

Promemoria

Kompletterande bestämmelser om upphandling

2015-10-20

Regeringskansliet, Finansdepartementet

Innehållsförteckning

1	Inledning.....	2
2	Förslag till författningsändringar.....	3
2.1	Förslag till lag om ändring i lagen (0000:000) om offentlig upphandling.....	3
2.2	Förslag till lag om ändring i lagen (0000:000) om upphandling inom försörjningssektorerna.....	6
2.3	Förslag till lag om ändring i lagen (0000:000) om upphandling av koncessioner.....	9
2.4	Förslag till lag om ändring i lagen (0000:000) om ändring i lagen (1993:1651) om läkarvårdsersättning.....	16
2.5	Förslag till lag om ändring i lagen (0000:000) om ändring i lagen (1993:1652) om ersättning för fysioterapi.....	18
3	Direktupphandling av koncessioner.....	20
4	Tillgång till kontrakt.....	32
5	Avslutande av avtal.....	40
6	Vissa ändringar i lagen om läkarvårdsersättning och lagen om ersättning för fysioterapi.....	43
7	Konsekvensanalys.....	45
8	Författningskommentar.....	48
8.1	Förslaget till lag om ändring i lagen (0000:000) om offentlig upphandling.....	48
8.2	Förslaget till lag om ändring i lagen (0000:000) om upphandling inom försörjningssektorerna.....	51
8.3	Förslaget till lag om ändring i lagen (0000:000) om upphandling av koncessioner.....	53
8.4	Förslaget till lag om ändring i lagen (0000:000) om ändring i lagen (1993:1651) om läkarvårdsersättning.....	59
8.5	Förslaget till lag om ändring i lagen (0000:000) om ändring i lagen (1993:1652) om ersättning för fysioterapi.....	60

1 Inledning

Regeringen beslutade den 4 juni 2015 lagrådsremissen Nytt regelverk om upphandling.¹ Lagrådsremissen innehåller förslag till en ny lag om offentlig upphandling och en ny lag om upphandling inom försörjningssektorerna. Vidare innehåller lagrådsremissen förslag till en lag om upphandling av koncessioner. Huvudsakligen genomför lagarna Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG (LOU-direktivet), Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/25/EU av den 26 februari 2014 om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster och om upphävande av direktiv 2004/17/EG (LUF-direktivet) samt Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/23/EU av den 26 februari 2014 om tilldelning av koncessioner (LUK-direktivet).

Lagen om offentlig upphandling ersätter lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (förkortad LOU). Lagen om upphandling inom försörjningssektorerna ersätter lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (förkortad LUF). LOU-direktivet och LUF-direktivet bygger i sak i stora delar på 2004 års direktiv, som de ersätter. LUK-direktivet genomförs genom lagen om upphandling av koncessioner (förkortad LUK). Den följer i allt väsentligt samma struktur som de båda andra lagarna, men är mindre detaljerad och mer flexibel. Till följd av de nya lagarna föreslås även ett antal ändringar i andra lagar. Lagarna och lagändringarna föreslås träda i kraft den 1 april 2016.

I denna promemoria lämnas förslag som kompletterar förslagen i lagrådsremissen Nytt regelverk om upphandling. Förslagen syftar till att genomföra delar av de nya upphandlingsdirektiven samt att få till stånd lämpliga följdändringar i andra lagar. Vidare lämnas ett förslag om direktupphandling av koncessioner. Lagändringarna i promemorian föreslås träda i kraft den 1 april 2016.

¹ Lagrådsremissen finns tillgänglig på regeringens hemsida, www.regeringen.se. De nya upphandlingsdirektiven har tagits in som bilagor till lagrådsremissen.

2 Förslag till författningsändringar

2.1 Förslag till lag om ändring i lagen (0000:000) om offentlig upphandling

Härigenom föreskrivs att det i lagen (0000:000) om offentlig upphandling ska införas sex nya paragrafer, 12 kap. 20–23 §§, 17 kap. 15 § och 19 kap. 31 a §, samt närmast före 12 kap. 20 §, 17 kap. 15 § och 19 kap. 31 a § nya rubriker av följande lydelse.

Lydelse enligt lagrådsremissen Föreslagen lydelse
Nytt regelverk om upphandling

12 kap.

Tillgång till kontrakt

20 §

En upphandlande myndighet ska till den som begär det lämna ut en kopia av det kontrakt som bevaras enligt 19 § andra stycket.

Om det skulle medföra skada för leverantören eller den upphandlande myndigheten i konkurrenshänseende att viss information om affärs- eller driftförhållanden i leverantörens eller myndighetens rörelse röjs, får den informationen inte lämnas ut.

21 §

En begäran om att få tillgång till ett kontrakt ska behandlas skyndsamt.

En upphandlande myndighet får inte ta mer betalt för att lämna ut ett kontrakt än den avgift som en statlig myndighet skulle få ta ut för att lämna ut en allmän handling av motsvarande slag.

22 §

När en upphandlande myndighet handlägger ett ärende om att lämna ut ett kontrakt ska den

tillämpa bestämmelserna om motivering av beslut och underrättelse om beslut i 20 och 21 §§ förvaltningslagen (1986:223).

23 §

Ett beslut att inte lämna ut uppgifter i ett kontrakt får överklagas till den förvaltningsrätt i vars domkrets den upphandlande myndigheten har sin hemvist.

Prövningstillstånd krävs vid överklagande till kammarrätten.

17 kap.

Avslutande av kontrakt och ramavtal

15 §

Den upphandlande myndigheten ska se till att kontrakt och ramavtal innehåller villkor som gör det möjligt att avsluta kontraktet eller ramavtalet, om

1. det har varit föremål för en ändring som inte är tillåten enligt 7–12 §§,

2. leverantören vid tidpunkten för beslutet att tilldela kontraktet eller att ingå ramavtalet befann sig i någon av de situationer som avses i 13 kap. 1 § och därför borde ha utesluts från upphandlingen, eller

3. Europeiska unionens domstol i ett förfarande enligt artikel 258 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt finner att Sverige, genom att låta den upphandlande myndigheten ingå kontraktet eller ramavtalet, allvarligt har åsidosatt sina skyldigheter enligt fördraget avseende Europeiska unionen, fördraget om Europeiska unionens funktionssätt eller Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG.

19 kap.

Tillgång till kontrakt

31 a §

En upphandlande myndighet ska till den som begär det lämna ut en kopia av det kontrakt som bevaras enligt 31 § andra stycket.

Om det skulle medföra skada för leverantören eller den upphandlande myndigheten i konkurrenshänseende att viss information om affärs- eller driftförhållanden i leverantörens eller myndighetens rörelse röjs, får den informationen inte lämnas ut.

I fråga om utlämnande av ett kontrakt tillämpas 12 kap. 21–23 §§.

2.2 Förslag till lag om ändring i lagen (0000:000) om upphandling inom försörjningssektorerna

Härigenom föreskrivs att det i lagen (0000:000) om upphandling inom försörjningssektorerna ska införas sex nya paragrafer, 12 kap. 21–24 §§, 16 kap. 15 § och 19 kap. 31 a §, samt närmast före 12 kap. 21 §, 16 kap. 15 § och 19 kap. 31 a § nya rubriker av följande lydelse.

*Lydelse enligt lagrådsremissen Föreslagen lydelse
Nytt regelverk om upphandling*

12 kap.

Tillgång till kontrakt

21 §

En upphandlande enhet ska till den som begär det lämna ut en kopia av det kontrakt som bevaras enligt 20 § andra stycket.

Om det skulle medföra skada för leverantören eller den upphandlande enheten i konkurrenshänseende att viss information om affärs- eller driftförhållanden i leverantörens eller enhetens rörelse röjs, får den informationen inte lämnas ut.

22 §

En begäran om att få tillgång till ett kontrakt ska behandlas skyndsamt.

En upphandlande enhet får inte ta mer betalt för att lämna ut ett kontrakt än den avgift som en statlig myndighet skulle få ta ut för att lämna ut en allmän handling av motsvarande slag.

23 §

När en upphandlande enhet handlägger ett ärende om att lämna ut ett kontrakt ska den tillämpa bestämmelserna om motivering av beslut och underrättelse om beslut i 20 och 21 §§ förvaltningslagen (1986:223).

24 §

Ett beslut att inte lämna ut uppgifter i ett kontrakt får överklagas till den förvaltningsrätt i vars domkrets den upphandlande enheten har sin hemvist.

Prövningstillstånd krävs vid överklagande till kammarrätten.

16 kap.

Avslutande av kontrakt och ramavtal

15 §

Den upphandlande enheten ska se till att kontrakt och ramavtal innehåller villkor som gör det möjligt att avsluta kontraktet eller ramavtalet, om

1. det har varit föremål för en ändring som inte är tillåten enligt 7–12 §§,

2. leverantören vid tidpunkten för beslutet att tilldela kontraktet eller att ingå ramavtalet befann sig i någon av de situationer som avses i 13 kap. 1 § och borde ha uteslutits från upphandlingen enligt den bestämmelsen, eller

3. Europeiska unionens domstol i ett förfarande enligt artikel 258 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt finner att Sverige, genom att låta den upphandlande enheten ingå kontraktet eller ramavtalet, allvarligt har åsidosatt sina skyldigheter enligt fördraget avseende Europeiska unionen, fördraget om Europeiska unionens funktionssätt eller Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/25/EU av den 26 februari 2014 om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster och om upphävande av direktiv 2004/17/EG.

19 kap.

Tillgång till kontrakt

31 a §

En upphandlande enhet ska till den som begär det lämna ut en kopia av det kontrakt som bevaras enligt 31 § andra stycket.

Om det skulle medföra skada för leverantören eller den upphandlande enheten i konkurrenshänseende att viss information om affärs- eller driftförhållanden i leverantörens eller enhetens rörelse röjs, får den informationen inte lämnas ut.

I fråga om utlämnande av ett kontrakt tillämpas 12 kap. 22–24 §§.

2.3 Förslag till lag om ändring i lagen (0000:000) om upphandling av koncessioner

Härigenom föreskrivs i fråga om lagen (0000:000) om upphandling av koncessioner

dels att det i lagen ska införas åtta nya paragrafer, 10 kap. 17–20 §§, 14 kap. 14 § och 15 kap. 5 a, 5 b och 8 a §§, samt närmast före 10 kap. 17 §, 14 kap. 14 § och 15 kap. 5 a och 8 a §§ nya rubriker av följande lydelse,

dels att 1 kap. 2 §, 10 kap. 16 §, 15 kap. 5, 6 och 8 §§ samt 16 kap. 1, 2 och 13 §§ ska ha följande lydelse.

Lydelse enligt lagrådsremissen Föreslagen lydelse
Nytt regelverk om upphandling

1 kap.

2 §

I detta kapitel finns definitioner av begrepp som används i lagen.

Det finns definitioner och förklaringar också i andra kapitel. Bestämmelser om betydelsen av följande begrepp, termer och uttryck finns i nedan angivna paragrafer:

Anknutet företag i 3 kap. 22 §	Anknutet företag i 3 kap. 22 §
CPV-nomenklaturen i 4 kap. 8 §	CPV-nomenklaturen i 4 kap. 8 §
Delbara respektive odelbara blandade kontrakt i 2 kap. 4 §	Delbara respektive odelbara blandade kontrakt i 2 kap. 4 §
Interna koncessioner i 3 kap. 13–17 §§	<i>Direktupphandling i 15 kap. 5 a §</i>
Leverantör av medietjänster i 3 kap. 29 §.	Interna koncessioner i 3 kap. 13–17 §§
	Leverantör av medietjänster i 3 kap. 29 §.

10 kap.

16 §

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, sådana dokument som avses i 15 § och liknande handlingar. 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, sådana dokument som avses i 15 § och liknande handlingar. *Handlingarna ska*

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

En upphandlande myndighet eller enhet som inte omfattas av

arkivlagen ska även bevara det kontrakt som har ingåtts efter tilldelning av en koncession enligt denna lag. Kontraktet ska bevaras åtminstone under sin löptid.

Tillgång till kontrakt

17 §

En upphandlande myndighet eller enhet ska till den som begär det lämna ut en kopia av det kontrakt som bevaras enligt 16 § andra stycket.

Om det skulle medföra skada för leverantören eller den upphandlande myndigheten eller enheten i konkurrenshänseende att viss information om affärs- eller driftförhållanden i leverantörens eller myndighetens eller enhetens rörelse röjs, får den informationen inte lämnas ut.

18 §

En begäran om att få tillgång till ett kontrakt ska behandlas skyndsamt.

En upphandlande myndighet eller enhet får inte ta mer betalt för att lämna ut ett kontrakt än den avgift som en statlig myndighet skulle få ta ut för att lämna ut en allmän handling av motsvarande slag.

19 §

När en upphandlande myndighet eller enhet handlägger ett ärende om att lämna ut ett kontrakt ska den tillämpa bestämmelserna om motivering av beslut och underrättelse om beslut i 20 och 21 §§ förvaltningslagen (1986:223).

20 §

Ett beslut att inte lämna ut uppgifter i ett kontrakt får överklagas till den förvaltningsrätt i vars domkrets den upphandlande

myndigheten eller enheten har sin hemvist.

Prövningstillstånd krävs vid överklagande till kammarrätten.

14 kap.

Avslutande av koncessioner

14 §

Den upphandlande myndigheten eller enheten ska se till att kontrakt som avser koncessioner innehåller villkor som gör det möjligt att avsluta koncessionen, om

1. den har varit föremål för en ändring som inte är tillåten enligt 6–11 §§,

2. leverantören vid tidpunkten för beslutet att tilldela koncessionen befann sig i någon av de situationer som avses i 11 kap. 1 § och borde ha uteslutits från upphandlingen enligt den bestämmelsen, eller

3. Europeiska unionens domstol i ett förfarande enligt artikel 258 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt finner att Sverige, genom att låta den upphandlande myndigheten eller enheten tilldela koncessionen, allvarligt har åsidosatt sina skyldigheter enligt fördraget avseende Europeiska unionen, fördraget om Europeiska unionens funktionssätt eller Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/23/EU av den 26 februari 2014 om tilldelning av koncessioner.

15 kap.

5 §

En upphandlande myndighet eller enhet som avser att tilldela en koncession enligt detta kapitel, ska publicera en förhandsannons om upphandlingen i en elektronisk databas, som är allmänt tillgänglig.

Vid upphandling av koncessioner som avser sociala tjänster eller andra särskilda

En upphandlande myndighet eller enhet som avser att tilldela en koncession enligt detta kapitel, ska publicera en förhandsannons om upphandlingen i en elektronisk databas, som är allmänt tillgänglig. Detta gäller dock inte vid direktupphandling enligt 5 a §.

Vid upphandling av

tjänster i bilaga 3 tillämpas bestämmelserna om annonsering i 8 kap. 2 och 6 §§, om värdet av koncessionen uppgår till minst det tröskelvärde som avses i 5 kap.

koncessioner som avser sociala tjänster eller andra särskilda tjänster i bilaga 3 tillämpas bestämmelserna om annonsering i 8 kap. 2 och 6 §§, om värdet av koncessionen uppgår till minst det tröskelvärde som avses i 5 kap.

Direktupphandling

5 a §

En koncession får tilldelas utan förhandsannonsering enligt 5 § första stycket (direktupphandling), om

1. värdet av koncessionen beräknas understiga fem procent av det tröskelvärde som gäller enligt 5 kap.,

2. förutsättningarna för upphandling utan föregående annonsering enligt 8 kap. 3–5 §§ är uppfyllda, eller

3. det finns synnerliga skäl.

Den upphandlande myndigheten eller enheten ska besluta riktlinjer för användning av direktupphandling.

5 b §

Vid beräkningen av värdet av en koncession gäller bestämmelserna i 5 kap. 2–5 §§. Valet av metod för beräkningen får inte göras i avsikt att undvika att bestämmelsen om förhandsannonsering i 5 § första stycket blir tillämplig. En koncession får inte heller delas upp i avsikt att undvika att den bestämmelsen blir tillämplig.

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

6 §

Vid upphandling enligt detta kapitel ska den upphandlande myndigheten eller enheten snarast

Vid upphandling enligt detta kapitel som annonserats enligt 5 § första stycket eller 8 kap. 2 § ska

möjligt skriftligen underrätta anbudssökandena och anbudsgivarna om sådana beslut som avses i 10 kap. 12 § och lämna sådana upplysningar som avses i 10 kap. 13 §.

den upphandlande myndigheten eller enheten snarast möjligt skriftligen underrätta anbudssökandena och anbudsgivarna om sådana beslut som avses i 10 kap. 12 § och lämna sådana upplysningar som avses i 10 kap. 13 §.

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

8 §

När en upphandling enligt detta kapitel 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, sådana dokument som avses i 7 § och liknande handlingar.

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

När en upphandling enligt detta kapitel 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, sådana dokument som avses i 7 § och liknande handlingar. *Handlingarna ska bevaras minst fyra år från den dag då koncessionen tilldelades.*

En upphandlande myndighet eller enhet som inte omfattas av arkivlagen ska även bevara det kontrakt som har ingåtts efter tilldelning av en koncession enligt detta kapitel. Kontraktet ska bevaras åtminstone under sin löptid.

Tillgång till kontrakt

8 a §

En upphandlande myndighet eller enhet ska till den som begär det lämna ut en kopia av det kontrakt som bevaras enligt 8 § andra stycket.

Om det skulle medföra skada för leverantören eller den upphandlande myndigheten eller

enheten i konkurrenshänseende att viss information om affärs- eller driftförhållanden i leverantörens eller myndighetens eller enhetens rörelse röjs, får den informationen inte lämnas ut.

I fråga om utlämnande av ett kontrakt tillämpas 10 kap. 18–20 §§.

16 kap.

1 §

Om en upphandlande myndighet eller enhet är skyldig att skicka en underrättelse om tilldelningsbeslut enligt 10 kap. 12 § eller 15 kap. 6 § och underrättelsen har skickats med ett elektroniskt medel, får den upphandlande myndigheten eller enheten inte ingå avtal (avtalsspärr) förrän 10 dagar har gått från det att underrättelsen skickades.

Om en upphandlande myndighet eller enhet är skyldig att skicka en underrättelse om tilldelningsbeslut enligt 10 kap. 12 § eller 15 kap. 6 § *första stycket* och underrättelsen har skickats med ett elektroniskt medel, får den upphandlande myndigheten eller enheten inte ingå avtal (avtalsspärr) förrän 10 dagar har gått från det att underrättelsen skickades.

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

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

2 §

Avtalsspärr gäller inte vid tilldelning av kontrakt efter upphandling utan föregående annonsering med stöd av 8 kap. 3 och 4 §§.

Avtalsspärr gäller inte
1. vid tilldelning av kontrakt efter upphandling utan föregående annonsering med stöd av 8 kap. 3 och 4 §§, eller
2. vid direktupphandling enligt 15 kap. 5 a §.

