

En lag om upphandling av koncessioner

Slutbetänkande av Genomförandeutredningen

Stockholm 2014



STATENS OFFENTLIGA
UTREDNINGAR

SOU 2014:69

SOU och Ds kan köpas från Fritzes kundtjänst.
Beställningsadress: Fritzes kundtjänst, 106 47 Stockholm
Ordertelefon: 08-598 191 90
E-post: order.fritzes@nj.se
Webbplats: fritzes.se

För remissutsändningar av SOU och Ds svarar Fritzes Offentliga Publikationer
på uppdrag av Regeringskansliets förvaltningsavdelning.

Svara på remiss – hur och varför.

Statsrådsberedningen, SB PM 2003:2 (reviderad 2009-05-02)

En kort handledning för dem som ska svara på remiss. Häftet är gratis och kan laddas ner
som pdf från eller beställas på regeringen.se/remiss.

Layout: Kommittéservice, Regeringskansliet.

Omslag: Elanders Sverige AB.

Tryck: Elanders Sverige AB, Stockholm 2014.

ISBN 978-91-38-24174-5

ISSN 0375-250X

Till statsrådet Stefan Attefall

Regeringen beslutade den 27 september 2012 att tillkalla en särskild utredare med uppdrag att lämna förslag till hur vissa bestämmelser i förslaget till Europaparlamentets och rådets direktiv om offentlig upphandling (KOM(2011) 896) och förslaget till Europaparlamentets och rådets direktiv om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (KOM(2011) 895) bör genomföras i svensk rätt enligt den lydelse direktiven får när de har antagits. Vidare ska den särskilde utredaren analysera och ge förslag till hur samtliga bestämmelser i förslaget till Europaparlamentets och rådets direktiv om tilldelning av koncessioner (KOM(2011) 897) bör genomföras i svensk rätt enligt den lydelse direktivet får när det har antagits.

Den 27 september 2012 förordnades justitierådet Eskil Nord som särskild utredare. Som sekreterare anställdes kammarrättsrådet Mattias Almqvist fr.o.m. den 1 november 2012 och kammarrätts-assessorn Sofia Lönnberg fr.o.m. den 1 februari 2014.

Utredningen har antagit namnet Genomförandeutredningen.

Regeringen beslutade om precisering av och förlängd tid för uppdraget den 21 februari 2013, den 26 september 2013 och den 13 mars 2014. Utredningen överlämnade delbetänkandet Nya regler om upphandling (SOU 2014:51) i juli 2014.

Utredningen överlämnar härmed sitt slutbetänkande *En lag om upphandling av koncessioner (SOU 2014:69)*.

Uppdraget är härmed slutfört.

Stockholm i september 2014

Eskil Nord

/Mattias Almqvist
Sofia Lönnberg

Innehåll

Sammanfattning	9
1 Författningsförslag.....	13
1.1 Förslag till lag om upphandling av koncessioner	13
2 Utredningens uppdrag och arbete	87
2.1 Uppdraget.....	87
2.2 Utredningens arbete och arbetsmetod	88
2.2.1 Allmänna utgångspunkter	88
2.2.2 Slutbetänkandet	88
3 Bakgrund	91
4 Gällande rätt.....	95
4.1 Inledning.....	95
4.2 Byggkoncessioner	96
4.3 Tjänstekoncessioner	96
4.4 Principerna	98
4.5 Rättsmedel.....	99
5 Ny lagstiftning om upphandling av koncessioner.....	101
5.1 En särskild lag om upphandling av koncessioner.....	101
5.2 Tillämpningsområdet.....	103
5.2.1 Tjänstekoncessioner och byggkoncessioner.....	103

5.2.2	Upphandlande myndigheter och enheter	114
5.2.3	Reserverade koncessioner	116
5.2.4	Forsknings- och utvecklingstjänster	116
5.2.5	Icke direktivstyrda bestämmelser.....	118
5.3	Undantag från tillämpningsområdet	118
5.4	Blandade kontrakt	124
5.4.1	Blandade kontrakt som består av olika typer av koncessioner	125
5.4.2	Blandade kontrakt som omfattas av flera regelverk och som avser en verksamhet	126
5.4.3	Kontrakt som avser flera verksamheter	131
5.4.4	Delbara blandade kontrakt vars delar understiger tillämpliga tröskelvärden.....	132
5.4.5	Allmänt om LOU:s företrädare	133
6	Allmänna bestämmelser	135
6.1	Allmänna principer	135
6.2	Tröskelvärde och beräkning av en koncessions värde	136
6.3	Koncessioners varaktighet	139
6.4	Sekretess	141
6.5	Kommunikation.....	143
6.5.1	Elektronisk kommunikation	143
6.5.2	Elektronisk tillgång till koncessionsdokumenten....	146
6.5.3	Information till anbudssökande och anbudsgivare ..	151
6.6	Intressekonflikter	152
7	Upphandlingsförfarandet	155
7.1	Frihet att organisera förfarandet	155
7.2	Förfarandegarantier	156
7.3	Utlämnande av information under förfarandet	162
7.4	Tekniska krav och funktionskrav	162
7.5	Annonsering	164

7.6	Tidsfrister	169
7.7	Skäl för uteslutning av leverantörer	171
7.8	Val av leverantör.....	172
7.9	Koncessionstilldelning.....	173
8	Fullgörande av koncessioner	177
9	Regler för det ej direktivstyrda området och för sociala tjänster och andra särskilda tjänster	181
9.1	Inledning.....	181
9.2	Bör samma regler gälla för upphandlingar vars värden understiger tröskelvärdet och för upphandlingar som avser sociala tjänster eller andra särskilda tjänster?	182
9.3	Hur bör det nationella utrymmet utnyttjas vid genomförandet?	184
10	Rättsmedel, tillsyn och övervakning.....	191
11	Följdändringar	199
11.1	Hänvisningar till lagen om upphandling av koncessioner ...	199
11.2	Föreskrifter i förordning	202
12	Konsekvenser.....	205
13	Författningskommentar	209
13.1	Förslaget till lag om upphandling av koncessioner	209

Bilagor

Bilaga 1	Kommittédirektiv 2012:96.....	339
Bilaga 2	Kommittédirektiv 2013:21.....	355
Bilaga 3	Kommittédirektiv 2013:92.....	357
Bilaga 4	Kommittédirektiv 2014:38.....	361

Sammanfattning

I delbetänkandet, SOU 2014:51, redovisade Genomförandeutredningen författningsförslag som syftade till att genomföra delar av Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG samt 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. I departementspromemorian Nya regler om upphandling, Ds 2014:25, föreslås en ny lag om offentlig upphandling och en ny lag om upphandling inom försörjningssektorerna. I promemorian har Genomförandeutredningens författningsförslag införts i dessa nya lagar, som alltså utgör en sammanhållen version av det utredningsarbete som genomförts inom Regeringskansliet och av Genomförandeutredningen.

I utredningens uppdrag ingick även att överväga en lag om upphandling av koncessioner i enlighet med Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/23/EU av den 26 februari 2014 om tilldelning av koncessioner, vilket direktiv innehåller regler om tilldelning av byggkoncessioner och tjänstekoncessioner. I nu föreliggande slutbetänkande redovisar utredningen sitt förslag till en sådan lag.

Frågan om direktivreglering av förfarandet vid tilldelning av koncessioner har varit föremål för kommissionens överväganden under lång tid. Tidigare försök att åstadkomma sådana direktiv har inte kunnat slutföras. Först genom parlamentets och rådets beslut under våren 2014 föreligger ett sådant direktiv.

Direktivet omfattar tilldelning av både byggkoncessioner och tjänstekoncessioner. Det som är utmärkande för en koncession är att vederlaget för anskaffningen utgörs av rätten att utnyttja

byggnadsverket eller tjänsterna som är föremål för koncessionen eller av dels en sådan rätt, dels betalning. Det är alltså fråga om en överenskommelse med en leverantör om att denne får möjlighet att ta betalt för sin leverans genom att helt eller delvis få ersättning för den genom t.ex. att ta ut en avgift från dem som nyttjar byggnadsverket eller tjänsten. Ett exempel kan vara att en entreprenör anlagt en väg och tar ut vägavgift eller att en restaurang åtagit sig att t.ex. driva en personalmatsal hos en myndighet och har möjlighet att ta betalt av restaurangens gäster.

Byggkoncessionerna har redan tidigare varit i någon mån direktivreglerade genom direktivet om offentlig upphandling, vilket genomförts genom nu gällande lag om sådan upphandling. Tjänstekoncessionerna är däremot uttryckligen undantagna från nu gällande upphandlingsdirektiv, men omfattas dock av de allmänna principerna för upphandling vilka härleds ur fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (EUF-fördraget). Genom nu föreliggande direktiv kommer emellertid både bygg- och tjänstekoncessioner att utsättas för viss särreglering vad avser tilldelning av sådana koncessioner.

