

Remitteringsmapp**Ärende: Remiss av promemorian Kompletterande
bestämmelser om upphandling**

Inkom till KF/KS kansli den 28 oktober 2015

För yttrande senast: 26 november 2015

För yttrande senast: 3 december 2015 (SLK)

Stadsdelsnämnderna	Facknämnderna	Övriga
	Service nämnden	Stadshus AB
	Socialnämnden	SLK
	Stadsbyggnadsnämnden	
	Trafiknämnden	

<input checked="" type="checkbox"/> EK	<input type="checkbox"/> EK
Dnr: T2015-02813:1	
Aktörnamn	
Avslutat	
INKOM	2015-10-29
<input type="checkbox"/>	
Avslutad S	Byrå/ Enhet
Hi	Sign

Till berörd remissinstans

Angående remissen om Remiss av promemorian Kompletterande bestämmelser om upphandling

Detta gäller remissvar på "Remiss av promemorian
Kompletterande bestämmelser om upphandling"
Dnr: 110-1649/2015

Remisstiden sträcker sig till den 26 november 2015, vilket vi ber er respektera. Om det av några skäl inte är möjligt för er att inkomma med svar inom utsatt tid måste en kontakt tas med den för ärendet ansvariga personen på roteln.

Ansvarig handläggare/borgarrådssekreterare på Finansroteln är Karin Kolk, tfn 076-122 92 31.

Remissvar skickas till:

- Finansroteln i **digital form (word/excel)**. Ange KS:s diarienummer som namn på ärenderubrik. Ex: KS 314-331-2004
- KF/KS kansli i **pappersform**.

Bilägg **inte** remissunderlaget. Det finns redan diariefört i kommunstyrelsens diarium.

Häfta **inte** ihop handlingarna.

Adresserna är följande:

Rotelns e-post: Funktion SLK RI-remissvar eller
RI-remissvar.SLK@stockholm.se

KF/KS kansli, Stadshuset, 105 35 STOCKHOLM

Med vänliga hälsningar

Finansroteln

Funktion TK Trafikkontoret

Från: Remiss TK Trafiknamnden
Skickat: den 29 oktober 2015 08:45
Till: Funktion TK Trafikkontoret
Ämne: FW: Ärende/handling från diariet
Bifogade filer: Remiss av promemorian Kompletterande bestämmelser om upphandling.docx; 1649.pdf

From: Karin Kolk

Sent: Thursday, October 29, 2015 8:44:31 AM (UTC+01:00) Amsterdam, Berlin, Bern, Rome, Stockholm, Vienna

To: Remiss TK Trafiknamnden; Remiss SBK Forv-Stadsbyggnadsnamnden; Remiss SRV-Servicenämnden; Remiss STADSHUSAB - Stockholms Stadshus AB; Funktion SOF Remiss socialnämnden

Subject: Ärende/handling från diariet

Hej,

Ni har fått detta ärende för handläggning.

Skickat av: Karin Kolk (AB15705)

Diarienummer: 001649/2015

Ärendebeskrivning: Remiss av promemorian Kompletterande bestämmelser om upphandling

Hör gärna av er om ni har några frågor.

Hälsningar,

Karin Kolk, borgarrådssekreterare
Stadsledningskontoret, Finansroteln
Ragnar Östbergs plan 1, 3 tr., 105 35 Stockholm
Telefon: 076-122 92 31
E-post: karin.kolk@stockholm.se



REGERINGSKANSLIET

Remiss

2015-10-23

Fi2015/04904/UR

Finansdepartementet

Enheten för upphandlingsrätt

STOCKHOLMS STAD	
Kommunstyrelsen	
Registraturet	
Ink.	2015-10-28
Dnr.	110-1649/2015
FB:	RJ