13 §

Rätten ska besluta att ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet eller enhet och en leverantör är ogiltigt, om avtalet har slutits utan föregående annonsering enligt 8 kap. 1 eller 2 § eller 15 kap. 5 §.

Ett avtal ska också förklaras ogiltigt, om det har slutits i strid med bestämmelserna om avtalsspärr i 1, 3 eller 8 §, ett interimistiskt beslut enligt 9 § eller tiodagarsfristen i 10 § eller om avtalet har slutits före en

Ett avtal ska också förklaras ogiltigt, om det har slutits i strid med bestämmelserna om avtalsspärr i 1, 3 eller 8 §, ett interimistiskt beslut enligt 9 § eller tiodagarsfristen i 10 § eller om avtalet har slutits före en

underrättelse om tilldelningsbeslut enligt 10 kap. 12 § första stycket eller 15 kap. 6 §. För ogiltighet i sådana fall krävs dessutom att de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § eller någon annan bestämmelse i denna lag har överträtts och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

underrättelse om tilldelningsbeslut enligt 10 kap. 12 § första stycket eller 15 kap. 6 § *första stycket*. För ogiltighet i sådana fall krävs dessutom att de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § eller någon annan bestämmelse i denna lag har överträtts och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

2.4 Förslag till lag om ändring i lagen (0000:000) om ändring i lagen (1993:1651) om läkarvårdsersättning

Härigenom föreskrivs i fråga om lagen (0000:000) om ändring i lagen (1993:1651) om läkarvårdsersättning

dels att 5 g § ska ha följande lydelse,

dels att det ska införas en ny paragraf, 5 h §, av följande lydelse.

Lydelse enligt lagrådsremissen Föreslagen lydelse

Nytt regelverk om upphandling

5 g §²

Bestämmelserna om avtalsspärr, överprövning och skadestånd i 20 kap. 1 §, 4 § 1, 5, 6 och 9 §§, 10 § andra och tredje styckena samt 11, 12 och 18–21 §§ lagen (0000:000) om offentlig upphandling gäller i fråga om ersättningsetablering enligt denna lag. Vad som sägs där om upphandlande myndighet, kontrakt, upphandling samt leverantör eller anbudsgivare ska i stället avse landsting, samverkansavtal, förfarande om ersättningsetablering respektive sökande.

Hänvisningarna i 20 kap. 1 § första stycket lagen om offentlig upphandling till underrättelse enligt 12 kap. 13 § första stycket eller 19 kap. 29 § första stycket ska vid tillämpningen av denna lag i stället avse underrättelse enligt 5 f § denna lag.

Hänvisningarna i 20 kap. 6 § första stycket och 20 § lagen om offentlig upphandling till andra bestämmelser i den lagen ska vid tillämpningen av denna lag i stället avse 5 b–5 f §§ denna lag.

Hänvisningarna i 20 kap. 7, 14 och 21 §§ lagen om offentlig upphandling till 13–15 §§ samma kapitel ska vid tillämpningen av denna lag i stället avse 5 h § denna lag.

5 h §

Vid en ansökan enligt 20 kap. 4 § 2 lagen (0000:000) om offentlig upphandling ska rätten besluta att ett samverkansavtal

² Senaste lydelse 2011:1034

som har slutits i samband med en ersättningsetablering är ogiltigt om det slutits utan föregående annonsering enligt 5 b §.

Ett sådant samverkansavtal ska också förklaras ogiltigt, om det har slutits i strid med tillämpliga bestämmelser om överprövning eller avtalsspärr enligt 5 g § eller före en underrättelse enligt 5 f §. För ogiltighet i sådana fall krävs dessutom att de grundläggande principerna i 5 c § har överträtts och detta har medfört att en sökande har lidit eller kan komma att lida skada.

En ansökan om överprövning enligt första eller andra stycket ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom sex månader från det att avtalet slöts eller innan 30 dagar gått från det att landstinget skriftligen har underrättat sökandena om att samverkansavtal har slutits.

2.5 Förslag till lag om ändring i lagen (0000:000) om ändring i lagen (1993:1652) om ersättning för fysioterapi

Härigenom föreskrivs i fråga om lagen (0000:000) om ändring i lagen (1993:1652) om ersättning för fysioterapi³

dels att 5 g § ska ha följande lydelse,

dels att det ska införas en ny paragraf, 5 h §, av följande lydelse.

Lydelse enligt lagrådsremissen Föreslagen lydelse
Nytt regelverk om upphandling

5 g §⁴

Bestämmelserna om avtalsspärr, överprövning och skadestånd i 20 kap. 1 §, 4 § 1, 5, 6 och 9 §§, 10 § andra och tredje styckena samt 11, 12 och 18–21 §§ lagen (0000:000) om offentlig upphandling gäller i fråga om ersättningsetablering enligt denna lag. Vad som sägs där om upphandlande myndighet, kontrakt, upphandling samt leverantör eller anbudsgivare ska i stället avse landsting, samverkansavtal, förfarande om ersättningsetablering respektive sökande.

Bestämmelserna om avtalsspärr, överprövning och skadestånd i 20 kap. 1 §, 4–12, 14, 16 och 18–21 §§ lagen (0000:000) om offentlig upphandling gäller i fråga om ersättningsetablering enligt denna lag. Vad som sägs där om upphandlande myndighet, kontrakt, upphandling samt leverantör eller anbudsgivare ska i stället avse landsting, samverkansavtal, förfarande om ersättningsetablering respektive sökande.

Hänvisningarna i 20 kap. 1 § första stycket lagen om offentlig upphandling till underrättelse enligt 12 kap. 13 § första stycket eller 19 kap. 29 § första stycket ska vid tillämpningen av denna lag i stället avse underrättelse enligt 5 f § denna lag.

Hänvisningarna i 20 kap. 6 § första stycket och 20 § lagen om offentlig upphandling till andra bestämmelser i den lagen ska vid tillämpningen av denna lag i stället avse 5 b–5 f §§ denna lag.

Hänvisningarna i 20 kap. 7, 14 och 21 §§ lagen om offentlig upphandling till 13–15 §§ samma kapitel ska vid tillämpningen av denna lag i stället avse 5 h § denna lag.

5 h §

Vid en ansökan enligt 20 kap. 4 § 2 lagen (0000:000) om offentlig upphandling ska rätten besluta att ett samverkansavtal

³ Senaste lydelse av lagens rubrik 2013:1145.

⁴ Senaste lydelse 2011:1035.

som har slutits i samband med en ersättningsetablering är ogiltigt om det slutits utan föregående annonsering enligt 5 b §.

Ett sådant samverkansavtal ska också förklaras ogiltigt, om det har slutits i strid med tillämpliga bestämmelser om överprövning eller avtalsspärr enligt 5 g § eller före en underrättelse enligt 5 f §. För ogiltighet i sådana fall krävs dessutom att de grundläggande principerna i 5 c § har överträtts och detta har medfört att en sökande har lidit eller kan komma att lida skada.

En ansökan om överprövning enligt första eller andra stycket ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom sex månader från det att avtalet slöts eller innan 30 dagar gått från det att landstinget skriftligen har underrättat sökandena om att samverkansavtal har slutits.

3 Direktupphandling av koncessioner

Promemorians förslag: Koncessioner vars värden beräknas understiga fem procent av tröskelvärdet ska få upphandlas utan förhandsannonsering (direktupphandling). Direktupphandling av koncessioner ska även få användas, om upphandling utan föregående annonsering hade fått användas på det direktivstyrda området eller om det finns synnerliga skäl.

Bestämmelser om förbud mot vissa beräkningsmetoder och förbud mot att dela upp en upphandling ska införas för att förhindra kringgående av annonseringsplikten. Direktupphandlingar av samma slag under räkenskapsåret ska läggas ihop vid beräkningen av koncessionens värde.

Avtalsspärren ska inte gälla vid direktupphandling.

Den upphandlande myndigheten eller enheten ska anta riktlinjer för direktupphandling.

Promemorians bedömning: De allmänna upphandlingsrättsliga principerna bör gälla även vid direktupphandling som inte har ett bestämt gränsöverskridande intresse.

Dokumentationsplikten bör inte begränsas till upphandlingar över ett visst värde.

Skälen för promemorians förslag och bedömning

Den föreslagna regleringen av koncessioner under tröskelvärdet

I lagrådsremissen Nytt regelverk om upphandling (se avsnitt 31.1) föreslår regeringen att koncessioner vars värde beräknas understiga tröskelvärdet ska regleras i ett särskilt kapitel i LUK. Tröskelvärdet vid upphandling av koncessioner uppgår enligt artikel 8 i LUK-direktivet till 5 186 000 euro exklusive mervärdesskatt. Det aktuella kapitlet i LUK (15 kap.) föreslås även innehålla bestämmelser om upphandling av koncessioner som avser sociala tjänster eller andra särskilda tjänster. Sådan upphandling omfattas enligt förslaget av 15 kap. LUK oavsett upphandlingens värde. Enligt regeringens bedömning i lagrådsremissen bör kapitlet endast innehålla sådana grundläggande bestämmelser som är nödvändiga för ett rättssäkert förfarande.

I 15 kap. 1–8 §§ LUK finns bestämmelser om kapitlets tillämpningsområde, principer för upphandling, annonsering, information till leverantörer och dokumentation. Av 15 kap. 9 § framgår vidare att lagens bestämmelser i 16–18 kap. om rättsmedel och tillsyn är tillämpliga vid upphandling enligt kapitlet.

Lagrådsremissens bedömning om direktupphandling av koncessioner

Genomförandutredningen (SOU 2014:69 s. 190) har bedömt att det finns ett högst begränsat behov av bestämmelser om direktupphandling av koncessioner. Som huvudsakliga skäl anförs att regleringsnivån för

upphandling av icke direktivstyrda koncessioner bör vara så låg som möjligt och att det knappast kan anses vara betungande för en upphandlande myndighet eller enhet att offentliggöra upphandlingen genom en förhandsannons. De remissinstanser som yttrat sig över förslaget efterlyser en möjlighet att direktupphandla koncessioner av lågt värde.

Enligt förslaget i lagrådsremissen ska samtliga upphandlingar av koncessioner under tröskelvärdet förhandsannonseras i en elektronisk databas som är allmänt tillgänglig (se 15 kap. 5 § LUK). De allmänna upphandlingsrättsliga principerna och bestämmelserna om rättsmedel är enligt förslaget tillämpliga från första kronan vid upphandling av koncessioner, oavsett om upphandlingen har ett gränsöverskridande intresse eller inte.

Regeringen anmärker emellertid i lagrådsremissen (se avsnitt 31.2) att koncessioner av ringa betydelse i ekonomiskt avseende som regel inte har något gränsöverskridande intresse som motiverar att unionsrätten ska tillämpas. Det skulle därför vara förenligt med unionsrätten om sådana koncessioner direktupphandlas eller undantas från lagens tillämpning. För att förhindra att regelverket utnyttjas på ett oönskat sätt skulle det dock behöva införas bestämmelser om beräkningen av värdet av en koncession och om förbud mot att dela upp en upphandling. Regeringen konstaterar att det i lagstiftningsärendet saknas närmare överväganden om hur sådana bestämmelser bör utformas. Något förslag om att koncessioner till lågt värde ska kunna direktupphandlas eller undantas från lagens tillämpning lämnas därför inte. Regeringen förklarar att den avser att återkomma i frågan.

Ett undantag från skyldigheten att förhandsannonsera bör införas

Vid upphandling av koncessioner ger LUK-direktivet den upphandlande myndigheten eller enheten ett betydligt större handlingsutrymme att organisera förfarandet än vad LOU- och LUF-direktiven medger. LUK är också mer flexibel och mindre detaljstyrd än de nya lagarna om offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna. Trots detta innebär förslaget i lagrådsremissen att samtliga bestämmelser i 15 kap. LUK blir tillämpliga "från första kronan" vid upphandling av koncessioner. Till skillnad från offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna finns det alltså inte någon möjlighet till direktupphandling av koncessioner. Denna skillnad framstår som omotiverad. Det är inte ändamålsenligt att koncessionstilldelning, som är tänkt att vara flexiblere än övrig upphandling, i stället ska vara hårdare reglerad. Genom direktupphandling kan mindre upphandlingar genomföras snabbare och med lägre transaktionskostnader. De upphandlande myndigheterna och enheterna kan då frigöra resurser till mer komplexa upphandlingar som omfattar större värden. En möjlighet att direktupphandla enligt LUK bör således införas.

En direktupphandling är enligt definitionen i LOU och LUF en upphandling utan krav på anbud i viss form. Ett anbud kan således lämnas muntligt vid direktupphandling. Något krav på att anbud ska lämnas i viss form finns dock inte i 15 kap. LUK. Det finns därför ingen anledning att använda samma definition av direktupphandling i LUK.

Möjligheten till direktupphandling enligt 15 kap. LUK bör i stället framgå genom att upphandlingar vars värden beräknas understiga ett visst belopp undantas från skyldigheten att förhandsannonsera upphandlingen i en allmänt tillgänglig databas.

Vad gäller direktupphandling innehåller LOU och LUF särskilda bestämmelser om annonsering vid förhandsinsyn. Enligt bestämmelserna får en upphandlande myndighet eller enhet som avser att tilldela ett kontrakt genom direktupphandling annonsera sin avsikt i en elektronisk databas som är allmänt tillgänglig. Vid förhandsinsyn ska avtalsspärr iakttas. Genom förhandsinsyn vid direktupphandling kan den upphandlande myndigheten eller enheten skydda sig mot att ett avtal förklaras ogiltigt av domstol på grund av brott mot annonseringsbestämmelserna. Förhandsannonsering enligt 15 kap. 5 § LUK innebär, i likhet med förhandsinsyn enligt LOU och LUF, att avsikten att upphandla tillkännages i en allmänt tillgänglig elektronisk databas. Den upphandlande myndigheten eller enheten har givetvis alltid möjlighet att förhandsannonsera enligt LUK även om upphandlingens värde understiger beloppsgränsen för direktupphandling. Något behov av att införa en särskild bestämmelse om "förhandsinsyn" vid direktupphandling enligt LUK bedöms därför inte finnas. Det är även oklart hur kravet på offentliggörande skulle se ut i en sådan bestämmelse.

Beloppsgränsen för direktupphandling

Tröskelvärde vid upphandling av koncessioner uppgår enligt artikel 8 i LUK-direktivet till 5 186 000 euro exklusive mervärdesskatt. I skäl 23 i LUK-direktivet uttalas att direktivet endast bör gälla för koncessionskontrakt vars värde är lika med eller överstiger ett visst tröskelvärde, som bör återspegla det uppenbara gränsöverskridande intresset av koncessioner till ekonomiska aktörer i andra medlemsstater. Innebörden är alltså att det finns ett uppenbart gränsöverskridande intresse vid upphandlingar som överstiger tröskelvärde. Det går därmed inte att presumera avsaknad av ett gränsöverskridande intresse enbart för att koncessionens värde understiger tröskelvärde.

Direktupphandling enligt LOU får i dag användas om kontraktets värde uppgår till högst 28 procent av det tröskelvärde som gäller för kommuner och landsting vid upphandling av varor och tjänster. Tröskelvärde uppgår för närvarande till 1 806 427 kronor, varför beloppsgränsen för direktupphandling uppgår till 505 800 kronor. Direktupphandling enligt LUF och LUFs får användas om kontraktets värde uppgår till högst 26 procent av det tröskelvärde som gäller vid upphandling av varor och tjänster. Detta tröskelvärde uppgår för närvarande till 3 612 854 kronor, varför beloppsgränsen för direktupphandling uppgår till 939 342 kronor (se prop. 2013/14:133). LOU- och LUF-direktiven innebär ingen ändring av de nu aktuella tröskelvärdena. Regeringens förslag i lagrådsremissen innebär inte heller någon ändring av beloppsgränserna för direktupphandling enligt de nya lagarna om offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorena.

Beloppsgränserna för direktupphandling av byggtreprenader enligt LOU och LUF motsvarar beloppsgränserna för direktupphandling av varor och tjänster, trots att tröskelvärde för upphandling av

byggentreprenader är avsevärt högre än tröskelvärdena för upphandling av varor och tjänster. Tröskelvärdet för upphandling av byggentreprenader enligt LOU och LUF motsvarar tröskelvärdet för upphandling av koncessioner (5 186 000 euro). Som grund för ställningstagandet i denna del anförde regeringen att även större byggentreprenader kan bestå av mängder av kontrakt av begränsat värde. Även förenklingsskäl åberopades (se prop. 2013/14:133 s. 16).

Regeringen har aviserat att de nu gällande direktupphandlingsgränserna i LOU och LUF ska utvärderas när de har varit i kraft i tre år, dvs. efter den 1 juli 2017 (se prop. 2013/14:133 s. 21). Utvärderingen bör enligt regeringen omfatta hur transaktionskostnaderna påverkats hos upphandlande myndigheter och enheter samt leverantörer. Den bör även omfatta hur direktupphandlingsgränserna påverkar konkurrensen, inte minst för små och medelstora företag.

De EU-rättsliga principerna om icke-diskriminering, likabehandling, proportionalitet, öppenhet (förutsebarhet och transparens), ömsesidigt erkännande och rätten till effektiva rättsmedel är alltid tillämpliga på upphandlingar som har ett bestämt gränsöverskridande intresse. Enligt kommissionens uppfattning bör en bedömning av om det finns ett bestämt gränsöverskridande intresse grundas på de särskilda omständigheterna i det enskilda fallet, t.ex. föremålet för kontraktet, dess uppskattade värde, de särskilda förhållandena inom den berörda sektorn (marknadens storlek och struktur, handelspraxis osv.) och den geografiska lokaliseringen för utförandet.¹ Principen om öppenhet innebär att ett företag i en annan medlemsstat ska ha tillgång till relevanta uppgifter om upphandlingen innan kontraktet tilldelas, så att detta företag, om det så önskar, har möjlighet att uttrycka sitt intresse för att få kontraktet. Upphandlingen måste alltså offentliggöras på något sätt.

Direktupphandlingar annonseras sällan. De blir som regel inte föremål för överprövning, eftersom överprövning inte får ske efter det att avtal slutits och någon skyldighet att iakttä avtalsspärr inte gäller vid direktupphandling. Ett kontrakt som har tilldelats efter direktupphandling kan dock komma att förklaras ogiltigt av allmän förvaltningsdomstol, om förutsättningarna för direktupphandling inte har varit uppfyllda (otillåten direktupphandling). Det betyder att skadestånd i praktiken är det enda rättsmedel som står till buds för ett företag som anser att de EU-rättsliga principerna har överträtts vid direktupphandling. Enligt upphandlingslagarna ska talan om skadestånd väckas vid allmän domstol inom ett år från den tidpunkt då avtals slutits.