Direktivet har samma struktur som övriga direktiv inom skilda upphandlingsområden. Vad som dock är ett tydligt särdrag hos direktivet är att det inte innehåller några detaljerade regler över huvud taget utan i stället ger de upphandlande myndigheterna och enheterna full frihet att organisera förfarandet för val av koncessionshavare i enlighet med de allmänt hållna reglerna i direktivet. Dessa regler går i huvudsak ut på att EUF-fördragets allmänna principer ska iakttas, dvs. om likabehandling, icke-diskriminering, ömsesidigt erkännande, öppenhet och proportionalitet. Genom direktivet kommer också upphandling av koncessioner att kunna bli föremål för överprövning i enlighet med vad som anges i specialregleringen därom, dvs. enligt de s.k. rättsmedelsdirektiven.

Vad gäller förfarandet är det alltså myndigheten eller enheten som har att bestämma hur detta ska gå till, så länge de allmänna principerna iakttas. Däremot är det ett oavvisligt krav att principen om öppenhet iakttas genom att tilldelningen dels offentliggörs i förväg, dels att tilldelningsbeslutet också offentliggörs samt slutligen resultatet av förfarandet.

Trots att det är fråga om direktivregler som innefattar endast grundläggande och allmänna hänsyn har direktivet gjorts tillämpligt

endast för sådana tilldelningar som uppgår minst till ett tröskelvärde om 5 186 000 euro, dvs. drygt 45 mnkr. Vad gäller vissa s.k. sociala tjänster och andra sådana tjänster av mera personlig natur gäller enligt direktivet endast reglerna om offentliggörande och rättsmedel. Direktivet innefattar också undantag för vissa verksamheter inom t.ex. elektronisk kommunikation, vatten och verksamheter som är direkt konkurrensutsatta.

Eftersom det är fråga om ett självständigt direktiv för koncessioner genomförs reglerna i konsekvens med tidigare lagstiftningsarbete genom en särskild lag, på samma sätt som sedan år 2007 gäller för upphandling av varor m.m. (LOU), för upphandling inom försörjningssektorerna (LUF) och sedan 2011 för upphandling inom försvars- och säkerhetsområdet (LUFS). Utredningen föreslår alltså att direktivet genomförs genom en särskild lag om upphandling av koncessioner (LUK). Lagtexten utgör ett så direktivnära genomförande som möjligt. LUK ansluter därutöver också helt till den lagtekniska struktur som förestavas av de nya upphandlingslagar som föreslås i departementspromemorian Ds 2014:25.

Mycket av det som LUK innehåller motsvarar alltså vad som föreslås gälla också för övriga upphandlingsområden vad avser allmänna principer, uteslutning av leverantörer, val av anbud, och miljöhänsyn och sociala hänsyn samt hänsyn till arbetsrättsliga förhållanden och villkor.

Eftersom direktiven – och alltså också LUK – dock innebär att det för koncessionsupphandlingens del inte finns några detaljerade förfaranderegler ens för sådana upphandlingar som uppgår till eller överstiger det betydande tröskelvärde som nämnts ovan har utredningen funnit att det inte vore ändamålsenligt att föreslå en motsvarighet till dagens regler för s.k. direktupphandling som gäller för övriga upphandlingsområden och som avser dels upphandlingar under tillämpligt tröskelvärde, dels vissa särskilda tjänster. Det innebär att utredningen föreslår endast grundläggande regler för förfarandet också avseende sådan upphandling.

I de nya upphandlingsregler som föreslagits i utredningens delbetänkande och i departementspromemorian lämnas utrymme för upphandlande myndigheter och enheter att vid upphandlingar ta miljöhänsyn och sociala hänsyn m.m. på ett tydligare sätt än vad som redan gäller i dag. Det synes rimligt att bedöma att det

utrymme som redan tidigare funnits nu i direktivet dels tydligare utformats, dels blivit större. Motsvarande större utrymme har överförts från direktivet till det i detta slutbetänkande föreliggande förslaget.

LUK utgör alltså ytterligare en upphandlingslag, med avvikelser från de övriga upphandlingslagarna endast i de avseenden som huvudsakligen föranleds direkt av direktivets ordalydelse. Reglerna i övriga delar motsvarar vad som också föreskrivs i de andra upphandlingslagarna, vilket bl.a. innebär att den direktivbundna specialregleringen beträffande överprövning, upphandlingsskadeavgift m.m. blir tillämplig för upphandling av koncessioner.

1 Författningsförslag

1.1 Förslag till lag om upphandling av koncessioner

1 kap. Lagens innehåll och definitioner

Härigenom föreskrivs följande.¹

Lagens innehåll

1 § I denna lag finns bestämmelser om upphandling av koncessioner.

Innehållet i lagen är uppdelat enligt följande.

1 kap. – Lagens innehåll och definitioner

2 kap. – Lagens tillämpningsområde

3 kap. – Undantag från lagens tillämpningsområde

4 kap. – Allmänna bestämmelser

5 kap. – Tröskelvärde

6 kap. – Förfarandet vid upphandling

7 kap. – Tekniska krav och funktionskrav

8 kap. – Annonsering av upphandling

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

10 kap. – Kommunikation, information till leverantörer och dokumentation

11 kap. – Uteslutning av leverantörer

12 kap. – Val av leverantörer

¹ Jfr Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/23/EU av den 26 februari 2014 om tilldelning av koncessioner.

- 13 kap. – Tilldelning av koncessioner
- 14 kap. – Fullgörande av koncessioner
- 15 kap. – Upphandling som inte omfattas av direktivet samt upphandling av vissa sociala tjänster och andra särskilda tjänster
- 16 kap. – Avtalsspärr, överprövning och skadestånd
- 17 kap. – Upphandlingsskadeavgift
- 18 kap. – Tillsyn
- Till lagen hör följande bilagor
 - Bilaga 1 – Förteckning över byggentreprenad
 - Bilaga 2 – Förteckning över verksamheter som utövas av upphandlande enheter
 - Bilaga 3 – Förteckning över sociala tjänster och andra särskilda tjänster

Var finns definitioner och förklaringar?

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

Bestämmelser om betydelsen av följande begrepp finns i nedan angivna paragrafer.

Anknutet företag i 3 kap. 22 §.

CPV-nomenklaturen i 4 kap. 5 §.

Interna koncessioner i 3 kap. 13 §.

Upphandling av koncession i 2 kap. 1 §.

Definitioner

3 § Med *anbudssökande* avses den som har ansökt om att få eller inbjudits att delta i ett förfarande för koncessionstilldelning.

4 § Med *utförande av byggentreprenad* enligt en byggkoncession avses

1. utförande eller både projektering och utförande av arbete som är hänförligt till en verksamhet som avses i bilaga 1,

2. utförande eller både projektering och utförande av ett byggnadsverk, eller

3. att ett byggnadsverk realiseras, oavsett hur kontraktet utformas, enligt krav som ställs upp av en upphandlande myndighet

eller enhet som utövar ett avgörande inflytande över typen eller projekteringen av byggnadsverket.

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

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

7 § Med *koncession* avses byggkoncession eller tjänstekoncession enligt definitionerna i 8–9 §§.

8 § Med *byggkoncession* avses ett skriftligt kontrakt med ekonomiska villkor genom vilket en eller flera upphandlande myndigheter eller enheter anförtrot utförande av byggentreprenad till en eller flera leverantörer, där ersättningen för arbetet utgörs av endast rätten att utnyttja det byggnadsverk som är föremål för kontraktet eller av dels en sådan rätt, dels betalning.

Tilldelning av byggkoncessioner ska innefatta att sådan verksamhetsrisk som avses i 10 § överförs till koncessionshavaren.

9 § Med *tjänstekoncession* avses ett skriftligt kontrakt med ekonomiska villkor genom vilket en eller flera upphandlande myndigheter eller enheter anförtrot tillhandahållande och förvaltning av tjänster som inte avser utförande av byggentreprenad till en eller flera leverantörer, där ersättningen för tjänsterna utgörs av endast rätten att utnyttja de tjänster som är föremål för kontraktet eller av dels en sådan rätt, dels betalning.

Tilldelning av tjänstekoncessioner ska innefatta att sådan verksamhetsrisk som avses i 10 § överförs till koncessionshavaren.

10 § Med *verksamhetsrisk* avses efterfrågerisk eller utbudsrisk eller båda.

En koncessionshavare ska anses överta verksamhetsrisken om denne, vid normala verksamhetsförhållanden, inte är garanterad att kompenseras för de investeringar som gjorts och de kostnader som uppstått vid utnyttjandet av det byggnadsverk eller tillhanda-

hållandet av de tjänster som är föremål för koncessionen. Den del av risken som överförs på koncessionshavaren ska omfatta verklig exponering för skiftningar på marknaden på så sätt att eventuella uppskattade förluster för koncessionshavaren ska vara inte endast nominella eller försumbara.

11 § Med *leverantör* avses den som på marknaden tillhandahåller varor eller tjänster eller utför byggentreprenader.

Med *leverantör* avses också grupper av leverantörer.

12 § Med *koncessionshavare* avses en leverantör som har tilldelats en koncession.

13 § Med *offentligt styrda organ* avses sådana juridiska personer som tillgodoser behov i det allmännas intresse, under förutsättning att behovet inte är av industriell eller kommersiell karaktär, och

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

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

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

14 § Med *ensamrätt* avses en rättighet som beviljats enligt lag eller annan författning och som begränsar rätten att utöva en verksamhet till ett enda företag och som väsentligt påverkar andra företags möjligheter att bedriva sådan verksamhet.