Remiss av promemorian Kompletterande bestämmelser om upphandling

1. Svea hovrätt
2. Östersunds tingsrätt
3. Kammarrätten i Göteborg
4. Kammarrätten i Stockholm
5. Förvaltningsrätten i Härnösand
6. Förvaltningsrätten i Malmö
7. Domstolsverket
8. Kriminalvården
9. Kommerskollegium
10. Försvarets materielverk (FMV)
11. Socialstyrelsen
12. Försäkringskassan
13. Arbetsgivarverket
14. Ekonomistyrningsverket (ESV)
15. Skatteverket
16. Kronofogdemyndigheten
17. Kammarkollegiet
18. Stockholms universitet (Juridiska fakulteten)
19. Naturvårdsverket
20. Sveriges meteorologiska och hydrologiska institut (SMHI)
21. Trafikverket
22. Trafikanalys
23. Konkurrensverket
24. Upphandlingsmyndigheten
25. Arbetsförmedlingen
26. Diskrimineringsombudsmannen (DO)
27. Regelrådet
28. Gotlands kommun
29. Malmö kommun
30. Sandvikens kommun
31. Stockholms kommun
32. Umeå kommun

33. Skåne läns landsting
34. Stockholms läns landsting
35. Västerbottens läns landsting
36. Västra Götalands läns landsting
37. Sveriges Kommuner och Landsting (SKL)
38. SKL Kommentus
39. Göteborgs stad Upphandlings AB
40. Landsorganisationen i Sverige (LO)
41. Sveriges Akademikers Centralorganisation (SACO)
42. Tjänstemännens Centralorganisation (TCO)
43. Fysioterapeuterna
44. Almega
45. Företagarna
46. Svensk Energi
47. Svenskt Näringsliv
48. Sveriges Byggindustrier
49. Sveriges läkarförbund
50. Sveriges Television AB (SVT)
51. Sveriges advokatsamfund
52. Sveriges Offentliga Inköpare (SOI)
53. Sveriges Offentliga Leverantörer
54. ALMI Företagspartner AB
55. AB Svenska Spel
56. SOS Alarm Sverige AB
57. Konkurrenskommissionen

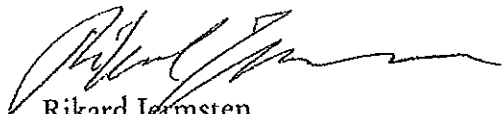
Remissvaren ska ha kommit in till Finansdepartementet senast den 23 december 2015. Svaren ska skickas i elektronisk form i såväl wordformat som pdf-format. Remissvaren ska skickas till följande e-postadresser: fi.registrator@regeringskansliet.se och fi.ur@regeringskansliet.se. Vänligen ange Finansdepartementets diarienummer i svaret.

I remissen ligger att regeringen vill ha synpunkter på förslagen eller materialet i promemorian. Om remissen är begränsad till en viss del av promemorian, anges detta inom parentes efter remissinstansens namn i remisslistan. En sådan begränsning hindrar givetvis inte att remissinstansen lämnar synpunkter också på övriga delar.

Myndigheter under regeringen är skyldiga att svara på remissen. En myndighet avgör dock på eget ansvar om den har några synpunkter att redovisa i ett svar. Om myndigheten inte har några synpunkter, räcker det att svaret ger besked om detta.

För andra remissinstanser innebär remissen en inbjudan att lämna synpunkter.

Råd om hur remissyttranden utformas finns i Statsrådsberedningens promemoria *Svara på remiss – hur och varför* (SB PM 2003:2). Den kan laddas ner från Regeringskansliets webbplats www.regeringen.se.



Rikard Jernsten
Expeditions- och rättschef

1000

(

(

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 domkreis 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 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.

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 §§.

2.3 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.

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

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.

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 ställig 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.

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

Genomförandeutredningen (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 flexiblare 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 iaktas. 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

Tröskelvärdet 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 tröskelvärdet. Det går därmed inte att presumera avsaknad av ett gränsöverskridande intresse enbart för att koncessionens värde understiger tröskelvärdet.

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. Tröskelvärdet 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 försörjningssektorerna.

Beloppsgränserna för direktupphandling av byggtreprenader enligt LOU och LUF motsvarar beloppsgränserna för direktupphandling av varor och tjänster, trots att tröskelvärdet 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 iakta 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/BRYR). 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 tjänstepupphandling 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 byggtreprenader 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 Nærings- og fiskeridepartement, Høringsnotat 4, Ny forskrift om tildeling av konsesjonskontrakter.

föresättningsarna 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, År 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 byggtreprenader 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 byggentreprenad 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