Av EU-domstolens praxis framgår bl.a. att möjligheterna att få rättelse inte får vara sådana att det i praktiken är omöjligt eller mycket svårt att få rättsligt skydd (principen om effektivitet). Kommissionen har inlett ett överträdelseärende mot Sverige rörande avsaknaden av effektiva rättsmedel på koncessionsområdet (Regeringskansliets dnr

¹ Se kommissionens tolkningsmeddelande, *Gemenskapsrättens tillämplighet på upphandlingskontrakt som inte, eller bara delvis, omfattas av direktiven om offentlig upphandling* (2006/C 179/02). I tolkningsmeddelandet utvecklar kommissionen sin syn på hur de allmänna principerna bör tillämpas på upphandlingar som inte omfattas av 2004 års LOU- och LUF-direktiv, men som ändå har ett bestämt gränsöverskridande intresse.

UF2013/61885/BRJR). I dagsläget saknas bestämmelser om upphandling av tjänstekoncessioner i svensk rätt. Några särskilda bestämmelser om rättsmedel på koncessionsområdet finns alltså inte. En leverantör som anser sig ha lidit skada vid en upphandling av en tjänstekoncession är därför i dag hänvisad till möjligheten att väcka skadeståndstalan vid allmän domstol. Kommissionen menar att en skadeståndstalan inte är ett tillräckligt rättsmedel i detta fall och att Sverige bryter mot principen om effektivt domstolsskydd. Kommissionen anför i ärendet att skadestånd inte kan återställa insynen i upphandlingsförfarandet när upphandlingen inte har offentliggjorts. För att garantera att insynen i upphandlingen kan återställas måste det enligt kommissionen vara möjligt att förordna att upphandlingen ska göras om.

Mot bakgrund av det anförda är det en given utgångspunkt i denna promemoria att upphandlingar av koncessioner som har ett bestämt gränsöverskridande intresse ska träffas av huvudregeln om förhandsannonsering i en allmänt tillgänglig elektronisk databas. Om en upphandling har ett bestämt gränsöverskridande intresse, ansvarar den upphandlande myndigheten eller enheten dessutom alltid för att upphandlingen offentliggörs för leverantörer i andra medlemsstater på det sätt som krävs enligt principen om öppenhet.² Den upphandlande myndigheten eller enheten har därmed att pröva om principen om öppenhet i det enskilda fallet sträcker sig längre än bestämmelsen om förhandsannonsering. Genom lagkravet på förhandsannonsering kommer bestämmelserna i LUK om avtalsspärr och överprövning att gälla fullt ut.

EU-domstolen har uttalat att koncessioner "av mycket ringa betydelse i ekonomiskt avseende" kan antas sakna gränsöverskridande intresse (se EU-domstolens dom Coname, C-231/03, EU:C:2005:487, p. 20). I ett sådant fall kan enligt EU-domstolen "verkningarna på de berörda grundläggande friheterna [...] anses vara alltför slumpmässiga och indirekta för att man skall kunna fastställa att de har åsidosatts". EU-domstolen har vidare förklarat att medlemsstaterna, för att underlätta för upphandlande myndigheter och enheter, kan fastställa objektiva kriterier som avgör när det finns ett bestämt gränsöverskridande intresse. Ett sådant kriterium skulle enligt domstolen kunna vara att fastställa ett bestämt belopp. Det är emellertid enligt domstolen även nödvändigt att ta hänsyn till att gränser i vissa fall går genom tätbebyggda områden som ligger i olika medlemsstater och att även kontrakt av ringa värde kan vara av ett bestämt gränsöverskridande intresse under sådana omständigheter (se EU-domstolens dom SECAP SpA m.fl., C-147/06 och C-148/06, EU:C:2008:277, p. 31).

I denna promemoria görs bedömningen att beloppsgränsen för direktupphandling bör fastställa vad som är en koncession av mycket ringa betydelse i ekonomiskt avseende. Sådana koncessioner saknar regelmässigt gränsöverskridande intresse. Det kan emellertid i enskilda fall, på samma sätt som vid direktupphandling enligt LOU och LUF, finnas särskilda omständigheter som gör att det finns ett bestämt

² Kommissionens tolkningsmeddelande (se not 1) behandlar formerna för offentliggörandet under punkten 2.1.2.

gränsöverskridande intresse trots att upphandlingens värde understiger beloppsgränsen. Det kan exempelvis tänkas att en koncession i Malmö kan vara av intresse för företag från Köpenhamn. Den upphandlande myndigheten eller enheten är då skyldig att offentliggöra upphandlingen i enlighet med principen om öppenhet.

I likhet med den teknik som valts i LOU och LUF bör beloppsgränsen anges i LUK i form av ett procenttal av tröskelvärdet. På samma sätt bör beloppsgränsen vara enhetlig i LUK. Den bör alltså gälla för samtliga upphandlande myndigheter och enheter och oavsett vilken typ av tjänstekoncession som upphandlas. Tröskelvärdena tillkännages av regeringen i euro och svenska kronor, senast genom tillkännagivandet (2014:5) om tröskelvärden vid offentlig upphandling.

Det bör beaktas att tröskelvärdet för upphandling av koncessioner enligt LUK-direktivet (5 186 000 euro) är avsevärt högre än tröskelvärdena för upphandling av varor och tjänster enligt LOU- och LUF-direktiven (134 000 euro för statliga myndigheter och 207 000 euro för kommuner och landsting enligt LOU-direktivet samt 414 000 euro enligt LUF-direktivet). Den allmänna utgångspunkten är därmed att en koncession kan ha ett högre värde än ett varu- eller tjänstekontrakt utan att det finns ett gränsöverskridande intresse. Till skillnad från ett tjänstekontrakt tar leverantören en verksamhetsrisk i ett koncessionskontrakt enligt LUK, vilket motiverar att det gränsöverskridande intresset inträder vid ett lägre belopp vid en tjänsteupphandling än vid en tjänstekoncession. Som en referenspunkt kan noteras att gränsen för direktupphandling enligt LUF för närvarande uppgår till 939 342 kronor.

Upphandling av koncessioner som avser sociala tjänster och andra särskilda tjänster omfattas av 15 kap. LUK. Sådana koncessioner har till sin natur en begränsad gränsöverskridande dimension (se skäl 53 i LUK-direktivet). De har visserligen samma tröskelvärde som övriga koncessioner men omfattas av betydligt färre bestämmelser i LUK-direktivet. Vid bedömningen av om en koncession avseende en social tjänst eller en annan särskild tjänst har ett gränsöverskridande intresse är LOU- och LUF-direktivens tröskelvärden för ett motsvarande tjänstekontrakt av intresse som "lägsta referenspunkt". Det kan i vissa fall vara svårt att avgöra om ett kontrakt avser en tjänst eller en tjänstekoncession. Upphandling av sociala tjänster eller andra särskilda tjänster presumeras sakna gränsöverskridande intresse, om upphandlingens värde understiger LOU-direktivets tröskelvärde om 750 000 euro respektive LUF-direktivets tröskelvärde om 1 000 000 euro (se skälen 114–117 i LOU-direktivet och skälen 120–123 i LUF-direktivet). Av skäl 114 i LOU-direktivet och skäl 120 i LUF-direktivet framgår exempelvis att personliga tjänster (t.ex. vissa sociala tjänster, hälso- och sjukvårdstjänster samt utbildningstjänster) till värden under tröskelvärdet inte brukar vara av intresse för leverantörer från andra medlemsstater, annat än om det finns konkreta indikationer på motsatsen, till exempel unionsfinansiering av gränsöverskridande projekt. Vidare anges i skäl 115 i LOU-direktivet och skäl 121 i LUF-direktivet att hotell- och restaurangtjänster endast brukar erbjudas av aktörer som är etablerade på den specifika platsen för leveransen av dessa tjänster.

Det kan nämnas att det finländska förslaget till ny lag om offentlig upphandling och koncession inte gäller för upphandling av koncessioner vars värden understiger ett nationellt tröskelvärde om 500 000 euro. Proposition med lagförslaget ska enligt uppgift lämnas till riksdagen under senhösten 2015. Det norska förslaget till förordning om upphandling av koncessioner³ är endast tillämpligt på koncessioner vars värden uppgår till eller överstiger ett nationellt tröskelvärde om 6 000 000 norska kronor.

De skäl som ligger bakom den låga direktupphandlingsgränsen för byggentreprenader gör sig inte gällande i fråga om koncessioner. En rimlig utgångspunkt bör enligt bedömningen i denna promemoria vara att koncessioner vars värden understiger fem procent av tröskelvärdet regelmässigt saknar ett bestämt gränsöverskridande intresse. Det innebär att beloppsgränsen för direktupphandling av koncessioner bör fastställas till 259 300 euro (ca 2 400 000 kronor).

Upphandling utan föregående annonsering på det direktivstyrda området

Såväl LOU som LUF medger att direktupphandling används, om förutsättningarna för förhandlat förfarande utan föregående annonsering är uppfyllda (jfr prop. 2009/10:180 del 1 s. 294 ff. och 344). Sistnämnda förfarande används på det direktivstyrda området och benämns i vardagligt tal ibland för direktupphandling. I LUK finns inga upphandlingsförfaranden reglerade. Däremot innehåller annonseringskapitlet bestämmelser (8 kap. 3–5 §§) som innebär att en koncession på det direktivstyrda området får tilldelas utan föregående annonsering i vissa fall.

Enligt 8 kap. 3 § LUK får en koncession tilldelas utan föregående annonsering om det som ska upphandlas endast kan tillhandahållas av en viss leverantör på grund av (1) att syftet med koncessionen är att skapa eller förvärva ett unikt konstverk eller en unik konstnärlig prestation, (2) att det av tekniska skäl inte finns någon konkurrens, eller (3) skyddet av ensamrätt. I de två sistnämnda fallen får undantaget endast tillämpas om det inte finns något rimligt alternativ och avsaknaden av konkurrens inte beror på en konstruerad avgränsning av förutsättningarna för upphandlingen. Enligt 8 kap. 4 § LUK får en upphandlande myndighet eller enhet vidare tilldela en koncession utan föregående annonsering, om det vid ett förfarande med annonsering inte lämnats några anbudsansökningar eller anbud eller några lämpliga anbudsansökningar eller anbud. Som förutsättning gäller att de ursprungliga villkoren för kontraktet inte ändras väsentligt. I 8 kap. 5 § LUK anges när anbudsansökningar och anbud ska anses vara olämpliga.

Det saknas skäl för att ha strängare bestämmelser vid upphandling enligt 15 kap. LUK än vad som gäller vid upphandling av koncessioner över tröskelvärdet. I likhet med vad som gäller enligt LOU och LUF bör därför direktupphandling av koncessioner få användas, om

³ Det kongelige Naerings- og fiskeridepartement, Høringsnotat 4, Ny forskrift om tildeling av konsesjonskontrakter.

förutsättningarna för upphandling utan annonsering i 8 kap. 3–5 §§ LUK är uppfyllda.

Synnerliga skäl

Såväl LOU som LUF medger vidare att direktupphandling används på grund av synnerliga skäl. Av förarbetena till bestämmelserna framgår att direktupphandling på grund av synnerliga skäl främst är tänkt att ske vid synnerlig brådska orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses och inte heller beror på den upphandlande myndigheten eller enheten. Att den upphandlande myndigheten eller enheten har råkat i brådska beroende på egen bristande planering grundar alltså inte rätt till direktupphandling. Det är den upphandlande myndigheten eller enheten som har bevisbördan för att sådana omständigheter föreligger som medger direktupphandling. Vidare framgår av förarbetena att hälso- och sjukvårdstjänster och socialtjänster i vissa fall bör kunna direktupphandlas på grund av synnerliga skäl (se prop. 2001/02:142 s. 99).

I denna promemoria görs bedömningen att en ”ventil” i form av en möjlighet att direktupphandla på grund av synnerliga skäl är motiverad även vid upphandling av koncessioner. En sådan möjlighet föreslås därför.

Koncessioner som avser sociala tjänster eller andra särskilda tjänster

Förslaget om direktupphandling i denna promemoria gäller även upphandling av koncessioner som avser sociala tjänster eller andra särskilda tjänster. Sådana koncessioner omfattas av 15 kap. LUK även om koncessionens värde överstiger tröskelvärdet. Som framgår ovan ska direktupphandling enligt 15 kap. LUK kunna användas om upphandling utan föregående annonsering hade fått användas på det direktivstyrda området eller om det finns synnerliga skäl.

Upphandling av koncessioner som avser sociala tjänster eller andra särskilda tjänster över tröskelvärdet omfattas dock av särskilda bestämmelser om annonsering i LUK-direktivet. Bestämmelserna innebär att sådan upphandling både ska förhandsannonseras och efterannonseras (jfr 15 kap. 5 § andra stycket LUK). Förslaget om direktupphandling omfattar därför inte denna typ av koncessioner över tröskelvärdet.

Bestämmelser för att hindra kringgående av beloppsgränsen

I 5 kap. LUK finns bestämmelser om tröskelvärdet och om beräkning av en koncessions värde. Tröskelvärdets storlek behandlas i 5 kap. 1 §. I 5 kap. 2–5 §§ finns bestämmelser om beräkningen av värdet av en koncession. Vilka beräkningsmetoder som ska användas framgår exempelvis av 5 kap. 5 §. De angivna beräkningsbestämmelserna är tillämpliga när koncessionens uppskattade värde ska relateras till tröskelvärdet.

Beräkningsbestämmelserna i 5 kap. är emellertid inte tillämpliga när det väl har fastställts att en upphandling omfattas av 15 kap. Det saknas med andra ord bestämmelser om hur en koncessions värde ska beräknas i relation till en beloppsgräns inom 15 kap., t.ex. en beloppsgräns för

direktupphandling. I 19 kap. 8 § i de nya lagarna om offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna finns det särskilda bestämmelser om beräkningen av en upphandlings värde vid tillämpningen av dessa lagars direktupphandlingsgränser (jfr prop. 2009/10:180 del 1 s. 292 ff.). En motsvarande beräkningsbestämmelse bör införas i 15 kap. LUK. Bestämmelsen bör innebära att 5 kap. 2–5 §§ LUK ska tillämpas vid beräkningen av en koncessions värde. På så sätt kommer att beräkningen av detta värde att ske på samma sätt som på det direktivstyrda området (se avsnitt 11.3 i lagrådsremissen om denna fråga).

I 5 kap. LUK finns vidare bestämmelser som syftar till att förhindra att tillämpningen av de direktivstyrda bestämmelserna undviks på ett konstgjort sätt. Enligt 5 kap. 6 § får valet av beräkningsmetod inte göras i avsikt att undvika att bestämmelserna om upphandling över tröskelvärdet i lagen blir tillämpliga. Enligt 5 kap. 7 § får inte heller en koncession delas upp i avsikt att undvika att dessa bestämmelser blir tillämpliga, om det inte är berättigat av objektiva skäl. Bestämmelserna i 5 kap. 6 och 7 §§ syftar till att värna de direktivstyrda bestämmelserna och är alltså inte tillämpliga när det ska avgöras om en koncession, som omfattas av 15 kap., har ett värde som understiger beloppsgränsen för förhandsannonsering.

För att förhindra att bestämmelsen om förhandsannonsering kringgås genom missvisande beräkningsmetoder och uppdelning av koncessioner bör 15 kap. LUK innehålla bestämmelser som motsvarar 5 kap. 6 och 7 §§ samma lag. Några ”objektiva skäl” som motiverar att man delar upp en upphandling i syfte att kringgå bestämmelsen om förhandsannonsering kan dock rimligen inte finnas. Motsvarande bestämmelser i de nya lagarna om offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna (19 kap. 8 § i båda lagarna) innehåller inte någon sådan möjlighet.

Enligt LOU och LUF ska man vid beräkningen av en upphandlings värde under tröskelvärdet även beakta direktupphandlingar av samma slag gjorda av myndigheten eller enheten under räkenskapsåret. I de flesta fall motsvaras räkenskapsåret av kalenderåret. Bestämmelsen innebär att en upphandlande myndighet eller enhet måste ha kontroll över vilka upphandlingar som görs inom myndighetens eller enhetens samtliga avdelningar.

Hur rekvisitet ”av samma slag” ska tolkas är delvis oklart (jfr prop. 2013/14:133 s. 25). Av förarbetena framgår att direktupphandlingar som har ett naturligt samband i tid och beträffande innehåll anses vara av samma slag (jfr prop. 2009/10:180 del 1 s. 293). Konkurrensverket har gett ut en vägledning som anger hur en bedömning av rekvisitet kan göras (se Konkurrensverkets vägledning 2015:1, Är inköpen av samma slag? Hjälpregler för beräkning av kontraktsvärdet vid direktupphandlingar av samma slag). I vägledningen betonas att en helhetsbedömning alltid måste göras av omständigheterna i det enskilda fallet. Som en hjälpregel anges (s. 14) att upphandlingar av varor, tjänster och byggentreprenader som typiskt sett tillhandahålls av en leverantör ofta kan räknas samman. Inköp av kulspetspennor, radergummin och pennvässare bör exempelvis ses som upphandlingar av samma slag, eftersom de vanligen tillhandahålls av leverantörer som säljer

kontorsmaterial. Lagrådsremissen Nytt regelverk om upphandling behandlar inte frågan.

I denna promemoria görs bedömningen att en motsvarande beräkningsbestämmelse behövs även i 15 kap. LUK, om det införs en möjlighet att tilldela en koncession utan annonsering. Även enligt LUK bör ett räkenskapsår kunna vara en lämplig period att grunda beräkningen på. Begreppet "av samma slag" bör tolkas på motsvarande sätt som begreppet tolkas vid upphandling enligt LOU och LUF. Frågan bör behandlas i de riktlinjer för direktupphandling som ska antas av de upphandlande myndigheterna och enheterna (se nedan). Hur begreppet ska tolkas är ytterst en fråga för rättstillämpningen.

Enligt 5 kap. 8 § LUK ska värdet av delkontrakt som avser en planerad byggtrepreneurad eller ett planerat tillhandahållande av tjänster läggas samman vid beräkningen av koncessionens värde i relation till tröskelvärdet. Något behov av att hänvisa till denna bestämmelse i samband med direktupphandling enligt 15 kap. LUK torde inte finnas. De föreslagna bestämmelserna om förbud mot att dela upp en upphandling i syfte att undvika förhandsannonsering och om sammanläggning av direktupphandlingar "av samma slag" torde leda till samma resultat. Motsvarande beräkningsbestämmelser vid upphandling av delkontrakt på det direktivstyrda området enligt LOU och LUF har inte heller gjorts tillämpliga i samband med direktupphandling enligt dessa lagar (jfr 3 kap. 7 § LOU och 3 kap. 6 § LUF).

