarar artikel 56.1 andra stycket och lagrådsremissens förslag till 16 kap. 20 § LOU.

21 §

Paragrafen motsvarar lagrådsremissens förslag till 16 kap. 21 § LOU.

22 §

Paragrafen motsvarar artikel 56.10 andra stycket. Med undantag av forumbestämmelsen motsvarar paragrafen lagrådsremissens förslag till 16 kap. 22 § LOU. Förslaget behandlas i avsnitt 9.5.

17 kap. Marknadsskadeavgift och tillsyn

1 §

Paragrafens första stycke motsvarar delvis artikel 61.2 och hela paragrafen lagrådsremissens förslag till 17 kap. 1 § LOU.

I jämförelse med lagrådsremissens förslag framgår det inte att ansökan ska göras hos allmän förvaltningsdomstol, eftersom en sådan ansökan enligt 14 § ska göras hos Förvaltningsrätten i Stockholm.

2 §

Paragrafens första och andra punkt motsvarar delvis artikel 61.2 och hela paragrafen lagrådsremissens förslag till 17 kap. 2 § LOU.

I jämförelse med lagrådsremissens förslag framgår det inte att en allmän förvaltningsdomstol ska påföra marknadsskadeavgift, eftersom det enligt 14 § ska göras av Förvaltningsrätten i Stockholm.

3 §

Paragrafen motsvarar delvis artikel 61.2 och helt av lagrådsremissens förslag till 17 kap. 3 § LOU.

4 §

Paragrafen motsvarar lagrådsremissens förslag till 17 kap. 4 § LOU.

5 §

Paragrafen motsvarar lagrådsremissens förslag till 17 kap. 5 § LOU.

6 §

Paragrafen motsvarar lagrådsremissens förslag till 17 kap. 6 § LOU.

7 §

Paragrafen motsvarar lagrådsremissens förslag till 17 kap. 7 § LOU.

8 §

Paragrafen motsvarar lagrådsremissens förslag till 17 kap. 8 § LOU.

9 §

Paragrafen motsvarar lagrådsremissens förslag till 17 kap. 9 § LOU.

10 §

Paragrafen motsvarar lagrådsremissens förslag till 17 kap. 10 § LUF.

11 §

Paragrafen motsvarar lagrådsremissens förslag till 17 kap. 11 § LOU.

Tillsynsmyndigheten får i vissa fall hämta in upplysningar genom besök hos den upphandlande myndigheten eller enheten. Det kan t.ex. vara fallet när det är fråga om handlingar med uppgifter av mycket känslig karaktär hos Säkerhetspolisen. Den personal hos tillsynsmyndigheten som ska granska dessa handlingar behöver dessförinnan ha godkänts enligt säkerhetsskyddslagen (1996:627). Vad gäller de uppgifter som tillsynsmyndigheten granskar kan de omfattas av sekretess enligt 15 kap. 1–2 §§ offent-

lighets- och sekretesslagen (2009:400). Dessa bestämmelser är direkt tillämpliga hos alla myndigheter, därmed även hos tillsynsmyndigheten. Gäller sekretess enligt någon annan bestämmelse i stället kan den enligt 11 kap. 1 § offentlighets- och sekretesslagen, som gäller överföring av sekretess vid tillsyn och revision, överföras till tillsynsmyndigheten.

12 §

Paragrafen motsvarar lagrådsremissens förslag till 17 kap. 12 § LOU.

13 §

Paragrafen motsvarar artikel 56.10 andra stycket och lagrådsremissens förslag till 17 kap. 13 § första stycket LOU.

Ändringarna i paragrafen i förhållande till lagrådsremissens förslag är föranledd av forumbestämmelsen i 14 §. Förslaget behandlas i avsnitt 9.5.

14 §

Paragrafen motsvarar artikel 56.10 andra stycket.

Med undantag av forumbestämmelsen motsvarar paragrafen, förutom andra meningen i andra stycket, lagrådsremissens förslag till 17 kap. 14 § LOU. Paragrafens andra mening i andra stycket motsvarar lagrådsremissens förslag till 17 kap. 13 § tredje stycket. Omdisponeringen i förhållande till lagrådsremissens förslag är föranledd av forumbestämmelsen. Förslaget behandlas i avsnitt 9.5.

12.2 Förslaget till lag om ändring i lagen (1971:289) om allmänna förvaltningsdomstolar

18 §

I paragrafen anges att en förvaltningsrätt är domför med en lagfaren domaren ensam i vissa särskilt angivna mål. Bland dessa finns LOU och LUF (fjärde stycket 5). Paragrafen är ändrad på så

sätt att detta även gäller för mål enligt lagen (0000:00) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet .

12.3 Förslaget till lag om ändring i lagen (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet

39 §

Paragrafen handlar om facklig vetorätt i vissa fall och är ändrad på så sätt att den innehåller en hänvisning till lagen (0000:00) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet. De paragrafer som avses i lagen (0000:00) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet har samma innehåll som motsvarande bestämmelser i LOU och LUF.

40 §

Paragrafen är ändrad i första stycket och innehåller en hänvisning till lagen (0000:00) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet. De paragrafer som avses i lagen (0000:00) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet har samma innehåll som motsvarande bestämmelser i LOU och LUF.

12.4 Förslaget till lag om ändring i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling

1 kap. Lagens innehåll och tillämpningsområde samt allmänna bestämmelser

2 §

I andra stycket av nu gällande lydelse av paragrafen anges när endast 15 och 16 kap. ska tillämpas. Det är när upphandlingen görs på försvarsområdet och avser varor eller tjänster som omfattas av artikel 296 i EG-fördraget (numera artikel 346 i EUF-fördraget) (punkten 3) eller när upphandlingen omfattas av sekretess eller andra särskilda begränsningar med hänsyn till rikets säkerhet (punkten 4).

Den nu gällande paragrafens andra stycket 3 och 4 har utgått, vilket är en följd av att dessa upphandlingar omfattas av lagen (0000:00) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet. Upphandlingar som omfattas av artikel 346 i EUF-fördraget är dock undantagna från denna lagens tillämpningsområdet enligt 1 kap. 8 § första stycket 1 och 1 kap. 9 §. Även upphandlingar som omfattas av sekretess eller andra särskilda begränsningar med hänsyn till rikets säkerhet kan fall under något av dessa undantag.

3 a §

Paragrafen är ny och motsvarar artikel 71.

Bestämmelsen innebär att LOU inte ska tillämpas på upphandlingar på försvars- och säkerhetsområdet som omfattas av lagen (0000:00) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet. I de fall en upphandling är undantagen denna lagens tillämpningsområde enligt 1 kap. 7 eller 8 §§ ska inte heller LOU tillämpas.

15 kap. Upphandling som inte omfattas av direktivet

19 §

Den nu gällande paragrafen har i andra stycket en hänvisning till 1 kap. 2 § andra stycket 3 och 4. Denna har utgått eftersom 1 kap. 2 § andra stycket 3 och 4 har utgått.

Avskaffandet av 22 §

Den nu gällande paragrafen har utgått, eftersom 1 kap. 2 § andra stycket 3 och 4 har utgått.

16 kap. Överprövning, skadestånd m.m.

1 §

Den nu gällande paragrafens fjärde stycket 1 har utgått, eftersom 1 kap. 2 § andra stycket 3 och 4 har utgått.

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

1 kap. Lagens innehåll och tillämpningsområde samt allmänna bestämmelser

2 §

I andra stycket av nu gällande lydelse av paragrafen anges när endast 15 och 16 kap. ska tillämpas. Det är när en upphandling omfattas av sekretess eller andra särskilda begränsningar med hänsyn till rikets säkerhet (punkten 3).

Den nu gällande paragrafens andra stycket 3 har utgått, vilket är en följd av att dessa upphandlingar omfattas av lagen (0000:00) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet. Upphandlingar som omfattas av sekretess eller andra särskilda begränsningar med hänsyn till rikets säkerhet kan dock falla under något av undantagen från denna lagens tillämpningsområde i 1 kap. 8 § första stycket 1 eller 1 kap. 9 §.

3 a §

Paragrafen är ny och motsvarar artikel 70.

Bestämmelsen innebär att LUF inte ska tillämpas på upphandlingar på försvars- och säkerhetsområdet som omfattas av lagen (0000:00) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet. I de fall en upphandling är undantagen denna lagens tillämpningsområde enligt 1 kap. 7 eller 8 §§ ska inte heller LUF tillämpas.

15 kap. Upphandling som inte omfattas av direktivet

19 §

Den nu gällande paragrafen har i andra stycket en hänvisning till 1 kap. 2 § andra stycket 3. Denna har utgått eftersom 1 kap. 2 § andra stycket 3 har utgått.

Avskaffandet av 22 §

Den nu gällande paragrafen har utgått, eftersom 1 kap. 2 § andra stycket 3 har utgått.

16 kap. Överprövning, skadestånd m.m.*1 §*

Den nu gällande paragrafens fjärde stycket 1 har utgått, eftersom 1 kap. 2 § andra stycket 3 har utgått.

12.6 Förslaget till lag om ändring i offentlighets- och sekretesslagen (2009:400)**31 kap. Sekretess till skydd för enskild i annan verksamhet med anknytning till näringslivet***3 §*

Paragrafen är ändrad på så sätt att den innehåller en hänvisning även till lagen (0000:00) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.