15 § Med *särskild rättighet* avses en rättighet som beviljats enligt lag eller annan författning och som begränsar rätten att utöva en verksamhet till två eller flera företag och som väsentligt påverkar andra företags möjligheter att bedriva sådan verksamhet.

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

Vid tillämpning av denna lag ska med myndighet jämföras

1. beslutande församlingar i kommuner och landsting, och

2. offentligt styrda organ som avses i 13 §, samt

3. sammanslutningar av en eller flera myndigheter enligt första stycket eller församlingar enligt 1 eller sammanslutningar av ett eller flera organ enligt 2.

Myndigheter som bedriver någon av de verksamheter som avses i bilaga 2 och tilldelar en koncession för bedrivande av sådan verksamhet utgör dock inte upphandlande myndigheter enligt denna lag.

17 § Med *upphandlande enheter* avses enheter som bedriver någon av de verksamheter som avses i bilaga 2 och tilldelar en koncession för bedrivande av sådan verksamhet och som är

1. statliga och kommunala myndigheter, beslutande församlingar i kommuner och landsting, och offentligt styrda organ som avses i 13 § eller sammanslutningar av en eller flera myndigheter eller församlingar eller sammanslutningar av ett eller flera offentligt styrda organ,

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

3. andra enheter än de som anges i 1 och 2, och som bedriver sin verksamhet med stöd av en ensamrätt enligt 14 § eller en särskild rättighet enligt 15 § vilken beviljats för bedrivande av någon av de verksamheter som avses i bilaga 2.

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

Sådana enheter som anges i första stycket 3 utgör inte upphandlande enheter om de beviljats särskilda rättigheter eller ensamrätter genom ett förfarande som offentliggjorts på lämpligt sätt och om beviljandet av dessa rättigheter har grundats på objektiva kriterier.

18 § Med *koncessionsdokument* avses alla dokument som utarbetas av den upphandlande myndigheten eller enheten eller som denna hänvisar till för att beskriva eller fastställa innehållet i upphandlingen av koncessionen.

2 kap. Lagens tillämpningsområde

Lagens tillämpningsområde och vad som avses med upphandling av koncessioner

1 § Denna lag gäller för upphandling av koncessioner som görs av upphandlande myndigheter och enheter.

Med upphandling i denna lag avses att en upphandlande myndighet eller enhet anskaffar byggtreprenader eller tjänster genom en koncession från en vald leverantör, oberoende av om det som anskaffas är avsett för ett offentligt ändamål eller inte.

Bestämmelserna i 15 kap. gäller för

1. upphandlingar av koncessioner som avser sociala tjänster eller andra särskilda tjänster enligt bilaga 3, och

2. upphandlingar av koncessioner vars värde beräknas understiga det tröskelvärde som gäller enligt bestämmelserna i 5 kap.

Blandade kontrakt inom ramen för samma verksamhet

Blandade kontrakt som avser flera typer av koncessioner

2 § Om en koncession avser både byggtreprenader och tjänster ska koncessionen upphandlas i enlighet med bestämmelserna för den typ av koncession som utgör huvudföremålet för det berörda kontraktet.

För koncessioner som består av dels sådana tjänster som anges i bilaga 3, dels andra tjänster ska huvudföremålet bestämmas utifrån vilket av de uppskattade värdena för respektive tjänster som är det högsta.

Delbara blandade kontrakt

3 § Om ett delbart blandat kontrakt avser såväl upphandling av koncessioner som omfattas av denna lag som upphandling som inte gör det, får den upphandlande myndigheten eller enheten tilldela separata kontrakt för de olika delarna. Myndigheten eller enheten får också tilldela ett enda kontrakt.

När ett delbart blandat kontrakt tilldelas som separata kontrakt

4 § Om den upphandlande myndigheten eller enheten tilldelar separata kontrakt ska den för varje separat kontrakt tillämpa de bestämmelser som det kontraktets egenskaper motiverar.

När ett delbart blandat kontrakt tilldelas som ett enda kontrakt

5 § Om den upphandlande myndigheten eller enheten tilldelar ett enda kontrakt ska, om inte något annat följer av 6–11 §§, denna lag tillämpas på hela kontraktet.

6 § Om det delbara blandade kontraktet består av dels koncessioner, dels kontrakt som omfattas av lagen (0000:000) om offentlig upphandling, ska bestämmelserna i lagen om offentlig upphandling tillämpas vid tilldelningen av kontraktet om värdet av den del av kontraktet som omfattas av den lagen överstiger det tröskelvärde som gäller enligt den lagen.

Om det delbara blandade kontraktet består av dels koncessioner, dels kontrakt som omfattas av lagen (0000:000) om upphandling inom försörjningssektorerna, ska bestämmelserna i lagen om upphandling inom försörjningssektorerna tillämpas vid tilldelningen av kontraktet om värdet av den del av kontraktet som omfattas av den lagen överstiger det tröskelvärde som gäller enligt den lagen.

7 § Ett delbart blandat kontrakt som avser upphandling av dels koncessioner vars värde beräknas understiga det tröskelvärde som gäller enligt 5 kap., dels kontrakt som omfattas av lagen (0000:000) om offentlig upphandling och vars värde beräknas understiga det tröskelvärde som gäller enligt den lagen, ska tilldelas enligt bestämmelserna i lagen om offentlig upphandling.

Ett delbart blandat kontrakt som avser upphandling av dels koncessioner vars värde beräknas understiga det tröskelvärde som gäller enligt 5 kap., dels kontrakt som omfattas av lagen (0000:000) om upphandling inom försörjningssektorerna och vars värde beräknas understiga det tröskelvärde som gäller enligt den lagen, ska tilldelas enligt bestämmelserna i lagen om upphandling inom försörjningssektorerna.

Delbara blandade kontrakt med inslag av försvar eller säkerhet

8 § Den upphandlande myndigheten eller enheten får tilldela ett delbart blandat kontrakt som till en del omfattas av artikel 346 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (EUF-fördraget) utan tillämpning av denna lag.

Det som sägs i första stycket gäller också om kontraktet innehåller delar som omfattas av artikel 346 EUF-fördraget och lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

9 § Den upphandlande myndigheten eller enheten får tilldela ett delbart blandat kontrakt som till en del avser upphandling som omfattas av lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet med tillämpning av den lagen eller med tillämpning av denna lag.

10 § Det som sägs i 8 och 9 §§ gäller bara om tilldelning av ett enda kontrakt är berättigat av objektiva skäl.

Ett beslut att tilldela ett enda kontrakt får inte fattas för att undvika att upphandlingen omfattas av denna lag eller lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

Odelbara blandade kontrakt

11 § Om de olika delarna av ett blandat kontrakt objektivt inte kan särskiljas ska den upphandlande myndigheten eller enheten välja tillämpliga bestämmelser på grundval av kontraktets huvudföremål.

Om ett sådant kontrakt innehåller inslag av både tjänstekoncession och varukontrakt ska huvudföremålet bestämmas utifrån vilket av de uppskattade värdena för tjänster respektive varor som är det högsta.

Om ett sådant kontrakt som avses i första stycket innehåller delar som omfattas av artikel 346 i EUF-fördraget får myndigheten eller enheten dock tilldela det utan tillämpning av denna lag. Om kontraktet delvis avser upphandling som omfattas av lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet får det tilldelas med tillämpning av den lagen eller denna lag.

Upphandling som rör verksamheter som avses i bilaga 2 och andra verksamheter

12 § Om ett kontrakt är avsett för mer än en verksamhet får den upphandlande enheten tilldela separata kontrakt för varje verksamhet eller tilldela ett enda kontrakt.

13 § Den upphandlande enheten får inte tilldela ett enda kontrakt eller tilldela separata kontrakt för att undvika att upphandlingen omfattas av denna lag, lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, lagen (0000:000) om offentlig upphandling eller lagen (0000:000) om upphandling inom försörjningssektorerna.

Tilldelning av separata kontrakt

14 § Om den upphandlande enheten tilldelar separata kontrakt ska den för varje separat kontrakt tillämpa de bestämmelser som det kontraktets egenskaper motiverar.

Tilldelning av ett enda kontrakt

15 § En upphandlande enhet som tilldelar ett enda kontrakt avsett för mer än en verksamhet ska tillämpa de bestämmelser som gäller för den verksamhet som kontraktet huvudsakligen är avsett för.

Om någon av de berörda verksamheterna omfattas av artikel 346 i EUF-fördraget eller lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet ska dock 17–19 §§ tillämpas.

16 § Om det inte är objektivt möjligt att avgöra vilken verksamhet som kontraktet huvudsakligen är avsett för ska,

1. om en av verksamheterna omfattas av bestämmelserna i denna lag för en upphandlande myndighet och övriga verksamheter omfattas av bestämmelserna i denna lag för en upphandlande enhet, de bestämmelser i lagen tillämpas som gäller för upphandling av upphandlande myndigheter,

2. om en av verksamheterna omfattas av lagen (0000:000) om offentlig upphandling den lagen tillämpas, eller

3. om en av verksamheterna omfattas av denna lag och den andra varken omfattas av denna lag, lagen (0000:000) om offentlig upphandling eller lagen (0000:000) om upphandling inom försörjningssektorerna denna lag tillämpas.