Riktlinjer för direktupphandling

Enligt LOU och LUF ska den upphandlande myndigheten eller enheten besluta riktlinjer för användning av direktupphandling (jfr prop. 2013/14:33 s. 26 ff.). Riktlinjerna ska syfta till att konkurrensen tillvaratas vid direktupphandlingar och bör särskilt beakta småföretagens perspektiv. I riktlinjerna bör tydligt anges kriterierna för när konkurrensen ska utnyttjas genom att annonsera upphandlingen eller konkurrensutsätta den genom att fråga flera leverantörer.

Konkurrensverket har tagit fram vägledningen Krav på riktlinjer vid direktupphandlingar. Enligt vägledningen bör riktlinjerna ange när direktupphandling får genomföras, att redan existerande och lämpliga avtal ska användas innan en ny direktupphandling genomförs, vem inom myndigheten som har rätt att genomföra direktupphandlingar (och till vilka beloppsgränser), hur myndigheten samordnar sina direktupphandlingar, när och hur konkurrensutsättning ska ske, hur kommunikation med anbudsgivare ska ske, när skriftliga avtal ska upprättas, hur dokumentationen sker och på vilket sätt en helhetssyn avseende direktupphandlingar skapas, vad som gäller avseende sekretess och vad som ska arkiveras.

I likhet med vad som gäller enligt LOU och LUF bör den upphandlande myndigheten eller enheten vara skyldig att anta riktlinjer för direktupphandling enligt LUK. Syftet med riktlinjerna bör vara detsamma som enligt LOU och LUF. Riktlinjerna bör ange att upphandlingar av gränsöverskridande intresse ska offentliggöras. Riktlinjerna bör vidare ange efter vilka grunder myndigheten eller

enheten ska bedöma om det finns ett gränsöverskridande intresse vid en upphandling under beloppsgränsen för direktupphandling.

De allmänna upphandlingsrättsliga principerna i LUK bör gälla

I 1992 års LOU omfattas direktupphandling av den grundläggande principen om affärsmässighet (se prop. 1993/94:78 s. 24). Denna princip motsvaras av de allmänna principerna för upphandling i 1 kap. 9 § LOU respektive 1 kap. 24 § LUF (se prop. 2006/07:128 del 1 s. 156 f.). Varken LOU eller LUF har gjort undantag från de allmänna principerna vid direktupphandling. Vid en direktupphandling enligt LOU och LUF gäller således, som vid all annan upphandling, principerna om icke-diskriminering, likabehandling, proportionalitet, öppenhet (förutsebarhet och transparens) och ömsesidigt erkännande. För principernas tillämplighet saknar det enligt LOU och LUF betydelse om den enskilda upphandlingen har ett gränsöverskridande intresse eller inte. En direktupphandling kan överprövas på den grunden att den upphandlande myndigheten inte har iakttagit de grundläggande principerna även när upphandlingens värde understiger beloppsgränsen för direktupphandling. Direktupphandlingar blir dock som regel inte föremål för överprövning, eftersom överprövning inte får ske efter det att avtal slutits och någon skyldighet att iaktta avtalsspärr inte gäller vid direktupphandling.

Vad de allmänna principerna närmare innebär för direktupphandlingar enligt LOU och LUF är inte helt klarlagt. Kraven på förfarandet kan av naturliga skäl inte ställas lika högt vid direktupphandling som vid övriga upphandlingsförfaranden i LOU och LUF. En bedömning av vad som krävs måste göras i varje enskilt fall. Har flera anbud eller offerter tagits in ska en objektiv jämförelse mellan dessa göras. Leverantörerna ska också behandlas lika, vilket exempelvis bör innebära att om den upphandlande myndigheten har angivit en tid för att lämna anbud ska ett för sent lämnat anbud inte beaktas. Likabehandlingsprincipen bör också innebära att en upphandlande myndighet inte kan hindra andra leverantörer än de som tillfrågats att lämna anbud. En offertförfrågan får givetvis inte heller vara diskriminerande och kraven får inte gå längre än vad som är nödvändigt för den aktuella direktupphandlingen (jfr Kammarkollegiets vägledning 2011:6, Direktupphandling, s. 24).

I 15 kap. 2–4 §§ LUK finns bestämmelser om de allmänna principer som gäller vid upphandling utanför det direktivstyrda området. Enligt 15 kap. 2 § ska den upphandlande myndigheten eller enheten behandla leverantörerna på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingen på ett öppet sätt. Upphandlingen ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet. Enligt 15 kap. 3 § får en upphandling inte utformas i syfte att undanta den från lagens tillämpningsområde och får inte heller utformas i syfte att begränsa konkurrensen så att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt. Enligt 15 kap. 4 § bör en upphandlande myndighet eller enhet beakta miljöhänsyn och sociala hänsyn vid upphandling av koncessioner om upphandlingens art motiverar detta.

I likhet med vad som gäller vid direktupphandling enligt LOU och LUF bör något undantag från de allmänna upphandlingsrättsliga

principerna inte införas för direktupphandling enligt LUK. Bestämmelserna i 15 kap. 2–4 §§ LUK bör alltså gälla även vid direktupphandling oavsett om upphandlingen har ett gränsöverskridande intresse eller inte. Det ligger i sakens natur att principernas räckvidd ofta inte kan sträcka sig lika långt som vid övrig upphandling enligt 15 kap. En bedömning av principernas innebörd måste göras i varje enskilt fall. Om upphandlingen har ett gränsöverskridande intresse, ska principerna tillämpas fullt ut. Hur principerna ska tillämpas är ytterst en fråga för rättstillämpningen.

Information till leverantörer

I LOU och LUF finns särskilda bestämmelser om information till leverantörer vid direktupphandling. Bestämmelserna har en något annorlunda utformning än bestämmelserna om information till leverantörer vid sådan upphandling som omfattas av avtalsspärr. Enligt bestämmelserna för direktupphandling ska den upphandlande myndigheten eller enheten, när beslut om leverantör och anbud har fattats, underrätta anbudsgivarna om beslutet snarast möjligt. En motsvarande bestämmelse bör införas för direktupphandling enligt LUK.

Dokumentationsplikt

Av 15 kap. 7 § LUK framgår att en upphandlande myndighet eller enhet ska dokumentera genomförandet av en upphandling som görs enligt kapitlet. Dokumentationen ska vara tillräcklig för att motivera myndighetens eller enhetens beslut under upphandlingens samtliga skeden. När upphandlingen har avslutats ska upphandlande myndigheter och enheter som inte omfattas av arkivlagen (1990:782) på betryggande sätt förvara denna dokumentation och andra viktigare handlingar i upphandlingen (se 15 kap. 8 § LUK). Enligt förslag i denna promemoria (avsnitt 4) ska dessa myndigheter och enheter även bevara det kontrakt som har tilldelats i upphandlingsärendet. Kontraktet ska bevaras åtminstone under sin löptid.

Enligt LOU och LUF gäller inte någon dokumentationsplikt för upphandlingar vars värde understiger 100 000 kronor. I denna promemoria görs dock bedömningen att det inte är meningsfullt att sätta någon nedre gräns för dokumentationsplikten enligt LUK. Samtliga koncessionsupphandlingar bör således dokumenteras.

Något tillägg i 15 kap. 7 § LUK om vad dokumentationsplikten närmare omfattar vid direktupphandling kan inte anses vara behövligt. De förarbetsuttalanden som finns till grund för motsvarande bestämmelse om dokumentationsplikt i LOU och LUF bör kunna vara vägledande (jfr prop. 2013/14:133 s. 24). Av förarbetsuttalandena framgår att bl.a. följande uppgifter som ett minimum bör omfattas: den upphandlande myndighetens eller enhetens namn och organisationsnummer, föremålet för direktupphandlingen, hur konkurrensen togs till vara (annonsering eller tillkännagivande på myndighetens hemsida), vilka leverantörer som tillfrågades och hur många som lämnade anbud, vilken leverantör som tilldelades kontraktet (och organisationsnummer) och det viktigaste skälet för tilldelningen, avtalets (uppskattade) värde och dess löptid. Det ligger vidare i sakens natur att skälen för att använda direktupphandling

ska dokumenteras, om upphandlingens värde överstiger beloppsgränsen för direktupphandling (jfr prop. 2009/10:180 del 1 s. 295).

Rättsmedel och tillsyn

Upphandling enligt 15 kap. LUK omfattas av bestämmelserna om avtalsspärr, överprövning och skadestånd (16 kap.), upphandlingsskadeavgift (17 kap.) och tillsyn (18 kap.). Bestämmelserna i 16–18 kap. LUK kommer alltså även att vara tillämpliga på direktupphandling.

Enligt 16 kap. 1 § LUK gäller som huvudregel att avtal inte får ingås förrän en viss tidsperiod (10 eller 15 dagar) har gått från det att underrättelsen om tilldelningsbeslutet skickades ut till anbudssökandena och anbudsgivarna. Denna period kallas för avtalsspärr. Sådan upphandling som inte annonseras med stöd av 8 kap. 3 och 4 §§ LUK är dock undantagen från avtalsspärr. Avtalsspärr gäller inte heller vid direktupphandling enligt LOU och LUF, såvida inte den upphandlande myndigheten eller enheten frivilligt har annonserat vid förhandsinsyn.

I likhet med vad som gäller enligt LOU och LUF bör direktupphandling enligt LUK vara undantagen från avtalsspärr. Om en upphandling under beloppsgränsen för direktupphandling förhandsannonseras enligt 15 kap. 5 § LUK, gäller samma regler för överprövning som för andra upphandlingar enligt 15 kap. LUK. Om den upphandlande myndigheten eller enheten felaktigt bedömer att det finns grund för direktupphandling och därför inte förhandsannonserar upphandlingen enligt LUK, kan avtalet komma att ogiltigförklaras vid överprövning i allmän förvaltningsdomstol (jfr 16 kap. 4, 13 och 17 §§ LUK).

4 Tillgång till kontrakt

Promemorians förslag: En upphandlande myndighet eller enhet som inte omfattas av offentlighetsprincipen ska till den som begär det lämna ut en kopia av det kontrakt som har tilldelats enligt de nya lagarna om offentlig upphandling, upphandling inom försörjningssektorerna och upphandling av koncessioner.

Företagshemligheter i kontrakten ska dock inte få lämnas ut.

En begäran om att få ut en kopia av ett kontrakt ska behandlas skyndsamt.

En upphandlande myndighet eller enhet, som lämnar ut en kopia av ett kontrakt, ska inte få ta mer betalt för utlämnandet än den avgift som en statlig myndighet skulle få ta ut vid ett motsvarande utlämnande av en allmän handling.

När en upphandlande myndighet eller enhet handlägger ett ärende om att lämna ut ett kontrakt ska den tillämpa bestämmelserna om motivering av beslut och underrättelse om beslut i förvaltningslagen.

Ett beslut att inte lämna ut uppgifter i ett kontrakt ska få överklagas till den förvaltningsrätt i vars domkrets den upphandlande

myndigheten eller enheten har sin hemvist. Prövningstillstånd ska krävas för prövning i kammarrätten.

Promemorians bedömning: Lagen om överklagande av beslut av enskilda organ med offentliga förvaltningsuppgifter bör gälla när besluten överklagas.

Det beslutande organet bör inte göras till den enskildes motpart i förvaltningsrätten.

Skälen för promemorians förslag och bedömning

LOU- och LUF-direktivens reglering om tillgång till kontrakt

Enligt artikel 83.6 första stycket i LOU-direktivet och artikel 99.6 första stycket i LUF-direktivet ska de upphandlande myndigheterna åtminstone under kontraktets löptid, spara kopior på alla kontrakt som ingåtts till ett värde av minst 1 000 000 euro för varukontrakt eller tjänstekontrakt och minst 10 000 000 euro för byggtreprenadkontrakt. Bestämmelsen i LUF-direktivet gäller alltså enligt ordalydelsen endast för upphandlande enheter som också är upphandlande myndigheter. Regleringen saknar motsvarighet i 2004 års upphandlingsdirektiv.

I artikel 83.6 andra stycket i LOU-direktivet och artikel 99.6 andra stycket i LUF-direktivet föreskrivs att den upphandlande myndigheten ska bevilja tillgång till de sparade kontrakten. Tillgång till specifika dokument eller specifik information kan dock vägras i den mån och på de villkor som anges i tillämpliga unionsbestämmelser eller nationella bestämmelser om tillgång till handlingar och uppgiftsskydd. Av skäl 126 i LOU-direktivet och skäl 132 i LUF-direktivet framgår att regleringen syftar till att öka spårbarheten och öppenheten i beslutsfattandet. Enligt skälen bör de upphandlande myndigheterna behålla kopior av ingångna kontrakt av högt värde, så att de kan ge berörda parter tillgång till dessa dokument i enlighet med tillämpliga regler om tillgång till handlingar.

LUK-direktivet saknar en reglering om tillgång till kontrakt.

Lagrådsremissen Nytt regelverk om upphandling

Genomförandeutredningen (SOU 2014:51) har bedömt att de ovan redovisade artiklarna inte behöver genomföras särskilt i svensk rätt. Enligt utredningen motsvaras artiklarna om sparande av kontrakt av bestämmelserna om bevarande av handlingar i 9 kap. 13 § LOU och 9 kap. 14 § LUF, vilka föreslås tas in i de nya lagarna. De aktuella bestämmelserna gäller för sådana upphandlande myndigheter och enheter som inte omfattas av arkivlagen (1990:782). För de upphandlande myndigheter och enheter som omfattas av arkivlagen följer av gällande arkivföreskrifter att kontraktet ska bevaras i vart fall under sin löptid. Artiklarna om tillgång till de sparade kontrakten motsvaras enligt utredningen av offentlighetsprincipen i tryckfrihetsförordningen (TF).

I lagrådsremissen (avsnitt 20.3) gör regeringen bedömningen att det inte går att utläsa av bestämmelserna om bevarande av handlingar i LOU och LUF att de innebär en skyldighet att bevara även det ingångna kontraktet. Regeringen föreslår därför i lagrådsremissen ett tillägg i bestämmelserna så att det klart framgår att de även omfattar det kontrakt som har ingåtts i upphandlingsärendet. Det finns enligt regeringens

mening ingen anledning att begränsa bestämmelsernas tillämplighet till kontrakt med högre värden än de som anges i direktiven. Någon anledning att begränsa tillägget i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna till att endast avse upphandlande enheter som är upphandlande myndigheter finns enligt regeringens mening inte heller. Samtliga ingångna kontrakt enligt de nya lagarna om offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna bör alltså enligt förslaget i lagrådsremissen bevaras åtminstone under kontraktets löptid.

Vad gäller rätten att få tillgång till kontrakten instämmer regeringen i utredningens bedömning att det inte behövs någon reglering för sådana myndigheter som omfattas av offentlighetsprincipen enligt 2 kap. TF. Nämda princip gäller även till förmån för utländska medborgare (jfr 14 kap. 5 § andra stycket TF).

Regeringen konstaterar emellertid i lagrådsremissen att det finns ett antal upphandlande myndigheter och enheter som inte omfattas av offentlighetsprincipen och som således inte är skyldiga att lämna ut handlingar. Det rör sig främst om statliga bolag som inte finns upptagna i bilagan till offentlighets- och sekretesslagen (2009:400), OSL. Regeringen konstaterar vidare att det inte finns något beredningsunderlag för att, inom ramen för lagrådsremissen, föreslå bestämmelser om tillgång till kontrakt från dessa privaträttsliga subjekt. Regeringen förklarar därför att den avser att återkomma till frågan i ett annat sammanhang.

Upphandlande myndigheter och enheter som inte omfattas av offentlighetsprincipen

Handlingsoffentlighet och sekretess gäller hos myndigheter. Merparten av de upphandlande myndigheterna och enheterna är statliga och kommunala myndigheter som omfattas av tryckfrihetsförordningens bestämmelser om allmänna handlingars offentlighet.

De nya lagarnas definitioner av upphandlande myndighet och upphandlande enhet behandlas närmare i lagrådsremissen Nytt regelverk om upphandling (se avsnitten 6.1.1 och 6.2.3, jfr även prop. 2006/07:128 del I s. 144 ff.). LOU- och LUF-direktivens definitioner i dessa delar motsvarar definitionerna i 2004 års upphandlingsdirektiv.

Bolag, föreningar, delägarförvaltningar, särskilt bildade samhällighetsföreningar och stiftelser som finansieras eller kontrolleras av staten, kommuner, landsting eller upphandlande myndigheter jämföras i upphandlingslagarna med upphandlande myndigheter, om de tillgodoser behov i det allmännas intresse och behovet inte är av industriell eller kommersiell karaktär. I upphandlingslagarna används begreppet offentligt styrda organ för dessa juridiska personer. EU-domstolen har uttalat att begreppet ska ges en funktionell tolkning utifrån syftet med upphandlingsdirektiven och säkerställandet av direktivens ändamålsenliga verkan. Riksrevisionen har 2006 granskat de statliga bolagens tillämpning av upphandlingsregelverket (se RiR 2006:15 Statliga bolag och offentlig upphandling).

Av 2 kap. OSL framgår att offentlighetsprincipen gäller inte bara för myndigheter utan även för vissa privaträttsliga subjekt. Sådana statliga

bolag och stiftelser, som anges i bilagan till OSL, ska enligt 2 kap. 4 § samma lag jämföras med myndighet såvitt avser den verksamhet som särskilt anges i bilagan. De flesta statliga bolagen och stiftelserna omfattas emellertid inte av offentlighetsprincipen.

Av 2 kap. 3 § första stycket OSL framgår vidare att offentlighetsprincipen gäller hos företag där kommuner eller landsting utövar ett bestämmande inflytande. Vad som ska avses med bestämmande inflytande framgår av bestämmelsens andra och tredje stycken. De associationsformer som omfattas är aktiebolag, ekonomiska föreningar, handelsbolag (inklusive kommanditbolag) och stiftelser. Däremot omfattas inte ideella föreningar. Kommunala företag i form av ideella föreningar utgörs i huvudsak av intresseorganisationer och den verksamhet som dessa organisationer bedriver har inte ansetts motsvara sådan verksamhet som normalt eller lika väl kan skötas av en kommunal myndighet (se prop. 1993/94:48 s. 19). Det tidigare Landstingsförbundet omfattades t.ex. inte av bestämmelsen, se rättsfallet RÅ 1997 not. 108. En ideell förening omfattas således inte av offentlighetsprincipen, vilket inte hindrar att en sådan förening kan vara ett offentligt styrt organ och därmed en upphandlande myndighet eller enhet.

Sveriges Kommuner och Landsting (SKL) är en intresse- och arbetsgivarorganisation för kommuner och landsting. Organisationen har ersatt Svenska Kommunförbundet och Landstingsförbundet. SKL är en ideell förening och utgör exempel på ett kommunförbund. SKL driver verksamhet dels inom förbundet, dels i aktiebolag. I rättspraxis har offentlighetsprincipen inte ansetts vara tillämplig hos de aktiebolag som SKL bedriver verksamhet i och som uppträder som upphandlande myndigheter (se Kammarrätten i Stockholm, beslut den 18 mars 2010 i mål nr 1207-10 och beslut den 24 april 2013 i mål nr 8459-12).