Tilldelning av ett enda kontrakt när en av verksamheterna rör försvar eller säkerhet

17 § Den upphandlande enheten får tilldela ett kontrakt avsett för en verksamhet som omfattas av denna lag samt en verksamhet som omfattas av artikel 346 i EUF-fördraget utan tillämpning av denna lag.

Det som sägs i första stycket gäller också för ett kontrakt som är avsett för en verksamhet enligt denna lag och en verksamhet som omfattas av lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet och dessutom innehåller upphandling eller andra beståndsdelar som omfattas av artikel 346 EUF-fördraget.

18 § Den upphandlande enheten får tilldela ett kontrakt som är avsett för en verksamhet som omfattas av denna lag samt en verksamhet som omfattas av lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet med tillämpning av den lagen eller med tillämpning av denna lag.

Det som sägs i första stycket påverkar inte tillämpningen av bestämmelserna om tröskelvärden och undantag i lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

19 § Det som sägs i 17 och 18 §§ gäller bara om tilldelning av ett enda kontrakt är berättigat av objektiva skäl och inte beslutas för att undvika att upphandlingen omfattas av denna lag.

Lagens tillämplighet vid upphandling av forsknings- och utvecklingstjänster

20 § Denna lag gäller för upphandling av tjänstekoncessioner av forsknings- och utvecklingstjänster enligt andra stycket om

1. resultaten uteslutande tillkommer den upphandlande myndigheten eller enheten i den egna verksamheten, och

2. den tillhandahållna tjänsten betalas helt och hållet av den upphandlande myndigheten eller enheten.

De forsknings- och utvecklingstjänster som avses i första stycket är tjänster som omfattas av CPV-koderna för

1. FoU-tjänster samt tillhörande konsulttjänster,
2. forskning och experimentell utveckling,
3. forskning,
4. forskningslaboratorietjänster
5. marin forskning,
6. experimentell utveckling,
7. planering och genomförande av forskning och utveckling,
8. förberedande genomförbarhetsstudie och teknisk demonstration, eller
9. test och utvärdering.

3 kap. Undantag från lagens tillämpningsområde

Upphandling på försvars- och säkerhetsområdet

1 § Denna lag gäller inte för upphandling av koncessioner på försvars- och säkerhetsområdet såvitt avser koncessioner

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

2. som tilldelas inom ramen för ett samarbetsprogram som avses i 1 kap. 10 § 3 lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,

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

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

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

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

4. som, av operativa skäl, måste tilldelas och utföras av en leverantör i ett område utanför EES territorium där operationen genomförs, eller

5. som på annat sätt omfattas av ett undantag i denna lag.

Uttrycket försvars- och säkerhetsområdet ska ha samma betydelse som i lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

Sekretess

2 § Denna lag gäller inte om upphandlingen och fullgörandet av den tilldelade koncessionen omfattas av sekretess eller rör rikets väsentliga intressen.

3 § Denna lag gäller inte för koncessioner, som inte annars ska undantas enligt 1 eller 2 §, om skyddet av rikets väsentliga säkerhetsintressen inte kan garanteras .

Elektroniska kommunikationstjänster

4 § Denna lag gäller inte för koncessioner som huvudsakligen syftar till att ge en upphandlande myndighet möjlighet att tillhandahålla eller driva allmänna kommunikationsnät, eller att för allmänheten tillhandahålla elektroniska kommunikationstjänster.

Allmänna kommunikationsnät och elektronisk kommunikationstjänst ska ha samma betydelse som i lagen (2003:389) om elektronisk kommunikation.

Verksamhet i tredje land

5 § Denna lag gäller inte för koncessioner som en upphandlande enhet tilldelar för utövande av verksamhet i ett land som inte är bundet av avtalet om Europeiska ekonomiska samarbetsområdet (EES) utan fysisk användning av något nät eller geografiskt område i ett eller flera EES-länder.

Förfaranden enligt andra internationella regler

6 § Denna lag gäller inte koncessioner som avser försvars- och säkerhetsaspekter och som regleras av särskilda förfaranderegler

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

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

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

7 § Denna lag gäller inte heller för andra koncessioner än sådana som avses i 6 § och som en upphandlande myndighet eller enhet är skyldig att tilldela eller anordna enligt andra bestämmelser om upphandlingsförfaranden, vilka har fastställts

1. genom ett rättsligt instrument som medför internationella skyldigheter och som har ingåtts mellan någon av staterna inom Europeiska ekonomiska samarbetsområdet (EES) och någon annan stat, eller del av sådan, för ett projekt som är gemensamt för de avtalsslutande parterna, eller

2. av en internationell organisation.

Förfaranden som helt eller delvis finansieras av en internationell organisation eller ett internationellt finansinstitut

8 § Denna lag gäller inte för koncessioner som en upphandlande myndighet tilldelar enligt upphandlingsregler som har fastställts av en internationell organisation eller ett internationellt finansinstitut när koncessionerna helt finansieras av den organisationen eller det institutet.

Om koncessionerna till största delen finansieras av en internationell organisation eller ett internationellt finansinstitut, ska parterna komma överens om vilka regler som ska tillämpas för förfarandet.

Denna bestämmelse ska inte tillämpas på koncessioner på försvars- och säkerhetsområdet.

Tjänstekoncessioner som tilldelas på grund av ensamrätt

9 § Denna lag gäller inte tjänstekoncessioner som en upphandlande myndighet eller en sådan upphandlande enhet som avses i 1 kap. 17 § första stycket 1 tilldelar en annan upphandlande myndighet eller en sådan upphandlande enhet som på grund av lag har ensamrätt att utföra tjänsten.

Denna lag gäller inte heller för tjänstekoncessioner som tilldelas en leverantör på grund av att leverantören har ensamrätt att utföra tjänsten, om ensamrätten har beviljats i enlighet med unionsrättsakter om gemensamma regler om marknadstillträde som är tillämpliga på verksamheter som avses i bilaga 2. Bestämmelserna om meddelande om tilldelning av en koncession i 8 kap. 5 § ska dock tillämpas om det inte i sådan lagstiftning finns särskild reglering om öppenhet och insyn.

När en leverantör beviljas ensamrätt att bedriva någon av de verksamheter som avses i bilaga 2 ska Europeiska kommissionen underrättas om detta inom en månad.

Lufttransport och kollektivtrafik

10 § Denna lag gäller inte för tjänstekoncessioner för lufttransporttjänster som grundas på beviljande av sådan operativ licens som avses i Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 1008/2008 av den 24 september 2008 om gemensamma regler för tillhandahållande av lufttrafik i gemenskapen.

Denna lag gäller inte heller för koncessioner för kollektivtrafik i den mening som avses i Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 1370/2007 av den 23 oktober 2007 om kollektivtrafik på järnväg och väg och om upphävande av rådets förordning (EEG) nr 1191/69 och (EEG) nr 1107/70.

Vattenområdet

11 § Denna lag gäller inte för koncessioner som avser

1. tillhandahållande eller drift av fasta nät i syfte att tillhandahålla tjänster för allmänheten i samband med produktion, transport eller distribution av dricksvatten,

2. leverans av dricksvatten till sådana nät.

12 § Denna lag gäller inte för koncessioner som har anknytning till sådan verksamhet som avses i 11 § och som avser

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

2. bortskaffande eller rening av avloppsvatten.

Interna koncessioner

13 § Denna lag gäller inte för koncessioner mellan en upphandlande myndighet eller sådan upphandlande enhet som avses i 1 kap. 17 § första stycket 1 och en avtalspart som är en juridisk person eller en gemensam nämnd enligt kommunallagen (1991:900), om koncessionen är att anse som en intern koncession enligt 14–19 §§.

Med upphandlande enhet avses i 14–21 §§ endast sådana upphandlande enheter som avses i 1 kap. 17 § första stycket 1.

14 § En koncession enligt 13 § ska anses vara en intern koncession, om

1. den upphandlande myndigheten eller enheten utövar kontroll över avtalsparten motsvarande den som myndigheten eller enheten utövar över sin egen förvaltning,

2. avtalsparten utför mer än 80 procent av sin verksamhet för myndighetens eller enhetens räkning eller för andra sådana personer som avses i 13 § och som myndigheten eller enheten utövar kontroll över, och

3. det inte finns något sådant direkt privat ägarintresse som medför ett avgörande inflytande över avtalsparten.

15 § En koncession enligt 13 § ska också anses vara en intern koncession, om

1. den upphandlande myndigheten eller enheten gemensamt med andra upphandlande myndigheter eller enheter utövar kontroll över avtalsparten motsvarande den som myndigheterna eller enheterna utövar över sina egna förvaltningar,

2. avtalsparten utför mer än 80 procent av sin verksamhet för myndigheternas eller enheternas räkning eller för andra sådana personer som avses i 13 § och som myndigheterna eller enheterna utövar kontroll över, och

3. det inte finns något sådant direkt privat ägarintresse som medför ett avgörande inflytande över avtalsparten.