Ett offentligt styrt organ i upphandlingsregelverkets mening behöver inte vara ägt eller kontrollerat av det allmänna. Det är tillräckligt att organet till största delen är offentligt finansierat. En sådan upphandlande myndighet omfattas inte av 2 kap. 3 § OSL och därmed inte heller av offentlighetsprincipen.

Begreppet upphandlande enhet i de nya lagarna om upphandling inom försörjningssektorerna och upphandling av koncessioner omfattar vidare i vissa fall företag som bedriver verksamhet inom försörjningssektorerna med stöd av en särskild rättighet eller ensamrätt. Sådana företag kan vara privatägda.

Av det anförda framgår sammanfattningsvis att det finns juridiska personer som omfattas av upphandlingslagarna men som inte omfattas av TF och OSL. Offentlighetsprincipen är således inte tillräcklig för att tillgodose det krav på tillgång till kontrakt som följer av LOU- och LUF-direktiven.

Bestämmelser om tillgång till kontrakt bör införas

Till följd av LOU- och LUF-direktivens reglering är Sverige skyldigt att införa bestämmelser om tillgång till kontrakt överstigande vissa värden från upphandlande myndigheter och enheter som inte omfattas av offentlighetsprincipen. De värden som anges i direktiven är avsevärt högre än direktivens tröskelvärden. I denna promemoria görs dock

bedömningen att det saknas skäl att göra rätten till tillgång till kontrakt beroende av kontraktets värde. Någon sådan begränsning gäller inte i fråga om kontrakt hos myndigheter som omfattas av offentlighetsprincipen. Alla tilldelade kontrakt enligt de nya lagarna om offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna bör således vara tillgängliga oavsett värde. Bestämmelserna bör innebära att den upphandlande myndigheten eller enheten ska lämna ut en kopia av det kontrakt som har tilldelats till den som begär det.

Det är inte nödvändigt att i lagarna särskilt ange att bestämmelserna gäller för sådana upphandlande myndigheter och enheter som inte omfattas av offentlighetsprincipen. Det följer redan av normhierarkin att sådana myndigheter som omfattas av offentlighetsprincipen enligt TF i stället ska tillämpa bestämmelserna om utlämnande av allmänna handlingar. Vidare hänvisar de föreslagna bestämmelserna till kontrakt som bevaras enligt särskilda bestämmelser i upphandlingslagarna. De sistnämnda bestämmelserna gäller endast för upphandlande myndigheter och enheter som inte omfattas av arkivlagen (1990:782). Sådana myndigheter och enheter omfattas inte heller av offentlighetsprincipen.

LUK-direktivet saknar en reglering om tillgång till kontrakt. I denna promemoria görs dock bedömningen att det inte finns något skäl att ha en annan ordning i fråga om koncessionskontrakt. Även sådana kontrakt bör därför vara tillgängliga för den som begär det.

I likhet med vad som gäller vid utlämnande av allmänna handlingar bör den upphandlande myndigheten eller enheten vara skyldig att skyndsamt ta ställning till begäran om utlämnande.

Betalning för utlämnande av kontrakt

Av 2 kap. 13 § TF framgår att den myndighet som lämnar ut en allmän handling får ta ut en fastställd avgift för detta. För statliga myndigheter är avgifterna för kopior av allmänna handlingar fastställda i avgiftsförordningen (1992:191). Det finns inget hinder mot att avgiftsförordningens regler får tjäna till vägledning vid avgiftssättningen inom den kommunala sektorn.

Det är rimligt att även de upphandlande myndigheter och enheter, som omfattas av den föreslagna regleringen, har möjlighet att ta betalt för att lämna ut en kopia på kontraktet. Detta kan bl.a. minska risken för okynnesbeställningar. Det krävs inte någon särskild lagreglering för att dessa privaträttsliga subjekt ska ha en sådan möjlighet. Priset är som utgångspunkt en avtalsfråga mellan parterna. Det framstår dock som en rimlig ordning att priset inte får överstiga den avgift som en statlig myndighet skulle få ta ut enligt avgiftsförordningen vid utlämnande av en allmän handling av motsvarande slag. En prisbegränsningsregel av detta slag bör därför införas.

Skydd för uppgifter i kontrakt

För myndigheter som omfattas av offentlighetsprincipen gäller bestämmelserna om sekretess i OSL. För kontrakt som tilldelats efter upphandling kan främst bestämmelserna i 19 kap. 3 § första stycket och 31 kap. 16 § OSL komma i fråga att tillämpas. Enligt det förstnämnda lagrummet gäller sekretess till skydd för det allmännas ekonomiska

intresse för uppgift som hänför sig till ärende om förvärv, överlåtelse, upplåtelse eller användning av egendom, tjänst eller annan nyttighet, om det kan antas att det allmänna lider skada om uppgiften röjs. I 31 kap. 16 § OSL regleras sekretess vid enskilds affärsförbindelse med myndighet. Enligt bestämmelsen gäller sekretess för uppgift om en enskilds affärs- eller driftförhållanden när denne har trätt i affärsförbindelse med en myndighet, om det av särskild anledning kan antas att den enskilde lider skada om uppgiften röjs. Sådana privaträttsliga subjekt som avses i 2 kap. 3 och 4 §§ OSL anses vara myndigheter vid tillämpningen av OSL.

För upphandlande myndigheter och enheter som inte omfattas av offentlighetsprincipen och OSL kan i stället bestämmelserna i lagen (1990:409) om skydd för företagshemligheter vara tillämpliga. Med företagshemlighet avses enligt 1 § lagen om skydd för företagshemligheter sådan information om affärs- eller driftförhållanden i en näringsidkares rörelse som näringsidkaren håller hemlig och vars röjande är ägnat att medföra skada för honom i konkurrenshänseende. Enligt 6 § samma lag ska den som uppsåtligen eller av oaktsamhet utnyttjar eller röjer en företagshemlighet hos en näringsidkare, som han i förtroende fått del av i samband med en affärsförbindelse med denne, ersätta den skada som uppkommer genom hans förfarande. Begreppet näringsidkare ska fattas i vidsträckt bemärkelse och omfattar varje fysisk eller juridisk person som yrkesmässigt driver verksamhet av ekonomisk art. En upphandlande myndighet eller enhet kan därmed i vissa fall betraktas som näringsidkare.

Även vid utlämnande av kontrakt enligt upphandlingslagarna finns det ett behov av att skydda känsliga uppgifter om affärs- eller driftförhållanden som har tagits in i kontraktet. En bestämmelse om skydd för sådana uppgifter vid utlämnandet av ett kontrakt bör därför införas. De upphandlande myndigheter och enheter som träffas av den föreslagna regleringen omfattas inte av OSL utan av lagen om skydd för företagshemligheter. Det är därför en naturlig utgångspunkt att skyddsnivån för uppgifterna vid utlämnande av kontrakt bör motsvara vad som annars gäller enligt den lagen. Härigenom skyddas företagshemligheter som avser leverantören i utlämnandesituationen. Även uppgifter om affärs- eller driftförhållanden hos den upphandlande myndigheten eller enheten kan behöva skyddas när kontraktet ska lämnas ut. Bestämmelsen bör därför även skydda sådana uppgifter. Bestämmelsen bör innebära att information i kontrakten om affärs- eller driftförhållanden i leverantörens eller den upphandlande myndighetens eller enhetens rörelse inte får lämnas ut, om det skulle medföra skada för någon av dem i konkurrenshänseende. Om sådana uppgifter har tagits in i kontraktet, ska de således maskeras vid utlämnandet.

Rätt till domstolsprövning

För att bestämmelserna om tillgång till kontrakt inte ska riskera att bli verkningslösa, behöver de kompletteras med bestämmelser om rätt till domstolsprövning. En person som helt eller delvis vägras tillgång till ett kontrakt bör kunna överklaga beslutet.

Tyngdpunkten i rättsskipningen ligger i första instans (jfr prop. 2012/13:45 En mer ändamålsenlig förvaltningsprocess). Beslut i förvaltningsärenden överklagas därför som huvudregel till förvaltningsrätt. Beslut att inte lämna ut en allmän handling (sekretessmål) överklagas dock sedan länge direkt till kammarrätt. Utredningen om fortsatt utveckling av förvaltningsprocessen har utrett frågan om även sekretessmålen bör överklagas till förvaltningsrätten som första instans (se SOU 2014:76 s. 439 ff.). Efter en grundlig analys gör utredningen bedömningen att det finns sakliga skäl för att kammarrätterna även i fortsättningen ska pröva sekretessmålen som första instans. Något förslag om att flytta ned sekretessmålen till förvaltningsrätterna lämnas därför inte. Utredningen pekar bl.a. på det grundlagsfästa skyndsamhetskravet vid en begäran om att få ut en allmän handling. En första prövning i förvaltningsrätten kan fördröja utlämnandet av handlingen. Vidare anmärker utredningen att OSL är en omfattande och komplicerad lag med sekretessbestämmelser av vitt skilda slag. Med hänsyn till målens komplexitet anser utredningen därför att det krävs särskild kompetens och erfarenhet hos de domare som ska hantera dem. Den beslutande myndigheten är inte den enskildes motpart i sekretessmålen och kan därför inte överklaga rättens beslut att en handling ska lämnas ut. Även denna omständighet innebär enligt utredningen att särskilda krav måste ställas på de domstolar och domare som ska hantera sekretessmålen. Utredningen konstaterar även att det inte har framkommit någon kritik mot kammarrätternas hantering av sekretessmålen.

De mål som avses i denna promemoria skiljer sig på flera sätt från sekretessmålen. Kravet på skyndsam handläggning är inte reglerat i grundlagen. Målen avser endast tillgång till ett dokument – kontraktet – medan sekretessmålen kan avse ett stort antal handlingar. Det är vidare inte fråga om att tolka ett komplicerat regelverk som OSL utan om att tillämpa en bestämmelse som skyddar företagshemligheter. I denna promemoria görs bedömningen att det inte har framkommit tillräckliga skäl att avvika från huvudregeln om förvaltningsrätten som första domstolsinstans.

Enligt upphandlingslagarna gäller att en ansökan om överprövning ska ges in till den förvaltningsrätt i vars domkrets den upphandlande myndigheten eller enheten har sin hemvist. Motsvarande ordning för behörig förvaltningsätt bör gälla för överklagande av de nu aktuella besluten. Av 18 § fjärde stycket 5 lagen (1971:289) om allmänna förvaltningsdomstolar framgår att mål enligt upphandlingslagarna får avgöras av en lagfaren domare ensam i förvaltningsrätten.

För de mål där det är särskilt föreskrivet krävs prövningstillstånd i kammarrätten vid överklagande av ett förvaltningsrättsavgörande. Enligt 34 a § andra stycket förvaltningsprocesslagen (1971:291) meddelas prövningstillstånd när det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till (ändringsfall), när det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till (granskningsfall), när det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt (prejudikatfall) eller när det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet (extraordinära fall).

Systemet med prövningstillstånd innebär att rättskipningen får sin tyngdpunkt i förvaltningsrätt, samtidigt som kammarrättens kontrollerande funktion sätts i fokus. Systemet leder till ett snabbare avgörande i de fall prövningstillstånd inte meddelas, samtidigt som kammarrätten ges förutsättningar att snabbare och mer koncentrerat handlägga de mål som kräver en fullständig prövning. De flesta måltyper som överklagas till kammarrätten omfattas numera av systemet med prövningstillstånd. I denna promemoria görs bedömningen att det inte finns några särskilda skäl för att undanta de nu aktuella målen från kravet på prövningstillstånd i kammarrätten.

Överklagande och rättidsprövning

Enligt 1 § lagen (1986:1142) om överklagande av beslut av enskilda organ med offentliga förvaltningsuppgifter gäller lagen beslut av bolag och andra enskilda organ, som enligt särskilda bestämmelser får överklagas till regeringen, till en förvaltningsdomstol eller till en förvaltningsmyndighet. Lagen är alltså som utgångspunkt tillämplig på de nu aktuella besluten. Lagen är dock subsidiär till föreskrifter i annan författning. I lagen regleras hur beslut överklagas, överklagandetiden, rättidsprövning och avvísning av för sent inkomna överklaganden. Enligt lagens 2 § ska överklagandet ges in till den myndighet som ska pröva överklagandet. Denna myndighet ska pröva om överklagandet har kommit in i rätt tid. Överklagandetiden är tre veckor från den dag då klaganden fick del av beslutet.

Den angivna ordningen för överklagande och rättidsprövning avviker något från den ordning som gäller enligt 23 och 24 §§ förvaltningslagen (1986:223). I sådana fall ska överklagandet i stället ges in till den beslutande myndigheten, som prövar om det har kommit in i rätt tid. Denna ordning gäller enligt 6 kap. 11 § OSL när beslut av sådana privaträttsliga organ som avses i 2 kap. 3 och 4 §§ samma lag överklagas.

De beslutande enskilda organen i dessa fall är juridiska personer av olika slag. Det går inte att på förhand utpeka alla enskilda organ som träffas av regleringen. Förmågan att hantera ett överklagande på det sätt som anvisas i förvaltningslagen kan förutsättas variera mellan organen. Det får därför antas att förvaltningsrätten i dessa fall är mer lämpad att göra rättidsprövningen än de beslutande organen. I denna promemoria görs därför bedömningen att det inte finns skäl att avvika från den ordning för överklagande som anvisas i lagen om överklagande av beslut av enskilda organ med offentliga förvaltningsuppgifter.

Handläggningen

Lagen om överklagande av beslut av enskilda organ med offentliga förvaltningsuppgifter innehåller inga bestämmelser om handläggningen av ett ärende. Förvaltningslagen med dess handläggningsbestämmelser gäller inte för de privaträttsliga subjekt som det är fråga om. Den upphandlande myndigheten eller enheten bör dock givetvis motivera ett beslut att inte lämna ut ett kontrakt, underrätta sökanden om beslutet och lämna överklagandehänvisning. Bestämmelser om detta finns i 20 och 21 §§ förvaltningslagen. Dessa grundläggande bestämmelser bör enligt

bedömningen i denna promemoria göras tillämpliga på handläggningen av ärenden om att lämna ut kontrakt.

Om en enskild överklagar en förvaltningsmyndighets beslut ska enligt 7 a § förvaltningsprocesslagen den myndighet som först beslutade i saken vara den enskildes motpart sedan handlingarna i ärendet överlämnats till domstolen. De beslutande organen i dessa fall är inte förvaltningsmyndigheter och de får därför inte ställning som den enskildes motpart i förvaltningsrätten. De kan av detta skäl inte överklaga förvaltningsrättens beslut att uppgifter i kontraktet ska lämnas ut. Detta motsvarar vad som gäller när ett beslut att inte lämna ut en allmän handling överklagas till kammarrätt (jfr 7 a § andra stycket förvaltningsprocesslagen). I denna promemoria görs bedömningen att det inte har framkommit några särskilda skäl att ge de beslutande organen ställning som den enskildes motpart i förvaltningsrätten när de nu aktuella besluten överklagas.

5 Avslutande av avtal

Promemorians förslag: En upphandlande myndighet eller enhet ska se till att avtal som ingås efter upphandling enligt de nya upphandlingslagarna innehåller villkor som gör det möjligt att avsluta dem i vissa situationer där de har tillkommit i strid mot EU-rätten.

Skälen för promemorians förslag

De nya upphandlingsdirektivens reglering

Varken LOU eller LUF innehåller bestämmelser som reglerar rätten att avsluta det kontrakt som har tilldelats av den upphandlande myndigheten eller enheten. Även 2004 års upphandlingsdirektiv saknar en sådan reglering. Detta är naturligt då upphandlingsregelverket inte är en civilrättslig reglering utan tar sikte på förfarandet vid upphandling. Det kontrakt som har ingåtts mellan den upphandlande myndigheten eller enheten och den vinnande leverantören omfattas av respektive medlemsstats avtalsrätt på samma sätt som andra kommersiella kontrakt. I LOU-, LUF- och LUK-direktiven finns dock grundläggande bestämmelser som avser den upphandlande myndighetens eller enhetens rätt att säga upp ett kontrakt respektive att avsluta en koncession. Av artikel 5.1 i LUK-direktivet framgår att en koncession förutsätter ett skriftligt kontrakt.

Bestämmelserna om avslutande av kontrakt anknyter till direktivens reglering om otillåtna kontraktsändringar och om uteslutning av leverantörer. Skäl 112 i LOU-direktivet, skäl 118 i LUF-direktivet och skäl 80 i LUK-direktivet talar om att upphandlande myndigheter och enheter ibland kan ställas inför omständigheter som kräver att offentliga kontrakt respektive koncessioner avslutas i förtid för att uppfylla de skyldigheter som följer av unionsrätten.

Enligt artikel 73 i LOU-direktivet, artikel 90 i LUF-direktivet och artikel 44 i LUK-direktivet ska medlemsstaterna se till att de

upphandlande myndigheterna och enheterna åtminstone i tre angivna situationer – enligt de villkor som fastställs i tillämplig nationell rätt – har möjlighet att säga upp ett kontrakt respektive att avsluta en koncession under dess löptid. I den engelska språkversionen av LOU- och LUF-direktiven används uttrycket "to terminate a contract".

Den första situationen är om kontraktet eller koncessionen har varit föremål för en ändring som skulle ha krävt en ny upphandling enligt artikel 72 i LOU-direktivet, artikel 89 i LUF-direktivet eller artikel 43 i LUK-direktivet (se avsnitt 26.3 i lagrådsremissen Nytt regelverk om upphandling).

Den andra situationen är om leverantören vid tilldelningen av kontraktet eller koncessionen befann sig i en situation som utgjorde grund för obligatorisk uteslutning. Det rör sig om fall där leverantören enligt lagakraftvunnen dom har gjort sig skyldig till vissa former av allvarlig brottslighet (t.ex. terroristbrott, penningtvätt eller människohandel).

Den tredje situationen är om EU-domstolen efter en fördragsbrottstalan av kommissionen finner att en medlemsstat har underlåtit att fullgöra sina skyldigheter enligt fördragen genom att en upphandlande myndighet eller enhet i medlemsstaten har tilldelat kontraktet eller koncessionen utan att iaktta kraven enligt fördragen och tillämpligt direktiv (jfr ordalydelsen i artikel 44 c i LUK-direktivet). LUK-direktivet har i detta avseende en något annorlunda utformning än LOU- och LUF-direktiven. Någon skillnad i sak torde det dock inte vara fråga om. Den svenska språkversionen av LOU- och LUF-direktiven förefaller därför vara felaktig när den talar om att kontraktet inte borde ha tilldelats leverantören på grund av att denne allvarligt har åsidosatt sina skyldigheter enligt fördragen och direktiven. Något krav på "skuld" hos leverantören kan inte utläsas av de engelska och tyska språkversionerna.