16 § En koncession enligt 13 § ska också anses vara en intern koncession, om den upphandlande myndigheten eller enheten står under sådan kontroll av avtalsparten som avses i 14 § 1 och om

1. myndigheten eller enheten utför mer än 80 procent av sin verksamhet för den kontrollerande avtalspartens räkning eller andra sådana personer som avses i 13 § som den kontrollerande avtalsparten utövar kontroll över, och

2. det inte finns något sådant direkt privat ägarintresse som medför ett avgörande inflytande över avtalsparten.

17 § En koncession enligt 13 § ska också anses vara en intern koncession, om den upphandlande myndigheten eller enheten står under sådan kontroll som avses i 14 § 1 och den kontrollerande personen dessutom utövar sådan kontroll som avses i 14 § 1 över avtalsparten och om

1. myndigheten eller enheten utför mer än 80 procent av sin verksamhet för den kontrollerande personens räkning eller för sådana personer som avses i 13 § som den kontrollerande personen utövar kontroll över, och

2. det inte finns något sådant direkt privat ägarintresse som medför ett avgörande inflytande över avtalsparten.

Bedömning av förhållanden avseende kontroll och verksamhet

18 § En upphandlande myndighet eller enhet ska anses utöva sådan kontroll som avses i 14 § 1, om den har ett avgörande inflytande över avtalspartens strategiska mål och viktiga beslut. Kontrollen kan också utövas av en annan person som själv kontrolleras på samma sätt av myndigheten eller enheten.

Upphandlande myndigheter och enheter ska anses utöva sådan gemensam kontroll som avses i 15 § 1, om

1. avtalspartens beslutsorgan består av representanter från samtliga myndigheter eller enheter,

2. myndigheterna eller enheterna tillsammans har ett avgörande inflytande över avtalspartens strategiska mål och viktiga beslut, och

3. avtalsparten inte har något eget intresse som strider mot myndigheternas eller enheternas intressen.

En avtalspart ska anses utöva sådan kontroll som avses i 16 § 1, om den har ett avgörande inflytande över den upphandlande myndighetens eller enhetens strategiska mål och viktiga beslut. Kontrollen kan också utövas av en annan person som själv kontrolleras på samma sätt av avtalsparten.

19 § En avtalsparts verksamhetsandel enligt 14 § 2 och 15 § 2 ska bestämmas på grundval av avtalspartens genomsnittliga totala omsättning i fråga om varor, tjänster och byggentreprenader under tre föregående år eller på grundval av ett annat lämpligt verksamhetsbaserat mått grundat på uppgifter under samma tidsperiod.

Om uppgifterna som avses i första stycket inte längre är relevanta eller inte är tillgängliga, får verksamhetsandelen bestämmas på grundval av något annat lämpligt verksamhetsmått.

Kontrakt mellan upphandlande myndigheter och enheter

20 § Denna lag gäller inte för ett kontrakt som ingås mellan två eller flera upphandlande myndigheter eller enheter om

1. kontraktet upprättar eller reglerar formerna för ett samarbete mellan myndigheterna eller enheterna för att säkerställa att de offentliga tjänster som myndigheterna eller enheterna ska utföra

tillhandahålls med målet att uppnå myndigheternas eller enheternas gemensamma mål,

2. genomförandet av samarbetet styrs endast av överväganden som hänger samman med allmänintresset, och

3. myndigheterna eller enheterna utövar verksamhet på den öppna marknaden i en omfattning som understiger 20 procent av de verksamheter som berörs av samarbetet.

21 § Verksamhetsandelen enligt 20 § 3 ska bestämmas på grundval av den upphandlande myndighetens eller enhetens genomsnittliga totala omsättning i fråga om varor, tjänster och byggtreprenader under tre föregående år eller på grundval av ett annat lämpligt verksamhetsbaserat mått grundat på uppgifter under samma tidsperiod.

Om uppgifterna som avses i första stycket inte längre är relevanta eller inte är tillgängliga, får verksamhetsandelen bestämmas på grundval av något annat lämpligt verksamhetsmått.

Anknutna företag och samriskföretag

22 § Med *anknutet företag* avses

1. företag över vilket en upphandlande enhet har ett bestämmande inflytande,

2. företag som kan utöva ett bestämmande inflytande över en upphandlande enhet, och

3. företag som tillsammans med en upphandlande enhet står under bestämmande inflytande av ett annat företag på grund av ägande eller finansiellt deltagande eller på grund av de regler företaget lyder under.

Med anknutet företag avses även alla företag vars årsräkenskaper konsolideras med den upphandlande enhetens enligt kraven i Europaparlamentets och rådets direktiv 2013/34/EU av den 26 juni 2013 om årsbokslut, koncernredovisning och rapporter i vissa typer av företag, om ändring av Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/43/EG och om upphävande av rådets direktiv 78/660/EEG och 83/349/EEG.

Ett bestämmande inflytande ska anses finnas om en upphandlande enhet direkt eller indirekt, i förhållande till ett företag,

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

23 § Under de förutsättningar som anges i 24 § gäller inte denna lag för koncessioner som

1. en upphandlande enhet tilldelar ett anknutet företag, eller
2. ett samriskföretag, bildat uteslutande av flera upphandlande enheter för att bedriva verksamhet som avses i bilaga 2, tilldelar ett företag som är anknutet till någon av dem.

24 § Bestämmelserna i 23 § gäller under förutsättning att företagets tillhandahållande med anledning av tilldelningen av tjänste- eller byggkoncessioner motsvarar minst 80 procent av det anknutna företagets genomsnittliga omsättning av tjänster respektive byggentreprenader under de föregående tre åren.

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

Om mer än ett företag som är anknutet till den upphandlande enheten tillhandahåller samma eller liknande tjänster eller byggentreprenader ska andelen beräknas med hänsyn till den totala omsättning som härrör från tjänster respektive byggentreprenader från dessa anknutna företag.

25 § Denna lag gäller inte för kontrakt som

1. ett samriskföretag, bildat uteslutande av upphandlande enheter för att bedriva verksamhet som omfattas av bilaga 2, tilldelar en av dessa upphandlande enheter, eller
2. en upphandlande enhet tilldelar ett sådant samriskföretag som enheten ingår i.

Undantagen i första stycket gäller om samriskföretaget har bildats för att utföra den aktuella verksamheten under en tid av minst tre år och om det i den handling som upprättats för bildandet

av företaget anges att de upphandlande enheter som det består av kommer att ingå i det under minst samma tid.

26 § På begäran av Europeiska kommissionen ska en upphandlande enhet som tilldelat ett kontrakt med tillämpning av något av undantagen i 23 eller 25 § lämna uppgifter till kommissionen om namnen på de berörda företagen eller samriskföretagen och om de berörda koncessionernas art och värde samt tillhandahålla det underlag som kommissionen anser vara nödvändigt för att visa att relationerna mellan företaget eller samriskföretaget och den upphandlande enheten motsvarar kraven i 23–25 §§.

Direkt konkurrensutsatt verksamhet

27 § Denna lag gäller inte om det fastställts enligt det särskilda förfarande som anges i artikel 35 i 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 att verksamheten är direkt konkurrensutsatt på marknader med fritt tillträde.

Särskilda undantag för vissa tjänstekoncessioner

Förvärv av fastighet m.m.

28 § Denna lag gäller inte för tjänstekoncessioner som avser förvärv av fastighet, arrenderätt, hyresrätt, bostadsrätt, tomträtt, servitutsrätt eller någon annan rättighet till fastighet.

Med fastighet enligt första stycket avses det som enligt jordabalken utgör eller tillhör en fastighet. Befintlig byggnad som tillhör någon annan än ägaren till jorden ska också anses utgöra en fastighet. Detsamma gäller sådana tillbehör till byggnaden som avses i 2 kap. 2 och 3 §§ jordabalken, om de tillhör byggnadens ägare.

Radio- och tv-området

29 § Denna lag gäller inte för tjänstekoncessioner som avser

1. anskaffning, utveckling, produktion eller samproduktion av programmaterial avsett för medietjänster och som tilldelas av en leverantör av medietjänster, eller

2. sändningstid eller tillhandahållande av program och som tilldelas en leverantör av medietjänster.

Leverantör av medietjänster och programföretag ska ha samma betydelse som i radio- och tv-lagen (2010:696).

Skiljemanna- och förlikningsuppdrag

30 § Denna lag gäller inte för tjänstekoncessioner som avser skiljemanna- eller förlikningsuppdrag.

Vissa juridiska tjänster

31 § Denna lag gäller inte för tjänstekoncessioner som avser biträde till en klient av en advokat i

1. ett skiljemanna- eller förlikningsförfarande inom riket, i någon annan stat eller inför en internationell skiljemanna- eller förlikningsinstans,

2. ett rättsligt förfarande inför domstol eller hos myndighet inom riket, eller

3. ett rättsligt förfarande inför en domstol, tribunal eller hos myndighet i någon annan stat eller inför en internationell domstol, tribunal eller institution.