Upphandlingsdirektiven innebär att kontrakt och koncessioner i vissa fall ska kunna avslutas trots att den vinnande leverantören är i god tro i fråga om den upphandlande myndighetens eller enhetens brott mot direktiven.

Lagrådsremissen Nytt regelverk om upphandling

Regeringen konstaterar i lagrådsremissen (avsnitt 26.4) att grunder för hävning och uppsägning av ett kontrakt samt frågor om skadestånd kan regleras genom avtal mellan parterna. Redan därigenom uppfylls enligt regeringens mening direktivens allmänt ställda krav på möjlighet att avsluta kontrakt och koncessioner i de aktuella situationerna "enligt de villkor som fastställs i tillämplig nationell rätt."

I lagrådsremissen konstaterar regeringen vidare att det saknas beredningsunderlag för att överblicka vilka avtals- och skadeståndsrättsliga konsekvenser det får om direktivens reglering om avslutande av kontrakt och koncessioner genomförs i enlighet med utredningens förslag. Därtill kommer att utredningens förslag är baserat på den svenska språkversionen av LOU- och LUF-direktiven, vilken till viss del synes vara felaktig. Mot den angivna bakgrunden lämnar regeringen inte något förslag till bestämmelser om avslutande av kontrakt och koncessioner i de nya lagarna.

Regeringen anmärker dock i lagrådsremissen att direktivens reglering om avslutande av kontrakt och koncessioner syftar till att ge de upphandlande myndigheterna och enheterna nödvändiga verktyg för att kunna fullgöra skyldigheten att avsluta kontrakt och koncessioner som strider mot EU-rätten. Om den upphandlande myndigheten eller enheten inte avslutar ett kontrakt eller en koncession som EU-domstolen efter en fördragsbrottstalan har förklarat strida mot EU-rätten, kan medlemsstaten bli skadeståndsskyldig i ett överträdelseärende (se EU-domstolens dom den 18 juli 2007 i mål C-503/04, Kommissionen mot Förbundsrepubliken Tyskland, REG 2007 I-06153). Enligt regeringens mening är det mot denna bakgrund angeläget att upphandlingslagarna innehåller bestämmelser som underlättar för upphandlande myndigheter och enheter att avsluta kontrakt och koncessioner som tillkommit i strid mot EU-rätten. Regeringen anger därför i lagrådsremissen att den avser att återkomma med ett sådant förslag.

Frågor om avslutande av kontrakt, ramavtal och koncessioner bör regleras i avtal mellan parterna

Det står varje medlemsstat fritt att välja hur kontrakt och koncessioner som strider mot EU-rätten ska avslutas. En reglering skulle kunna ta sikte på ogiltighet, hävning eller uppsägning. Ett införande av en rent civilrättslig reglering i upphandlingslagarna kräver dock noggranna överväganden, särskilt i frågan om rätten till skadestånd för en godtroende leverantör vars avtal avslutas.

I denna promemoria görs mot angiven bakgrund bedömningen att den enklaste och mest ändamålsenliga ordningen är att nu aktuella frågor regleras mellan parterna. Det bör således bli obligatoriskt för den upphandlande myndigheten eller enheten att se till att det förs in en klausul i kontraktet med innebörden att kontraktet får avslutas i de situationer som avses i de nya upphandlingsdirektiven. Parterna kan då närmare reglera hur kontraktet ska avslutas och vilka konsekvenser det får, bl.a. i fråga om rätt till skadestånd. En sådan lösning har exempelvis Storbritannien valt vid implementeringen av LOU-direktivet (The Public Contracts Regulation 2015, article 73).

Bestämmelserna i LOU- och LUF-direktiven avser uppsägning av kontrakt. Regleringen ger dock uttryck för allmänna EU-rättsliga principer som även är tillämpliga på ramavtal. Bestämmelserna i de nya lagarna bör därför även omfatta ramavtal. Det bör framhållas att den föreslagna regleringen inte är utömmande utan endast tar sikte på de situationer som nämns i direktiven. Inget hindrar att andra grunder för avtalets avslutande regleras mellan parterna.

I de fall förutsättningarna för att avsluta avtalet inte har reglerats mellan parterna och en upphandlande myndighet eller enhet önskar avsluta avtalet på någon av de grunder som anges i direktiven får frågan avgöras enligt sedvanliga avtalsrättsliga principer. Det får överlämnas åt rättstillämpningen att närmare avgöra i vilka fall ett avtal kan avslutas av den upphandlande myndigheten eller enheten på avtalsrättslig grund.

6 Vissa ändringar i lagen om läkarvårds- ersättning och lagen om ersättning för fysioterapi

Promemorians förslag: Lagen om läkarvårdsersättning och lagen om ersättning för fysioterapi ska innehålla hänvisningar till bestämmelserna om förlängd avtalsspärr i 20 kap. 7 och 8 §§ och 10 § första stycket samt bestämmelserna om ogiltighet av avtal i 4 § 2 och 14 och 16 §§ i den nya lagen om offentlig upphandling.

En ny paragraf ska införas i respektive lag med bestämmelser om ogiltighet av avtal som slutits i strid med bestämmelserna om annonsering, överprövning eller underrättelse.

Skälen för promemorians förslag: I lagen (1993:1651) om läkarvårdsersättning och lagen (1993:1652) om ersättning för fysioterapi (förkortade LOL respektive LOF) finns bestämmelser om samverkansavtal som ingås mellan privatpraktiserande läkare respektive privatpraktiserande fysioterapeuter och landstinget. Med fysioterapeuter jämställs sjukgymnaster. Ett samverkansavtal innebär att läkaren eller fysioterapeuten har rätt till offentlig ersättning enligt en nationell taxa.

Genom lagändringar 2009 infördes bestämmelser om att landstingen vid ingående av vårdavtal och samverkansavtal ska tillämpa LOU eller lagen (2008:962) om valfrihetssystem (prop. 2008/09:64, bet. 2008/2008:SoU6, rskr. 2008/09:168). I samband med detta infördes även regler som tillåter s.k. ersättningsetablering. Läkare och fysioterapeuter kan, i samband med att de överläter sin verksamhet, säga upp sin rätt till ersättning enligt LOL eller LOF i syfte att låta den övertagande läkaren eller fysioterapeuten ingå samverkansavtal med landstinget. Sådan överlåtelse med garanterat bibehållen rätt till offentlig ersättning kallas ersättningsetablering. Med hänsyn till att flera olika intressen gör sig gällande vid en ersättningsetablering infördes ett särskilt förfarande som endast gäller vid ersättningsetablering. Överklaganderegler infördes i form av hänvisning i 5 g § i respektive lag till dåvarande 16 kap. LOU.

De särskilda reglerna för ersättningsetablering beaktar att det vid ett sådant förfarande finns tre aktörer att ta hänsyn till; säljaren, köparen eller potentiella köpare och landstinget. Reglerna syftar till att förena den civilrättsliga överlåtelsen av verksamheten och den offentlighetsrättsliga tilldelningen av samverkansavtalet. För att förfarandet med ersättningsetableringen ska fylla sitt syfte har det ansetts viktigt att tillgodose såväl behovet av öppenhet och objektivitet som säljarens rätt att välja vem verksamheten ska överlåtas till.

Bestämmelserna om rättsmedel i LOU ändrades 2010 och bestämmelser om avtalsspärr och ogiltighet av avtal infördes (prop. 2009/10:180, bet. 2009/10:FiU22, rskr. 2009/10:311). En förlängd avtalsspärr infördes i processen i förvaltningsrätten som innebär att avtalsspärren i många fall fortlöper när en process om överprövning av upphandlingen inletts. Bestämmelser om ogiltighet infördes för fall där avtal slutits av den upphandlande myndigheten utan att reglerna i LOU

iakttagits. Då hänvisningarna i LOL och LOF emellertid inte ändrades i samband med detta kom 5 g § i respektive lag att innehålla felaktiga hänvisningar. Bestämmelserna om överprövning har därefter numrerats om, varvid 5 g § i LOL och LOF ändrades på så sätt att de i stället hänvisade till 16 kap. LOU i dess äldre lydelse (prop. 2010/11:150, bet. 2011/12:FiU8, rskr. 2011/12:4). På så sätt blev hänvisningarna korrekta men inte uppdaterade till de nya överprövningsreglerna i LOU. I denna äldre lydelse saknades regler om avtalsspärr och särskilda regler om ogiltighet av avtal vid upphandling.

Då LOU nu ersätts av en ny lag om offentlig upphandling är det nödvändigt att även göra följdändringar i LOL och LOF. I lagrådsremissen med förslag till nytt upphandlingsregelverk föreslås att 5 g § i respektive lag i stället ska hänvisa till de bestämmelser i den nya lagen om offentlig upphandling som får anses motsvara de bestämmelser som de nu gällande lagarna hänvisar till. Samtliga bestämmelser i 16 kap. LOU föreslås bli överförda i allt väsentligt oförändrat till den nya lagen om offentlig upphandling. Då överprövningsreglerna i LOU genomgått genomgripande förändringar sedan den lydelse som LOL och LOF hänvisar till kommer hänvisningarna, trots att de i möjligaste mån ska motsvara nuvarande reglering, delvis att få en ny innebörd. Bland annat har som ovan nämnts bestämmelser om avtalsspärr och ogiltighet av avtal tillkommit i LOU, något som saknade motsvarighet enligt tidigare lydelse. Bestämmelserna om avtalsspärr och ogiltighet har ersatt den tiodagarsfrist som gällde enligt tidigare reglering och som angav att upphandlingen fick överprövas, oavsett om avtal tecknats, inom tio dagar från det att underrättelse om beslut i upphandlingen lämnats.

Enligt förslaget i lagrådsremissen ska 5 g § i respektive lag hänvisa till bestämmelserna om avtalsspärr eftersom avtalsspärren får anses i huvudsak motsvara den tidigare gällande tiodagarsfristen. Någon hänvisning har emellertid inte föreslagits till bestämmelserna om förlängd avtalsspärr i 20 kap. 8 § och 10 § första stycket i förslaget till ny lag om offentlig upphandling. Bestämmelserna om förlängd avtalsspärr är regler av praktisk natur som ska underlätta för förvaltningsrätten vid prövning av upphandlingsmål och även underlätta för den klagande som i och med den förlängda avtalsspärren inte måste begära ett interimistiskt förordnande hos domstolen. Eftersom den förlängda avtalsspärren är en del i systemet med avtalsspärr vid överprövning av upphandling bör även de bestämmelserna göras tillämpliga vid ersättningsetablering enligt LOL och LOF trots att det är en reglering som helt saknar motsvarighet i lagarnas nuvarande lydelse. Om förlängd avtalsspärr inte skulle gälla finns det risk för att klagande i mål enligt LOL och LOF kommer i en sämre ställning vid en överprövning än klagande i mål enligt LOU.

Även regler om ogiltighet av avtal infördes 2010 genom de nya rättsmedelsbestämmelserna och inte heller dessa föreslås i lagrådsremissen göras tillämpliga vid ersättningsetablering enligt LOL och LOF. Det huvudsakliga syftet med möjligheten att föra en ogiltighetstalan är att motverka otillåten direktupphandling. Bestämmelserna om avtals ogiltighet utgör en garanti för ett effektivt rättsmedel i de fall en myndighet inte följt de regler som ska säkerställa att avtal tilldelas i konkurrens. Bestämmelserna om ersättningsetablering skiljer sig emellertid från andra upphandlingsrättsliga regler på så sätt att

systemet inte syftar till att värna om ett effektivt användande av offentliga medel. Tilldelningskriteriet för upphandling av samverkansavtal vid ersättningsetablering är högsta pris. Sökandena konkurrerar därför inte på ett sätt som kan medföra fördelar för landstinget utan endast på ett sätt som kommer säljaren av verksamheten till del. Inte heller kan innehållet i samverkansavtalen påverkas i någon nämnvärd utsträckning. Det allmännas intresse i denna typ av upphandling får därmed sägas vara mycket ringa. Det kan emellertid inte uteslutas att ett landsting ändå väljer att teckna ett samverkansavtal med någon utan att först annonsera om ersättningsetableringen eller att landstinget tecknar samverkansavtal med någon utan att iaktta bestämmelserna om överprövning och underrättelse. En möjlighet till att föra talan om ogiltighet kan i sådana fall vara av intresse för den sökande som kunnat bjuda mer för en verksamhet än den som fick möjlighet att köpa den. Om detta skulle ha medfört att den högre bjudande sökanden också skulle fått köpa verksamheten och överta samverkansavtalet är inte säkert eftersom det är säljaren som i slutänden avgör vem som får köpa. Bestämmelserna om avtalsspärr och ogiltighet utgör emellertid ett system som inte är komplett utan att samtliga regler är tillämpliga. Av det skälet bör även regler om ogiltighet, i den utsträckning de är relevanta för ett sådant förfarande, göras tillämpliga på förfaranden om ersättningsetablering enligt LOL och LOF.

7 Konsekvensanalys

Direktupphandling av koncessioner

Marknaden för tjänstekoncessioner

Tjänstekoncessioner används inom såväl statlig som kommunal verksamhet och kan vara av olika karaktär. Inom den statliga sektorn kan man hitta dem i form av bl.a. förvaringsboxar på tågstationer, drift av restauranger och kafeterior i lokaler som används för statlig verksamhet, försäljning och distribution av böcker och betaltjänster. Landstingen använder tjänstekoncessioner bl.a. vid drift av bad- och campingplatser samt restauranger och kafeterior. Kommunerna använder tjänstekoncessioner bl.a. vid biljettförsäljning, krav- och inkassotjänster, lånecyklar, campingplatser, fjärrvärme, drift av konsthallar, småbåtshamnar, restauranger och kafeterior, friskvårdsanläggningar, mäss- och kongressverksamhet, teaterevenemang, vänthallar, offentliga toaletter, papperskorgar, informationstavlor, parkeringsövervakning, turistbyråer, sotningstjänster samt miljöledningssystem och miljörevision (se Madell, Tom, Tjänster av allmänt intresse – ett svenskt perspektiv, SIEPS 2011:8, s. 97). De uppräknade typerna av tjänstekoncessioner torde i många fall vara av sådan storlek att de skulle kunna bli föremål för direktupphandling enligt förslaget i denna promemoria.

Enligt en rapport från Konkurrensverket (2015:9, Siffror och fakta om offentlig upphandling, Statistik om upphandlingar som genomförts under 2014) annonserades 83 koncessioner i Sverige 2014. Det saknas statistik

om hur många koncessioner som inte var föremål för annonsering. I en annan rapport från Konkurrensverket (2012:4, Tjänstekoncessioner När? Var? Hur?) dras dock slutsatsen att koncessioner inte är någon vanligt förekommande kontraktsform. Konkurrensverket tillskrev i ärendet 97 upphandlande myndigheter och bad dessa lämna in kopior av de kontrakt som myndigheten klassificerat som tjänstekoncessionskontrakt och som ingåtts under perioden 2008–2011. Konkurrensverket fick in 105 kontrakt. 65 av 97 myndigheter uppgav sig inte ha tilldelat någon tjänstekoncession. I de fall myndigheterna uppgav att de hade tilldelat tjänstekoncessioner under den aktuella perioden handlade det i de flesta fall om ett förhållandevis lågt antal kontrakt. När det gäller fördelningen mellan olika typer av myndigheter hade ca hälften av kommunerna, en fjärdedel av landstingen och ca var femte länsstyrelse tilldelat tjänstekoncessioner. Av de statliga myndigheterna och bolagen, exklusive länsstyrelserna, hade endast två tilldelat tjänstekoncessioner.

Konsekvenser

Förslaget om direktupphandling syftar först och främst till en effektivisering av den offentliga förvaltningen. Samtliga aktörer inom den offentliga upphandlingen berörs i olika utsträckning. Förslaget berör såväl upphandlande myndigheter och enheter (främst statliga myndigheter, kommuner och landsting) som leverantörer (näringslivet inklusive den sociala ekonomin).

Direktupphandling ger de upphandlande myndigheterna och enheterna ökad flexibilitet vid mindre upphandlingar. Förfarandet innebär reducerade transaktionskostnader såväl för de upphandlande myndigheterna och enheterna som för företagen. Undersökningar visar att företagens andel kan uppgå till så mycket som 85 procent av de totala transaktionskostnaderna för upphandlingar över EU:s tröskelvärden, som genomförs i enlighet med LOU och LUF (jfr prop. 2013/14:133 s. 32). Möjligheten till direktupphandling gör att upphandlande myndigheter och enheter kan ge större prioritet åt upphandlingar som omfattar stora värden och som därmed ofta är mer komplexa. Förutsättningarna för goda affärer för det allmänna förbättras. Det bör understrykas att samtliga upphandlingar är förenade med transaktionskostnader. Tidsåtgången är dock ofta lägre för direktupphandlingar.

Mot fördelarna med direktupphandling ska vägas de risker för minskad insyn och försämrad konkurrens som förfarandet kan innebära, om inte de upphandlande myndigheterna och enheterna aktivt arbetar för att ta tillvara konkurrensen. Särskilt mindre och nyetablerade företag riskerar att drabbas, om myndigheterna och enheterna inte tar detta arbete på allvar. Utgångspunkten är dock att konkurrensen ska tas tillvara även vid en direktupphandling. Vid direktupphandling enligt LOU och LUF torde de flesta upphandlande myndigheter och enheter vända sig till fler än en leverantör även i samband med direktupphandlingar. De fall då prisjämförelser inte görs eller då flera offerter eller prisförslag inte infordras torde främst förekomma i samband med inköp till ringa belopp (se prop. 2013/14:133 s. 33). Det får förutsättas att motsvarande kommer att gälla även vid direktupphandling av koncessioner. En negativ konkurrenseffekt till följd av minskad förhandsannonsering får därför

antas vara måttlig. Beloppsgränsen för direktupphandling har vidare bestämts med utgångspunkten att koncessioner av gränsöverskridande intresse inte ska bli föremål för direktupphandling. Det bör framhållas att även direktupphandling omfattas av de allmänna upphandlingsrättsliga principerna (t.ex. likabehandlings- och öppenhetsprinciperna) och av dokumentationsplikten.

Upphandlingsstödjande åtgärder är av central betydelse för att främja att konkurrensen tas tillvara även vid direktupphandlingar och för motverkande av korruption. Upphandlande myndigheter och enheter ska anta riktlinjer för genomförande av direktupphandlingar. I dessa riktlinjer bör det anges tydliga kriterier för konkurrensutsättning av direktupphandlingar, antingen genom annonsering eller genom att tillfråga flera leverantörer. Annonsering underlättar bl.a. för mindre företag att få reda på vilka affärsmöjligheter som existerar på den offentliga marknaden och är av central betydelse ur ett konkurrensperspektiv. De upphandlande myndigheterna och enheterna är redan i dag skyldiga att anta riktlinjer för direktupphandling enligt LOU och LUF. Det torde inte vara någon större administrativ börda att ta fram motsvarande riktlinjer för direktupphandling enligt LUK.