Undantagen enligt första stycket gäller även för juridisk rådgivning som ges av en advokat inför ett sådant förfarande, eller när den sak som rådgivningen gäller med hög sannolikhet kommer att bli föremål för ett sådant förfarande.

32 § Denna lag gäller inte för tjänstekoncessioner som avser

1. tjänster som avser certifiering och autentisering av dokument och som måste tillhandahållas av notarius publicus,

2. juridiska tjänster som tillhandahålls av förmyndare, förvaltare eller god man,

3. juridiska tjänster som tillhandahålls av någon som är utsedd av domstol eller som enligt lag har att utföra särskilda uppdrag under överinseende av domstol, eller
4. juridiska tjänster som är förenade med offentlig maktutövning.

Vissa finansiella tjänster

33 § Denna lag gäller inte för tjänstekoncessioner som avser

1. finansiella tjänster i anslutning till utfärdande, försäljning, förvärv eller överlåtelse av värdepapper eller andra finansiella instrument,
2. tjänster som utförs av centralbanker,
3. insatser som genomförs tillsammans med Europeiska finansiella stabiliseringsfaciliteten och Europeiska stabilitetsmekanismen, eller
4. lån, även i samband med utfärdande, försäljning, förvärv eller överlåtelse av värdepapper eller andra finansiella instrument.

Finansiella instrument har samma betydelse som i lagen (2007:528) om värdepappersmarknaden.

Civildövsvarstjänster, räddningstjänster och tjänster för förebyggande av fara

34 § Denna lag gäller inte för tjänstekoncessioner som avser civilförsvarstjänster, räddningstjänster och tjänster för förebyggande av fara, om tjänsterna tillhandahålls av icke vinstdrivande organisationer eller sammanslutningar och omfattas av CPV-koderna för

1. brandkårs- och räddningstjänster,
2. brandkårstjänster,
3. brandsläckning,
4. brandskyddstjänster,
5. bekämpning av skogsbränder,
6. räddningstjänster,
7. civilförsvarstjänster,
8. nukleära säkerhetstjänster, eller
9. ambulanstjänster, utom ambulanstjänster för transport av patienter.

Politiska kampanjer

35 § Denna lag gäller inte för tjänstekoncessioner som avser politiska kampanjer om de tilldelas av ett politiskt parti i samband med en valkampanj och omfattas av CPV-koderna för

1. reklamkampanjer,
2. produktion av propagandafilm, eller
3. produktion av propagandavideor.

Lotteritjänster

36 § Denna lag ska inte tillämpas på tjänstekoncessioner för lotteritjänster som omfattas av CPV-kod 92351100-7 som staten tilldelar en leverantör på grund av en ensamrätt. Med ensamrätt avses i denna paragraf inte sådana ensamrätter som anges i 1 kap. 17 § tredje stycket.

Beviljande av en sådan ensamrätt som avses i första stycket första meningen ska offentliggöras i Europeiska unionens officiella tidning.

4 kap. Allmänna bestämmelser**Principer för upphandling av koncessioner**

1 § Upphandlande myndigheter och enheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet.

2 § En upphandling får inte utformas i syfte att undanta den från denna lags tillämpningsområde och får inte heller utformas på ett sätt som otillbörligt gynnar eller missgynnar vissa leverantörer eller vissa varor, tjänster eller byggentreprenader.

3 § En upphandlande myndighet eller enhet bör beakta miljöhänsyn och sociala hänsyn vid upphandling av koncessioner om upphandlingens art motiverar detta.

4 § För att säkerställa att leverantörer som har tilldelats koncessioner enligt denna lag fullgör kontrakten i enlighet med tillämpliga miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter, ska upphandlande myndigheter och enheter vidta de särskilda åtgärder och övriga lämpliga åtgärder som är förenliga med bestämmelserna i denna lag.

Bestämmelser om särskilda åtgärder som myndigheterna och enheterna kan vidta enligt första stycket finns i 11 kap. 4 § och 14 kap. 1 §.

CPV-nomenklaturen

5 § Alla hänvisningar till nomenklatur inom ramen för upphandling av koncessioner ska göras genom användning av den terminologi som fastställs i Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 2195/2002 av den 5 november 2002 om en gemensam terminologi vid offentlig upphandling (CPV), i lydelsen enligt Europeiska kommissionens förordning (EG) nr 213/2008.

Regeringen tillkännager i Svensk författningssamling CPV-koder för sådana

1. forsknings- och utvecklingstjänster som avses i 2 kap. 20 §,
2. civilförvarstjänster, räddningstjänster och tjänster för förebyggande av fara som avses i 3 kap. 34 §,
3. politiska kampanjer som avses i 3 kap. 35 §, och
4. byggentreprenadkontrakt som avses i bilaga 1.

Rätten att få delta i en upphandling

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

Juridiska personer får uppmanas att i anbudet eller anbudsansökan uppge namn och yrkeskvalifikationer på de personer som ska utföra tjänsterna.

7 § Grupper av leverantörer får delta i upphandlingar. En upphandlande myndighet eller enhet får inte ställa upp villkor om

att sådana grupper ska ha en viss juridisk form för att få lämna en anbudsansökan eller ett anbud. Myndigheten eller enheten får dock begära att en grupp ska ha en viss juridisk form när den blivit tilldelad kontraktet, om det krävs för att kontraktet ska kunna fullgöras på ett godtagbart sätt.

Den upphandlande myndigheten eller enheten får ange i något av koncessionsdokumenten hur grupper av leverantörer ska uppfylla kraven på ekonomisk och finansiell ställning eller teknisk kunskap eller yrkeskunskap enligt 12 kap. 2 § om det är berättigat av objektiva skäl.

Den upphandlande myndigheten eller enheten får ställa upp särskilda villkor om hur grupper av leverantörer ska fullgöra kontraktet om det är berättigat av objektiva skäl.

Reserverade koncessioner

8 § En upphandlande myndighet eller enhet får

1. reservera deltagandet i en upphandling för skyddade verkstäder eller för leverantörer vars främsta syfte är social och yrkesmässig integration av personer med funktionsnedsättning eller av missgynnade personer, eller

2. föreskriva att en koncession ska fullgöras inom ramen för ett program för skyddad anställning, om minst 30 procent av arbetstagarna i sådana verkstäder, hos sådana leverantörer eller i sådana program är personer med funktionsnedsättning eller missgynnade personer.

När en upphandlande myndighet eller enhet avser att reservera en koncession enligt första stycket, ska den i annonsen enligt 8 kap. ange att upphandlingen ska genomföras enligt bestämmelserna om reserverade koncessioner.

Koncessioners varaktighet

9 § Koncessioner ska vara tidsbegränsade.

Den upphandlande myndigheten eller enheten ska bedöma löptiden på grundval av de byggentreprenader eller tjänster som efterfrågas.

10 § Koncessioner med längre löptid än fem år får inte ha en längre maximal varaktighet än vad som kan förväntas rimligen gå åt för att koncessionshavaren ska kunna kompenseras för gjorda investeringar för utnyttjandet av byggnadsverken eller tillhandahållandet av tjänsterna tillsammans med en avkastning på det investerade kapitalet.

Vid beräkningen ska beaktas de investeringar som krävs för att uppnå särskilda mål enligt avtalen. Både inledande investeringar och investeringar under koncessionens varaktighet ska beaktas vid beräkningen.

5 kap. Tröskelvärde

Tröskelvärdets storlek

1 § Denna lag ska tillämpas på koncessioner vars värde uppgår till minst det belopp (tröskelvärde) som anges i Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/23/EU av den 26 februari 2014 om tilldelning av koncessioner eller som Europeiska kommissionen vid varje tid har beslutat eller lämnat meddelande om.

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

Värdet av koncessionen ska beräknas exklusive mervärdesskatt.

Beräkning av värdet av en koncession

2 § Den upphandlande myndigheten eller enheten ska beräkna värdet av en koncession efter en uppskattning av den sammanlagda omsättning som uppkommer för koncessionshavaren under kontraktets varaktighet, som ersättning för de byggentreprenader och tjänster som koncessionen avser och för de varor som följer med sådana byggentreprenader och tjänster.

3 § Beräkningen av det uppskattade värdet av en koncession ska avse värdet vid den tidpunkt då koncessionsmeddelandet skickas ut eller, om annonsering inte krävs, vid den tidpunkt då den upphandlande myndigheten eller enheten påbörjat upphandlingsförfarandet.

4 § Om värdet av koncessionen vid tidpunkten för tilldelningen är mer än 20 procent högre än det uppskattade värdet enligt 3 § ska värdet vid tilldelningen användas.