Genom direktupphandling undviks i praktiken problemet med att en upphandling stoppas upp i allmän förvaltningsdomstol under handläggningen av en överprövning. Direktupphandlingar blir sällan föremål för överprövning, eftersom någon avtalsspärr inte gäller och överprövning av en upphandling inte får ske efter det att avtal har ingåtts. Giltigheten av ett avtal som har tilldelats efter direktupphandling kan dock överprövas på den grunden att förutsättningarna för direktupphandling inte var uppfyllda (t.ex. för att upphandlingens värde översteg beloppsgränsen för direktupphandling). Sammantaget innebär dock ordningen med direktupphandling att det finns ett minskat utrymme för överprövning jämfört med lagrådsremissens förslag. I dagsläget saknas möjlighet att överpröva koncessionsupphandlingar i allmän förvaltningsdomstol.

Beträffande förhållandet till Europeiska unionen innebär lagrådsremissens förslag till lag om upphandling av koncessioner till viss del en överimplementering. Förslaget om direktupphandling innebär att överimplementeringen minskar. Som framgår ovan är de allmänna principerna för upphandling tillämpliga vid direktupphandling även om de ofta inte sträcker sig lika långt som vid övrig upphandling. Om en direktupphandling har ett bestämt gränsöverskridande intresse, måste principerna dock följas fullt ut.

Förslaget bedöms inte påverka den kommunala självstyrelsen i en inskränkande mening. Tvärtom leder förslagen till ökade möjligheter för kommuner och landsting att utifrån sina förutsättningar genomföra goda affärer. Förslaget bedöms inte heller ha några konsekvenser för den offentliga servicen i olika delar av landet, jämställdheten mellan kvinnor och män eller för möjligheterna att nå de integrationspolitiska målen. Förslagen leder inte till ökade kostnader för företagen.

Övriga förslag

Förslaget om tillgång till kontrakt ökar möjligheterna till insyn i den offentliga förvaltningen. Den upphandlande myndigheten eller enheten har rätt att ta betalt för att täcka kostnaderna för att lämna ut kontrakten.

Kostnaderna för domstolsväsendet får antas bli högst marginella. Det torde bli mycket sällsynt med överklaganden av beslut att inte lämna ut uppgifter i ett kontrakt. Det rör sig om relativt få organ som har att tillämpa de nya bestämmelserna. Det stora flertalet av de upphandlande myndigheter och enheter som är privaträttsliga subjekt omfattas redan av offentlighetsprincipen enligt 2 kap. 3 och 4 §§ OSL. Beslut att inte lämna ut uppgifter i ett kontrakt får vidare endast fattas om kontraktet innehåller företagshemligheter. Det kan inte antas tillhöra vanligheterna att företagshemligheter tas in direkt i kontraktet och att avslagsbeslut därmed behöver meddelas. Prisbegränsningsbestämmelsen som föreslås torde innebära att domstolstvister som rör den upphandlande myndighetens eller enhetens prissättning vid utlämnande av kontrakt blir mycket sällsynta.

Förslaget om avslutande av avtal innebär att denna fråga regleras i avtalen. En sådan ordning kan, om något, antas leda till en minskning av antalet tvister som rör möjligheten att avsluta ett avtal.

Förslaget om ändringar i lagen om läkarvårdsersättning och lagen om ersättning för fysioterapi bedöms inte ha annat än marginella konsekvenser för den offentliga förvaltningen.

Förslagen bedöms inte ha några konsekvenser för den offentliga servicen i olika delar av landet, jämställdheten mellan kvinnor och män eller för möjligheterna att nå de integrationspolitiska målen. Förslagen leder inte till ökade kostnader för företagen.

8 Författningskommentar

8.1 Förslaget till lag om ändring i lagen (0000:000) om offentlig upphandling

12 kap.

Tillgång till kontrakt

20 § En upphandlande myndighet ska till den som begär det lämna ut en kopia av det kontrakt som bevaras enligt 19 § andra stycket.

Om det skulle medföra skada för leverantören eller den upphandlande myndigheten i konkurrenshänseende att viss information om affärs- eller driftförhållanden i leverantörens eller myndighetens rörelse röjs, får den informationen inte lämnas ut.

Paragrafen är ny och genomför artikel 83.6 andra stycket i LOU-direktivet. Bestämmelsen saknar motsvarighet i LOU. Övervägandena finns i avsnitt 4.

Bestämmelsen träffar privaträttsliga subjekt som definieras som upphandlande myndigheter enligt 1 kap. 13 och 16 §§ men som inte omfattas av bestämmelserna i tryckfrihetsförordningen, förkortad TF, offentlighets- och sekretesslagen (2009:400), förkortad OSL, och arkivlagen (1990:782). Att upphandlande myndigheter som omfattas av offentlighetsprincipen är skyldiga att lämna ut kontrakt som utgör allmänna handlingar följer i stället av TF. Enligt 19 § andra stycket ska en upphandlande myndighet som inte omfattas av arkivlagen bevara det kontrakt som har ingåtts efter tilldelning. Kontraktet ska bevaras åtminstone under sin löptid.

Enligt *första stycket* gäller en ovillkorlig skyldighet att lämna ut en kopia av kontraktet. Sådana uppgifter i kontraktet som inte får lämnas ut enligt *andra stycket* ska således maskeras vid utlämnandet (jfr 23 §).

Av *andra stycket* följer att företagshemligheter i ett kontrakt inte får lämnas ut vid ett utlämnande enligt *första stycket*. Formuleringen i *andra stycket* anknyter till definitionen av en företagshemlighet i 1 § lagen (1990:409) om skydd för företagshemligheter.

21 § En begäran om att få tillgång till ett kontrakt ska behandlas skyndsamt.

En upphandlande myndighet får inte ta mer betalt för att lämna ut ett kontrakt än den avgift som en statlig myndighet skulle få ta ut för att lämna ut en allmän handling av motsvarande slag.

Paragrafen är ny. Den saknar motsvarighet i LOU-direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 4.

Första stycket motsvarar vad som gäller vid utlämnande av allmän handling enligt offentlighetsprincipen, jfr 2 kap. 12 § tryckfrihetsförordningen.

Av *andra stycket* framgår att det inte får kosta mer att begära ut ett kontrakt enligt 20 § än att begära ut en allmän handling. I avgiftsförordningen (1992:191) finns bestämmelser som statliga myndigheter ska tillämpa när de tar ut avgifter för att lämna ut allmänna handlingar. En tvist om den upphandlande myndighetens prissättning vid utlämnandet av ett kontrakt kan prövas av allmän domstol.

22 § När en upphandlande myndighet handlägger ett ärende om att lämna ut ett kontrakt ska den tillämpa bestämmelserna om motivering av beslut och underrättelse om beslut i 20 och 21 §§ förvaltningslagen (1986:223).

Paragrafen är ny. Den saknar motsvarighet i LOU-direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 4.

Av bestämmelsen följer att den upphandlande myndigheten ska motivera beslut att inte lämna ut kontrakt. Myndigheten ska vidare underrätta sökanden om beslutet och lämna överklagandehänvisning.

23 § Ett beslut att inte lämna ut uppgifter i ett kontrakt får överklagas till den förvaltningsrätt i vars domkrets den upphandlande myndigheten har sin hemvist.

Prövningstillstånd krävs vid överklagande till kammarrätten.

Paragrafen är ny. Den saknar motsvarighet i LOU-direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 4.

I lagen (1986:1142) om överklagande av beslut av enskilda organ med offentliga förvaltningsuppgifter regleras hur beslut överklagas, överklagandetiden, rättidsprövning och avvisning av för sent inkomna överklaganden. Överklagandet ska ges in till förvaltningsrätten, som prövar om det har kommit in i rätt tid. Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom tre veckor från den dag då klaganden fick del av beslutet.

17 kap.

Avslutande av kontrakt och ramavtal

15 § Den upphandlande myndigheten ska se till att kontrakt och ramavtal innehåller villkor som gör det möjligt att avsluta kontraktet eller ramavtalet, om

- 1. det har varit föremål för en ändring som inte är tillåten enligt 7–12 §§,*
- 2. leverantören vid tidpunkten för beslutet att tilldela kontraktet eller att ingå ramavtalet befann sig i någon av de situationer som avses i 13 kap. 1 § och därför borde ha uteslutits från upphandlingen, eller*
- 3. Europeiska unionens domstol i ett förfarande enligt artikel 258 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt finner att Sverige, genom att låta den upphandlande myndigheten ingå kontraktet eller ramavtalet, allvarligt har åsidosatt sina skyldigheter enligt fördraget avseende Europeiska unionen, fördraget om Europeiska unionens funktionssätt eller Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG.*

Paragrafen är ny och genomför artikel 73 i LOU-direktivet. Bestämmelsen saknar motsvarighet i LOU. Övervägandena finns i avsnitt 5.

Enligt bestämmelsen ska den upphandlande myndigheten se till att vissa kontrakt som har tillkommit i strid mot LOU-direktivet kan avslutas. Det är en fråga för parterna att närmare reglera hur avtalet ska avslutas och vad konsekvenserna av detta ska vara. Inget hindrar att parterna kommer överens om att andra situationer kan utgöra grund för att avtalet avslutas.

En ändring enligt *första punkten* är en ändring som skulle ha krävt ett nytt upphandlingsförfarande. Ändringen av kontraktet eller ramavtalet utgör med andra ord en otillåten direktupphandling.

I *andra punkten* regleras situationen att någon obligatorisk uteslutningsgrund enligt 13 kap. 1 § var tillämplig vid tidpunkten för beslutet att tilldela kontraktet eller att ingå ramavtalet. De situationer som avses är att leverantören enligt en dom som vunnit laga kraft dömts för viss allvarlig brottslighet, t.ex. brott som innefattar bestickning, bedrägeri, penningtvätt, finansiering av terrorism, terroristbrott eller människohandel.

I *tredje punkten* regleras situationen att EU-domstolen, efter en fördragsbrottstalan av kommissionen, fastställer att Sverige har brutit mot EU-fördraget, EUF-fördraget och LOU-direktivet genom att låta den upphandlande myndigheten ingå kontraktet eller ramavtalet.

19 kap.

Tillgång till kontrakt

31 a § En upphandlande myndighet ska till den som begär det lämna ut en kopia av det kontrakt som bevaras enligt 31 § andra stycket.

Om det skulle medföra skada för leverantören eller den upphandlande myndigheten i konkurrenshänseende att viss information om affärs- eller driftförhållanden i leverantörens eller myndighetens rörelse röjs, får den informationen inte lämnas ut.

I fråga om utlämnande av ett kontrakt tillämpas 12 kap. 21–23 §§.

Paragrafen är ny. Den saknar motsvarighet i LOU-direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 4.

Bestämmelserna i 19 kap. gäller vid upphandling under tröskelvärdena samt vid upphandling av sociala tjänster och andra särskilda tjänster.

Första och andra styckena motsvarar 12 kap. 20 §, se kommentaren till den bestämmelsen.

8.2 Förslaget till lag om ändring i lagen (0000:000) om upphandling inom försörjningssektorerna

12 kap.

Tillgång till kontrakt

21 § En upphandlande enhet ska till den som begär det lämna ut en kopia av det kontrakt som bevaras enligt 20 § andra stycket.

Om det skulle medföra skada för leverantören eller den upphandlande enheten i konkurrenshänseende att viss information om affärs- eller driftförhållanden i leverantörens eller enhetens rörelse röjs, får den informationen inte lämnas ut.

Paragrafen är ny och genomför artikel 90.6 andra stycket i LUF-direktivet. Bestämmelsen saknar motsvarighet i LUF. Övervägandena finns i avsnitt 4.

Paragrafen motsvarar 12 kap. 20 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den bestämmelsen.

22 § En begäran om att få tillgång till ett kontrakt ska behandlas skyndsamt.

En upphandlande enhet får inte ta mer betalt för att lämna ut ett kontrakt än den avgift som en statlig myndighet skulle få ta ut för att lämna ut en allmän handling av motsvarande slag.

23 § När en upphandlande enhet handlägger ett ärende om att lämna ut ett kontrakt ska den tillämpa bestämmelserna om motivering av beslut och underrättelse om beslut i 20 och 21 §§ förvaltningslagen (1986:223).

24 § Ett beslut att inte lämna ut uppgifter i ett kontrakt får överklagas till den förvaltningsrätt i vars domkrets den upphandlande enheten har sin hemvist.

Prövningstillstånd krävs vid överklagande till kammarrätten.

Paragraferna 22–24 är nya. De saknar motsvarighet i LUF-direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 4.

Paragraferna motsvarar 12 kap. 21–23 §§ i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentarerna till dessa bestämmelser.

16 kap.

Avslutande av kontrakt och ramavtal

15 § Den upphandlande enheten ska se till att kontrakt och ramavtal innehåller villkor som gör det möjligt att avsluta kontraktet eller ramavtalet, om

1. det har varit föremål för en ändring som inte är tillåten enligt 7–12 §§,
2. leverantören vid tidpunkten för beslutet att tilldela kontraktet eller att ingå ramavtalet befann sig i någon av de situationer som avses i 13 kap. 1 § och borde ha utesluts från upphandlingen enligt den bestämmelsen, eller
3. Europeiska unionens domstol i ett förfarande enligt artikel 258 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt finner att Sverige, genom att låta den upphandlande enheten ingå kontraktet eller ramavtalet, allvarligt har åsidosatt sina skyldigheter enligt fördraget avseende Europeiska unionen, fördraget om Europeiska unionens funktionssätt eller Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/25/EU av den 26 februari 2014 om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster och om upphävande av direktiv 2004/17/EG.

Paragrafen är ny och genomför artikel 91 i LUF-direktivet. Bestämmelsen saknar motsvarighet i LUF. Övervägandena finns i avsnitt 5.

Paragrafen motsvarar 17 kap. 15 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den bestämmelsen. *Andra punkten* har dock en något annorlunda lydelse. Det hänger samman med att 13 kap. 1 § om obligatorisk uteslutning av leverantörer endast gäller för upphandlande enheter som är upphandlande myndigheter. Andra punkten är således inte tillämplig för upphandlande enheter som inte är upphandlande myndigheter.

19 kap.

Tillgång till kontrakt

31 a § En upphandlande enhet ska till den som begär det lämna ut en kopia av det kontrakt som bevaras enligt 31 § andra stycket.

Om det skulle medföra skada för leverantören eller den upphandlande enheten i konkurrenshänseende att viss information om affärs- eller driftförhållanden i leverantörens eller enhetens rörelse röjs, får den informationen inte lämnas ut.

I fråga om utlämnande av ett kontrakt tillämpas 12 kap. 22–24 §§.

Paragrafen är ny. Den saknar motsvarighet i LUF-direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 4.

Paragrafen motsvarar 19 kap. 31 a § i den nya lagen om offentlig upphandling.

8.3 Förslaget till lag om ändring i lagen (0000:000) om upphandling av koncessioner

1 kap.

2 § I detta kapitel finns definitioner av begrepp som används i lagen.

Det finns definitioner och förklaringar också i andra kapitel. Bestämmelser om betydelsen av följande begrepp, termer och uttryck finns i nedan angivna paragrafer:

Anknutet företag i 3 kap. 22 §

CPV-nomenklaturen i 4 kap. 8 §

Delbara respektive odelbara blandade kontrakt i 2 kap. 4 §

Direktupphandling i 15 kap. 5 a §

Interna koncessioner i 3 kap. 13–17 §§

Leverantör av medietjänster i 3 kap. 29 §.

Paragrafen är ändrad. Av ändringen framgår att begreppet direktupphandling definieras i 15 kap. 5 a §.

10 kap.

16 § 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, sådana dokument som avses i 15 § och liknande handlingar. *Handlingarna ska bevaras minst fyra år från den dag då koncessionen tilldelades.*

En upphandlande myndighet eller enhet som inte omfattas av arkivlagen ska även bevara det kontrakt som har ingåtts efter tilldelning av en koncession enligt denna lag. Kontraktet ska bevaras åtminstone under sin löptid.

Paragrafen är ändrad. Andra stycket är nytt. Stycket saknar motsvarighet i LUK-direktivet. Det tidigare andra stycket är numera andra meningen i första stycket. Övervägandena finns i avsnitt 4.

Andra stycket motsvarar 12 kap. 19 § andra stycket i den nya lagen om offentlig upphandling och 12 kap. 20 § andra stycket i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna.

Tillgång till kontrakt

17 § En upphandlande myndighet eller enhet ska till den som begär det lämna ut en kopia av det kontrakt som bevaras enligt 16 § andra stycket.

Om det skulle medföra skada för leverantören eller den upphandlande myndigheten eller enheten i konkurrenshänseende att viss information om affärs- eller driftförhållanden i leverantörens eller myndighetens eller enhetens rörelse röjs, får den informationen inte lämnas ut.

18 § En begäran om att få tillgång till ett kontrakt ska behandlas skyndsamt.

En upphandlande myndighet eller enhet får inte ta mer betalt för att lämna ut ett kontrakt än den avgift som en statlig myndighet skulle få ta ut för att lämna ut en allmän handling av motsvarande slag.

19 § När en upphandlande myndighet eller enhet handlägger ett ärende om att lämna ut ett kontrakt ska den tillämpa bestämmelserna om motivering av beslut och underrättelse om beslut i 20 och 21 §§ förvaltningslagen (1986:223).

20 § Ett beslut att inte lämna ut uppgifter i ett kontrakt får överklagas till den förvaltningsrätt i vars domkrets den upphandlande myndigheten eller enheten har sin hemvist.

Prövningstillstånd krävs vid överklagande till kammarrätten.

Paragraferna 17–20 är nya. De saknar motsvarighet i LUK-direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 4.

Paragraferna motsvarar 12 kap. 20–23 §§ i den nya lagen om offentlig upphandling och 12 kap. 21–24 §§ i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna, se kommentarerna till bestämmelserna i den förstnämnda lagen.

14 kap.

Avslutande av koncessioner

14 § Den upphandlande myndigheten eller enheten ska se till att kontrakt som avser koncessioner innehåller villkor som gör det möjligt att avsluta koncessionen, om

- 1. den har varit föremål för en ändring som inte är tillåten enligt 6–11 §§,*
- 2. leverantören vid tidpunkten för beslutet att tilldela koncessionen befann sig i någon av de situationer som avses i 11 kap. 1 § och borde ha uteslutits från upphandlingen enligt den bestämmelsen, eller*
- 3. Europeiska unionens domstol i ett förfarande enligt artikel 258 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt finner att Sverige, genom att låta den upphandlande myndigheten eller enheten tilldela koncessionen, allvarligt har åsidosatt sina skyldigheter enligt fördraget avseende Europeiska unionen, fördraget om Europeiska unionens funktionssätt eller Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/23/EU av den 26 februari 2014 om tilldelning av koncessioner.*

Paragrafen är ny och genomför artikel 44 i LUK-direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 5.

Paragrafen motsvarar 17 kap. 15 § i den nya lagen om offentlig upphandling, se kommentaren till den bestämmelsen. *Andra punkten* har dock en något annorlunda lydelse. Det hänger samman med att 11 kap. 1 § om obligatorisk uteslutning av leverantörer endast gäller för upphandlande myndigheter och vissa upphandlande enheter. Andra punkten är således inte tillämplig för samtliga upphandlande enheter.

15 kap.

5 § En upphandlande myndighet eller enhet som avser att tilldela en koncession enligt detta kapitel, ska publicera en förhandsannons om upphandlingen i en elektronisk databas, som är allmänt tillgänglig. *Detta gäller dock inte vid direktupphandling enligt 5 a §.*

Vid upphandling av koncessioner som avser sociala tjänster eller andra särskilda tjänster i bilaga 3 tillämpas bestämmelserna om annonsering i 8 kap. 2

och 6 §§, om värdet av koncessionen uppgår till minst det tröskelvärde som avses i 5 kap.

Paragrafen är ändrad. Ändringen saknar motsvarighet i LUK-direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 3.

Genom ett tillägg i *första stycket* framgår att direktupphandling är undantagen från kravet på förhandsannonsering.

Direktupphandling

5 a § En koncession får tilldelas utan förhandsannonsering enligt 5 § första stycket (direktupphandling), om

1. värdet av koncessionen beräknas understiga fem procent av det tröskelvärde som gäller enligt 5 kap.,

2. förutsättningarna för upphandling utan föregående annonsering enligt 8 kap. 3–5 §§ är uppfyllda, eller

3. det finns synnerliga skäl.

Den upphandlande myndigheten eller enheten ska besluta riktlinjer för användning av direktupphandling.

Paragrafen är ny. Den saknar motsvarighet i LUK-direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 3.

Av *första stycket* framgår att en direktupphandling är en upphandling som genomförs utan förhandsannonsering enligt 5 § första stycket. Sådan upphandling som avses i 5 § andra stycket ska alltid förhandsannonseras enligt 8 kap. 2 §.

I *första punkten* regleras beloppsgränsen för direktupphandling. Tröskelvärdena tillkännages av regeringen i euro och svenska kronor. Fem procent av tröskelvärdet motsvarar för närvarande 259 300 euro (exklusive mervärdesskatt). I 5 b § finns bestämmelser om beräkningen av en koncessions värde i samband med direktupphandling.

Av *andra punkten* framgår att direktupphandling är tillåten, om omständigheterna är sådana att det hade varit tillåtet med upphandling utan annonsering på det direktivstyrda området. I 8 kap. 3 § regleras vissa situationer där det redan från början står klart att ett offentliggörande av upphandlingen inte kommer att leda till ökad konkurrens. I dessa fall finns det objektivt sett endast en leverantör som kan utföra koncessionen, t.ex. på grund av ensamrätt. I 8 kap. 4 § regleras situationen att det efter annonsering inte har kommit in några anbudsansökningar eller anbud eller några lämpliga anbudsansökningar eller anbud. I 8 kap. 5 § anges när anbudsansökningar och anbud ska anses vara olämpliga. Bestämmelsen är dock inte uttömmande. Det är ytterst en fråga för rättstillämpningen att ta ställning till i vilka fall anbudsansökningar och anbud ska anses vara olämpliga (se avsnitten 12.1.3 och 18.3.1 i lagrådsremissen Nytt regelverk om upphandling).

Synnerliga skäl enligt *tredje punkten* är framför allt akut brådska orsakad av omständigheter som inte har kunnat förutses och inte heller beror på den upphandlande myndigheten eller enheten (jfr prop. 2001/02:142 s. 99). Som grundförutsättning för synnerliga skäl gäller alltid att det är absolut nödvändigt att genomföra upphandlingen (jfr förutsättningarna för förhandlat förfarande utan föregående annonsering vid synnerlig brådska enligt 6 kap. 15 § i den nya lagen om

offentlig upphandling och 6 kap. 9 § i den nya lagen om upphandling inom försörjningssektorerna). Det är den upphandlande myndigheten eller enheten som har bevisbördan för att det finns synnerliga skäl.

Enligt *andra stycket* ska den upphandlande myndigheten eller enheten besluta riktlinjer för användning av direktupphandling. Kravet på riktlinjer syftar till att värna konkurrensen (jfr prop. 2013/14:133 s. 26 ff.). Riktlinjerna bör innehålla närmare regler om beloppsgränser för konkurrensutsättning m.m. Riktlinjerna bör vidare klargöra att en direktupphandling som har ett bestämt gränsoverskridande intresse ska offentliggöras.

Paragrafen motsvarar i huvudsak 19 kap. 7 § tredje stycket i de nya lagarna om offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna.

5 b § Vid beräkningen av värdet av en koncession gäller bestämmelserna i 5 kap. 2–5 §§. Valet av metod för beräkningen får inte göras i avsikt att undvika att bestämmelsen om förhandsannonsering i 5 § första stycket blir tillämplig. En koncession får inte heller delas upp i avsikt att undvika att den bestämmelsen blir tillämplig.

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

Paragrafen är ny. Den saknar motsvarighet i LUK-direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 3.

Bestämmelsen innehåller regler om beräkningen av en koncessions värde i samband med direktupphandling. Syftet med bestämmelsen är att förhindra kringgående av bestämmelsen om förhandsannonsering i 5 § första stycket.

Av *första stycket* framgår att beräkningen av en koncessions värde i relation till direktupphandlingsgränsen ska göras på samma sätt som beräkningen av en koncessions värde i relation till tröskelvärdet. Av stycket framgår vidare att valet av beräkningsmetod inte får göras i syfte att kringgå kravet på förhandsannonsering (jfr 5 kap. 6 § på det direktivstyrda området). En koncession får inte heller delas upp i syfte att kringgå detta krav (jfr 5 kap. 7 § på det direktivstyrda området).

Andra stycket motsvarar vad som gäller vid direktupphandling enligt LOU och LUF (jfr prop. 2009/10:180 del 1 s. 292 ff. och 345). Begreppet ”av samma slag” bör tolkas med ledning från hur begreppet tolkats vid direktupphandling enligt LOU och LUF. Tolkningen är ytterst en fråga för rättstillämpningen.

Paragrafen motsvarar i huvudsak 19 kap. 8 § i de nya lagarna om offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna.

6 § Vid upphandling enligt detta kapitel som annonserats enligt 5 § första stycket eller 8 kap. 2 § ska den upphandlande myndigheten eller enheten snarast möjligt skriftligen underrätta anbudssökandena och anbudsgivarna om sådana beslut som avses i 10 kap. 12 § och lämna sådana upplysningar som avses i 10 kap. 13 §.

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

Paragrafen är ändrad. Ändringen saknar motsvarighet i LUK-direktivet. Andra stycket är nytt. Övervägandena finns i avsnitt 3.

Bestämmelsen avser information till leverantörer i samband med tilldelningen av ett kontrakt. Genom en ändring i *första stycket* framgår att stycket endast reglerar upphandling som annonserats. I *andra stycket* regleras information till leverantörer vid direktupphandling.

Paragrafen motsvarar 19 kap. 29 § första och andra styckena i de nya lagarna om offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna.

8 § När en upphandling enligt detta kapitel 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, sådana dokument som avses i 7 § och liknande handlingar. *Handlingarna ska bevaras minst fyra år från den dag då koncessionen tilldelades.*

En upphandlande myndighet eller enhet som inte omfattas av arkivlagen ska även bevara det kontrakt som har ingåtts efter tilldelning av en koncession enligt detta kapitel. Kontraktet ska bevaras åtminstone under sin löptid.

Paragrafen är ändrad. Andra stycket är nytt. Stycket saknar motsvarighet i LUK-direktivet. Det tidigare andra stycket är numera andra meningen i första stycket. Övervägandena finns i avsnitt 4.

Andra stycket motsvarar 19 kap. 31 § andra stycket i de nya lagarna om offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna.

Tillgång till kontrakt

8 a § *En upphandlande myndighet eller enhet ska till den som begär det lämna ut en kopia av det kontrakt som bevaras enligt 8 § andra stycket.*

Om det skulle medföra skada för leverantören eller den upphandlande myndigheten eller enheten i konkurrenshänseende att viss information om affärs- eller driftförhållanden i leverantörens eller myndighetens eller enhetens rörelse röjs, får den informationen inte lämnas ut.

I fråga om utlämnande av ett kontrakt tillämpas 10 kap. 18–20 §§.

Paragrafen är ny. Den saknar motsvarighet i LUK-direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 4.

Paragrafen motsvarar 19 kap. 31 a § i de nya lagarna om offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna.

16 kap.

1 § Om en upphandlande myndighet eller enhet är skyldig att skicka en underrättelse om tilldelningsbeslut enligt 10 kap. 12 § eller 15 kap. 6 § *första stycket* och underrättelsen har skickats med ett elektroniskt medel, får den upphandlande myndigheten eller enheten inte ingå avtal (avtalsspärr) förrän 10 dagar har gått från det att underrättelsen skickades.

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

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

Paragrafen är ändrad. Ändringen saknar motsvarighet i LUK-direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 3.

Genom ett tillägg i *första stycket* framgår att avtalsspärren inte gäller vid direktupphandling.

Paragrafen motsvarar 20 kap. 1 § i de nya lagarna om offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna.

2 § Avtalsspärr gäller inte

1. vid tilldelning av kontrakt efter upphandling utan föregående annonsering med stöd av 8 kap. 3 och 4 §§, eller

2. vid direktupphandling enligt 15 kap. 5 a §.

Paragrafen är ändrad. Ändringen saknar motsvarighet i LUK-direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 3.

Av ändringen framgår att avtalsspärren inte gäller vid direktupphandling, jfr 20 kap. 2 § i de nya lagarna om offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna.

13 § Rätten ska besluta att ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet eller enhet och en leverantör är ogiltigt, om avtalet har slutits utan föregående annonsering enligt 8 kap. 1 eller 2 § eller 15 kap. 5 §.

Ett avtal ska också förklaras ogiltigt, om det har slutits i strid med bestämmelserna om avtalsspärr i 1, 3 eller 8 §, ett interimistiskt beslut enligt 9 § eller tiodagarsfristen i 10 § eller om avtalet har slutits före en underrättelse om tilldelningsbeslut enligt 10 kap. 12 § första stycket eller 15 kap. 6 § *första stycket*. För ogiltighet i sådana fall krävs dessutom att de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § eller någon annan bestämmelse i denna lag har överträtts och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

Paragrafen är ändrad. Ändringen saknar motsvarighet i LUK-direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 3.

Av en ändring i *andra stycket* framgår att överprövning av ett avtals giltighet enligt stycket inte kan ske vid direktupphandling. Bestämmelsen om ogiltighet anknyter i denna del till bestämmelserna om avtalsspärr. Syftet är att avtalsspärren inte ska kunna kringgå genom att kontraktet ingås redan före underrättelsen till leverantörerna. Vid direktupphandling gäller inte någon avtalsspärr. Ett avtal som har tilldelats efter direktupphandling kan förklaras ogiltigt enligt första stycket, om förutsättningarna för direktupphandling enligt 15 kap. 5 a § inte har varit uppfyllda.

Paragrafen motsvarar i huvudsak 20 kap. 13 § i de nya lagarna om offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna.

8.4 Förslaget till lag om ändring i lagen (0000:000) om ändring i lagen (1993:1651) om läkarvårdsersättning

5 g § Bestämmelserna om avtalsspärr, överprövning och skadestånd i 20 kap. 1 §, 4–12, 14, 16 och 18–21 §§ lagen (0000:000) om offentlig upphandling gäller i fråga om ersättningsetablering enligt denna lag. Vad som sägs där om upphandlande myndighet, kontrakt, upphandling samt leverantör eller anbudsgivare ska i stället avse landsting, samverkansavtal, förfarande om ersättningsetablering respektive sökande.

Hänvisningarna i 20 kap. 1 § första stycket lagen om offentlig upphandling till underrättelse enligt 12 kap. 13 § första stycket eller 19 kap. 29 § första stycket ska vid tillämpningen av denna lag i stället avse underrättelse enligt 5 f § denna lag.

Hänvisningarna i 20 kap. 6 § första stycket och 20 § lagen om offentlig upphandling till andra bestämmelser i den lagen ska vid tillämpningen av denna lag i stället avse 5 b–5 f §§ denna lag.

Hänvisningarna i 20 kap. 7, 14 och 21 §§ lagen om offentlig upphandling till 13–15 §§ samma kapitel ska vid tillämpningen av denna lag i stället avse 5 h § denna lag.

Genom ändringarna har hänvisningarna i *första stycket* utökats med en hänvisning till 8 § i den nya lagen om offentlig upphandling om förlängd avtalsspärr i förvaltningsrätt. Hänvisningarna har också utökats med en hänvisning till 10 § första stycket med ytterligare bestämmelser om förlängd avtalsspärr. Paragrafen kommer därmed att hänvisa till hela 10 §. Vidare har vissa bestämmelser beträffande ogiltighet av avtal, 4 § 2, 7, 14 och 16 §§, lagts till. Enligt 4 § 2 får allmän förvaltningsdomstol överpröva giltigheten av ett avtal efter ansökan av en leverantör. Hänvisningen till 4 § 2 medför att paragrafen kommer att hänvisa till hela 4 §. Enligt 7 § får rätten på yrkande av leverantören överpröva ett avtals giltighet som i strid mot reglerna om avtalsspärr slutits under pågående överprövning. Enligt 14 § ska rätten besluta att avtalet får bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse, trots att förutsättningarna för ogiltighet är uppfyllda.

Fjärde stycket är nytt och anger att hänvisningarna i 20 kap. 7, 14 och 21 §§ LOU till 13–15 §§ om ogiltighet av avtal vid tillämpningen av denna lag ska avse 5 h §.

Övervägandena finns i avsnitt 6.

5 h § Vid en ansökan enligt 20 kap. 4 § 2 lagen (0000:000) om offentlig upphandling ska rätten besluta att ett samverkansavtal som slutits i samband med en ersättningsetablering är ogiltigt om det slutits utan föregående annonsering enligt 5 b §.

Ett sådant samverkansavtal ska också förklaras ogiltigt om det slutits i strid med tillämpliga bestämmelser om överprövning eller avtalsspärr enligt 5 g § eller före en underrättelse enligt 5 f §. För ogiltighet i sådana fall krävs dessutom att de grundläggande principerna i 5 c § har överträtts och detta har medfört att en sökande har lidit eller kan komma att lida skada.

En ansökan om överprövning enligt första eller andra stycket ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom sex månader från det att avtalet slöts eller innan 30 dagar gått från det att landstinget skriftligen har underrättat sökandena om att samverkansavtal har slutits.

Paragrafen är ny och innehåller bestämmelser om överprövning av giltigheten av ett samverkansavtal som kompletterar de bestämmelser i LOU som 5 g § hänvisar till. Bestämmelsen innebär att ett samverkansavtal som slutits utan att bestämmelserna om annonsering, överprövning eller underrättelse iakttagits kan ogiltigförklaras.

Av *första stycket* framgår att om samverkansavtalet slutits utan föregående annonsering ska rätten besluta att det är ogiltigt.

Av *andra stycket* följer att om samverkansavtalet slutits i strid med bestämmelserna om överprövning eller underrättelse krävs det för att samverkansavtalet ska förklaras ogiltigt dessutom att landstinget överträtt de grundläggande principerna i 5 c § och att detta medfört att sökanden lidit skada.

I *tredje stycket* anges tidsfristen för att ansöka om ogiltighet av ett samverkansavtal, som normalt är sex månader. Om en sökande emellertid har underrättats skriftligen om att samverkansavtal ingåtts med en annan sökande så är fristen att ansöka om ogiltighet av avtalet 30 dagar från det att sökanden underrättats. Den senare regeln möjliggör för landstinget att genom en underrättelse till de sökande som man inte tecknat samverkansavtal med förkorta tiden inom vilken en ogiltighetstalan kan väckas.

Övervägandena finns i avsnitt 6.

8.5 Förslaget till lag om ändring lagen (0000:000) om ändring i lagen (1993:1652) om ersättning för fysioterapi

5 g § Bestämmelserna om avtalsspärr, överprövning och skadestånd i 20 kap. 1 §, 4–12, 14, 16 och 18–21 §§ lagen (0000:000) om offentlig upphandling gäller i fråga om ersättningsetablering enligt denna lag. Vad som sägs där om upphandlande myndighet, kontrakt, upphandling samt leverantör eller anbudsgivare ska i stället avse landsting, samverkansavtal, förfarande om ersättningsetablering respektive sökande.

Hänvisningarna i 20 kap. 1 § första stycket lagen om offentlig upphandling till underrättelse enligt 12 kap. 13 § första stycket eller 19 kap. 29 § första stycket ska vid tillämpningen av denna lag i stället avse underrättelse enligt 5 f § denna lag.

Hänvisningarna i 20 kap. 6 § första stycket och 20 § lagen om offentlig upphandling till andra bestämmelser i den lagen ska vid tillämpningen av denna lag i stället avse 5 b–5 f §§ denna lag.

Hänvisningarna i 20 kap. 7, 14 och 21 §§ lagen om offentlig upphandling till 13–15 §§ samma kapitel ska vid tillämpningen av denna lag i stället avse 5 h § denna lag.

5 h § Vid en ansökan enligt 20 kap. 4 § 2 lagen om offentlig upphandling ska rätten besluta att ett samverkansavtal som slutits i samband med en ersättningsetablering är ogiltigt om det slutits utan föregående annonsering enligt 5 b §.

Ett sådant samverkansavtal ska också förklaras ogiltigt om det slutits i strid med tillämpliga bestämmelser om överprövning eller avtalsspärr enligt 5 g § eller innan underrättelse enligt 5 f § skett. För ogiltighet i sådana fall krävs

dessutom att de grundläggande principerna i 5 c § har överträtts och detta har medfört att en sökande har lidit eller kan komma att lida skada.

En ansökan om överprövning enligt första eller andra stycket ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom sex månader från det att avtalet slöts eller innan 30 dagar gått från det att landstinget skriftligen har underrättat sökandena om att samverkansavtal har sluitits.

Se kommentarerna till 5 g och 5 h §§ i lagen (1993:1651) om läkarvårdsersättning.