Metod för beräkning av det uppskattade värdet

5 § Värdet av en koncession ska beräknas med hjälp av en objektiv metod. Metoden ska anges i något av koncessionsdokumenten. Vid beräkningen ska, i tillämpliga fall, beaktas följande

1. värdet av varje form av options- och förlängningsklausul i fråga om koncessionens varaktighet,

2. intäkter i form av betalning av avgifter och straffavgifter som tas ut från andra användare av byggnadsverken eller tjänsterna än den upphandlande myndigheten eller enheten,

3. ersättningar eller andra ekonomiska fördelar oavsett form som koncessionshavaren får av den upphandlande myndigheten eller enheten eller någon annan myndighet, inbegripet ersättning för fullgörandet av en skyldighet att tillhandahålla ett offentligt uppdrag och offentligt investeringsstöd,

4. värdet av bidrag eller andra ekonomiska fördelar oavsett form som koncessionshavaren får från tredje part för utförandet av koncessionen,

5. intäkter från försäljning av eventuella tillgångar som är en del av koncessionen, samt

6. värdet av alla varor och tjänster som görs tillgängliga för koncessionshavaren av de upphandlande myndigheterna eller enheterna förutsatt att de är nödvändiga för att utföra bygg-entreprenaderna eller tjänsterna, och

7. premier eller ersättningar till anbudssökande eller anbudsgivare.

Förbud mot att välja beräkningsmetod i avsikt att kringgå bestämmelser

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

Förbud mot att dela upp en upphandling i avsikt att kringgå bestämmelser

7 § En koncession får inte delas upp i avsikt att kringgå bestämmelserna om upphandling över tröskelvärdet i denna lag, om det inte är berättigat av objektiva skäl.

Upphandling av delkontrakt

8 § Om en planerad byggtreprenad eller ett planerat tillhandahållande av tjänster kan innebära att flera koncessioner upphandlas samtidigt i form av delkontrakt, ska det sammanlagda värdet av delkontrakten beaktas vid tillämpningen av 1 §. Om tröskelvärdet då överskrids, ska varje enskild upphandling av delkontrakt göras enligt bestämmelserna om upphandling över tröskelvärdet i denna lag.

Vid upphandling av sådana delkontrakt som undantas med stöd av första stycket ska 15 kap. tillämpas.

6 kap. Förfarandet vid upphandling

1 § En upphandlande myndighet eller enhet ska vara fri att organisera förfarandet för val av koncessionshavare under förutsättning att principerna i 3 kap. 1 § och bestämmelserna i övrigt i denna lag följs.

Minimikrav

2 § Den upphandlande myndigheten eller enheten får ställa upp minimikrav avseende villkor och egenskaper som alla anbud ska uppfylla eller inneha. Kraven kan avse tekniska, fysiska, funktionsella eller rättsliga egenskaper.

Koncessionsdokumenten

3 § Den upphandlande myndigheten eller enheten ska i koncessionsmeddelandet tillhandahålla en beskrivning av koncessionen och villkoren för deltagande.

Den upphandlande myndigheten eller enheten ska i koncessionsmeddelandet eller något annat koncessionsdokument tillhandahålla en beskrivning av tilldelningskriterierna enligt 13 kap. 2 § och eventuella minimikrav som ska uppfyllas.

Regler om annonsering av ett koncessionsmeddelande finns i 8 kap.

Begränsning av antalet anbudssökande eller anbud

4 § Den upphandlande myndigheten eller enheten får begränsa antalet anbudssökande eller anbud till en lämplig nivå på grundval av objektiva kriterier. Antalet anbudssökande eller anbudsgivare ska vara tillräckligt stort för att effektiv konkurrens ska kunna säkerställas.

Tidsplan

5 § Den upphandlande myndigheten eller enheten ska upprätta en tidsplan för förfarandet med en preliminär tidsfrist för slutförandet. Samtliga deltagare ska få del av planen.

Om ändringar görs i planen ska samtliga deltagare underrättas om ändringen. Om en ändring avser sådant som angetts i koncessionsmeddelandet ska detta offentliggöras.

Förhandlingar

6 § Den upphandlande myndigheten eller enheten får förhandla med anbudssökande och anbudsgivare.

Föremålet för koncessionen, tilldelningskriterierna och minimikraven får inte ändras under förhandlingarnas gång.

Kontroll vid tilldelning

7 § En upphandlande myndighet eller enhet ska innan den tilldelar en koncession enligt 8 § kontrollera

1. att anbudet, i tillämpliga fall, uppfyller de minimikrav som den upphandlande myndigheten eller enheten har fastställt,

2. att anbudet uppfyller de villkor för deltagande som den upphandlande myndigheten eller enheten har fastställt i koncessionsdokumenten, och

3. att anbudsgivaren inte ska uteslutas med stöd av bestämmelserna i 11 kap.

8 § Koncessioner ska tilldelas enligt de kriterier som den upphandlande myndigheten eller enheten har fastställt och i enlighet med vad som anges i bestämmelserna 13 kap.

7 kap. Tekniska krav och funktionskrav

1 § Tekniska krav och funktionskrav ska ingå i något av koncessionsdokumenten. De ska ange de egenskaper som krävs hos de berörda byggtreprenaderna eller tjänsterna.

Egenskaperna får också avse den specifika processen eller metoden för att producera eller tillhandahålla byggtreprenaderna eller tjänsterna under förutsättning att de är kopplade till föremålet för kontraktet och står i proportion till dess värde och mål. Egenskaperna kan omfatta miljökrav.

2 § De tekniska kraven och funktionskraven får inte innehålla uppgifter om tillverkning, ursprung, eller särskilt framställningsförfarande som karakteriserar de varor eller tjänster som tillhandahålls av en specifik leverantör och inte heller hänvisningar till varumärke, patent, typ eller tillverkning, om detta leder till att vissa företag gynnas eller missgynnas.

Sådana hänvisningar som avses i första stycket får dock förekomma om det annars inte är möjligt att beskriva föremålet för kontraktet tillräckligt preciserat och begripligt. En sådan hänvisning ska följas av orden ”eller likvärdigt”.

3 § Om en upphandlande myndighet eller enhet väljer att hänvisa till tekniska krav eller funktionskrav får den inte förkasta ett anbud enbart på grund av att tjänsterna eller byggentreprenaderna inte överensstämmer med dessa krav, om anbudsgivaren i sitt anbud med lämpliga medel kan visa att de föreslagna lösningarna på ett likvärdigt sätt uppfyller kraven.

8 kap. Annonsering av upphandling

Annons om koncessionsmeddelande

1 § En upphandlande myndighet eller enhet som avser att tilldela en koncession ska informera om detta genom ett koncessionsmeddelande. Koncessionsmeddelandet ska offentliggöras, om inte något annat följer av 3 och 4 §§.

2 § En upphandlande myndighet eller enhet som avser tilldela en koncession för sociala tjänster och andra särskilda tjänster som anges i bilaga 3 ska informera om detta i enlighet med bestämmelserna i 15 kap.

Upphandling utan föregående annonsering

3 § Den upphandlande myndigheten eller enheten får upphandla en koncession utan föregående annonsering enligt 1 § om det som ska upphandlas kan tillhandahållas endast av en viss leverantör på grund av att

1. syftet med koncessionen är att skapa eller få ett unikt konstverk eller konstnärligt framförande,
2. det av tekniska skäl inte finns någon konkurrens,
3. det finns en ensamrätt, eller
4. det sker för att skydda immateriella rättigheter och andra ensamrätter än de som avses i 1 kap. 14 §.

Undantagen i första stycket 2–4 gäller endast om det inte finns något rimligt alternativ eller substitut och avsaknaden av konkurrens inte beror på en konstlad avgränsning av förutsättningarna för upphandlingen.

4 § Förutsatt att de ursprungliga villkoren för kontraktet inte ändrats väsentligt och att en rapport lämnas till Europeiska kommissionen om den så begär, får en upphandlande myndighet eller enhet tilldela en koncession utan annonsering av koncessionsmeddelandet enligt 1 § om det vid ett tidigare förfarande med annonsering inte lämnats några anbudsansökningar eller anbud eller inte några lämpliga anbudsansökningar eller lämpliga anbud.

Efterannons om resultatet av en upphandling

5 § En upphandlande myndighet eller enhet som har tilldelat en koncession ska skicka en efterannons om upphandlingsresultatet senast 48 dagar efter det att koncessionen tilldelats.

Annons om förhandsinsyn

6 § En upphandlande myndighet eller enhet som avser tilldela en koncession utan föregående annonsering enligt 3 § får skicka en annons om sin avsikt till Europeiska kommissionen (förhandsinsyn).

Kompletterande föreskrifter

7 § Regeringen kan med stöd av 8 kap. 7 § regeringsformen meddela föreskrifter om utformning och offentliggörande av annonser.

9 kap. Tidsfrister för att komma in med ansökningar och anbud

Bestämmande av tidsfristens längd

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

2 § Tidsfristen för att komma in med ansökningar och anbud ska vara minst 30 dagar från den dag koncessionsmeddelandet skickades för publicering.

Om förfarandet sker i successiva steg ska tidsfristen för att komma in med anbud vara minst 22 dagar från den dag då inbjudan att lämna anbud skickades.

Första och andra styckena gäller inte om något annat följer av 3–5 §§.

Förkortad tidsfrist vid elektroniska anbud

3 § Om den upphandlande myndigheten eller enheten tillåter att anbudena skickas in elektroniskt får tidsfristen för att komma in med anbud förkortas med fem dagar.

Förlängning av tidsfrister för att komma in med anbud

4 § Tidsfristen för att komma in med ansökningar eller anbud ska förlängas så att alla leverantörer ska kunna få kännedom om all den information som behövs för att utarbeta en ansökning eller ett anbud, om ansökningar eller anbud inte kan lämnas annat än efter ett besök på plats.

5 § Tidsfristen för att komma in med anbud ska förlängas om den upphandlande myndigheten eller enheten inte med elektroniska medel ger fri, direkt, fullständig och kostnadsfri tillgång till koncessionsdokumenten från den dag koncessionsmeddelandet skickas för publicering eller inbjudan att lämna anbud skickas till anbudssökandena.

Elektronisk tillgång till koncessionsdokumenten vid annonsering

6 § Den upphandlande myndigheten eller enheten ska vid annonsering av koncessionsmeddelandet med elektroniska medel ge fri, direkt, fullständig och kostnadsfri tillgång till koncessionsdokumenten från den dag då koncessionsmeddelandet skickas

för publicering. Den internetadress där dokumenten finns tillgängliga ska anges i koncessionsmeddelandet.

Om koncessionsmeddelandet inte innehåller någon inbjudan att lämna anbud ska sådan tillgång till koncessionsdokumenten som avses i första stycket i stället ges från den dag inbjudan att lämna anbud skickas för publicering.

Om den upphandlande myndigheten eller enheten inte kan ge elektronisk tillgång till något koncessionsdokument enligt första stycket, ska myndigheten eller enheten i koncessionsmeddelandet eller inbjudan att lämna anbud upplysa om hur tillgång kan ges till dokumentet på annat sätt. En sådan upplysning ska innehålla uppgift om tidsfristen för att begära tillgång till dokumentet.

Tillhandahållande av kompletterande handlingar och upplysningar

7 § Den upphandlande myndigheten eller enheten ska till alla sökande eller anbudsgivare som deltar i upphandlingsförfarandet lämna ut kompletterande handlingar och kompletterande upplysningar om koncessionsdokumenten senast sex dagar före angiven sista dag för att komma in med anbud, förutsatt att sådana upplysningar har begärts i god tid.

10 kap. Kommunikation, information till leverantörer och dokumentation

Kommunikation med hjälp av elektroniska medel

Kommunikation mellan en upphandlande myndighet eller enhet och leverantörer

1 § En upphandlande myndighet eller enhet ska se till att elektroniska medel används så långt det är möjligt vid kommunikation under en upphandling enligt denna lag.

2 § Användningen av elektroniska medel vid kommunikation ska vara icke-diskriminerande och inte begränsa leverantörernas tillträde till en upphandling.

De elektroniska medlen ska vara allmänt tillgängliga och möjliga att använda tillsammans med sådan maskin- och programvara som används i allmänhet.

Leverantörers kommunikation med en upphandlande myndighet eller enhet

3 § En upphandlande myndighet eller enhet ska anvisa elektroniska medel som leverantörer ska använda när de kommunicerar med myndigheten eller enheten. Leverantörerna ska vid kommunikationen använda de elektroniska medel som myndigheten har anvisat.

De anvisade elektroniska medlen enligt första stycket ska uppfylla kraven enligt 2 §, om inte annat följer av 7 §.

Bestämmelser om undantag från första stycket finns i 4–6 §§.

4 § En upphandlande myndighet eller enhet är inte skyldig att anvisa elektroniska medel för kommunikation enligt 3 § om

1. en användning av sådana medel på grund av en upphandlings specialiserade beskafterhet kräver särskilda utrustningar eller filformat som inte är allmänt tillgängliga eller som inte stöds av allmänt tillgängliga applikationer,

2. de filformat som är lämpliga för beskrivningen av ett anbud inte kan användas med någon annan applikation än en som

a) inte är öppen eller allmänt tillgänglig, eller

b) omfattas av en licensordning och inte kan göras tillgänglig genom nedladdning eller direktanslutning för myndigheten eller enheten,

3. en användning av sådana medel kräver specialiserad kontorsutrustning som inte är allmänt tillgänglig för myndigheten eller enheten, eller

4. det enligt koncessionsdokumenten krävs att leverantörerna lämnar in fysiska modeller till myndigheten eller enheten.

Om myndigheten eller enheten inte anvisar något elektroniskt medel för kommunikation i en upphandling för delar av eller hela kommunikationen enligt första stycket, ska motsvarande delar av eller hela kommunikationen genomföras med andra medel än elektroniska.

5 § En upphandlande myndighet eller enhet får göra undantag från 3 § och anvisa andra medel än elektroniska för kommunikation på grund av informationssäkerhetsbrister hos myndigheten eller enheten, eller om kommunikationen rör uppgifter av särskilt känslig natur.

Undantag enligt första stycket får göras endast i den utsträckning det är nödvändigt för att uppnå tillräckligt skydd mot att uppgifterna röjs obehörigen och detta inte kan uppnås genom användning av elektroniska medel som

1. är allmänt tillgängliga för leverantörer eller
2. kan göras tillgängliga för leverantörer genom alternativa medel för kommunikation enligt 7 §.

6 § Utan hinder av skyldigheten att anvisa elektroniska medel får myndigheten eller enheten kommunicera muntligt, om det är lämpligt och kommunikationen inte avser de väsentliga delarna av upphandlingen samt myndigheten eller enheten dokumenterar uppgifterna från den muntliga kommunikationen, om de har betydelse för handläggningen av upphandlingen.

7 § En upphandlande myndighet eller enhet får vid behov anvisa ett elektroniskt medel trots att det kräver användning av sådan utrustning att medlet inte är att anse som allmänt tillgängligt. Om myndigheten eller enheten anvisar ett sådant medel, ska den erbjuda lämpliga alternativa elektroniska medel för kommunikation.

Information om användning av elektroniska medel

8 § En upphandlande myndighet eller enhet ska se till att information om de specifikationer som är nödvändiga för elektronisk inlämning av anbudsansökningar och anbud, inbegripet kryptering och tidsstämpling, ska finnas tillgänglig för alla berörda parter.

Krav på den utrustning som används vid elektronisk överföring och mottagning

9 § En upphandlande myndighet eller enhet får kräva att en anbudsansökan eller ett anbud ska vara försedd med en avancerad elektronisk signatur enligt lagen (2000:832) om kvalificerade elektroniska signaturer, om det behövs.

Myndigheten eller enheten ska ha sådan utrustning att den på ett säkert sätt elektroniskt kan ta emot och fastställa tid och dag för mottagande av anbudsansökningar och anbud. Utrustningen ska vara försedd med sådana säkerhetsanordningar att vissa uppgifter går att få fram, att bara behöriga personer ska få tillgång till uppgifterna och att det ska gå att spåra om någon obehörig har tagit del av uppgifterna.

De åtgärder som en myndighet eller enhet vidtar i olika faser av kommunikationen för att tillse att hanteringen blir tillräckligt säker, ska stå i proportion till de risker som har identifierats i respektive fas.

Regeringen kan med stöd av 8 kap. 7 § regeringsformen meddela föreskrifter om säkerhetsanordningar i fråga om mottagandet av anbudsansökningar och anbud.

Uppgifter från leverantörer ska bevaras säkert

10 § Uppgifter som har lämnats vid kommunikation under en upphandling ska bevaras säkert.

Tidpunkten när del får tas av innehållet i anbudsansökningarna eller anbuden

11 § En upphandlande myndighet eller enhet får inte ta del av innehållet i anbudsansökningarna och anbuden förrän tidsfristen för att komma in med anbudsansökan respektive anbud har gått ut.

Information till leverantörer

Underrättelse om beslut

12 § En upphandlande myndighet eller enhet ska snarast möjligt skriftligen underrätta anbudssökandena och anbudsgivarna om de beslut som har fattats om att tilldela en koncession. Underrättelsen ska innehålla namnet på den utvalda anbudsgivaren, skälen för beslutet och uppgift om den period under vilken avtal enligt 16 kap. 1 § inte får ingås (avtalsspärr).

En skriftlig underrättelse ska snarast möjligt lämnas till anbudssökandena och anbudsgivarna även när en upphandlande myndighet eller enhet beslutar att avbryta en upphandling efter det att koncessionsmeddelandet annonserats samt vid beslut att göra om upphandlingen. I underrättelsen ska skälen för beslutet anges.

13 § En upphandlande myndighet eller enhet ska till den anbudssökande eller anbudsgivare vars ansökan respektive anbud har förkastats lämna upplysningar om skälen för beslutet.

Upplysningar på begäran av en leverantör

14 § En upphandlande myndighet eller enhet ska på begäran av en anbudsgivare som har lämnat ett godtagbart anbud lämna upplysningar om egenskaperna hos och de relativa fördelarna med det valda anbudet. Upplysningar ska lämnas snarast möjligt och senast inom 15 dagar från det att en skriftlig begäran kom in.

Anbudsgivare är bunden av sitt anbud

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

En anbudsgivare är bunden av sitt anbud även om anbudsgivaren har fått en underrättelse enligt 12 § första stycket eller upplysningar enligt 13 eller 14 §.

Dokumentation av förfaranden

16 § En upphandlande myndighet eller enhet ska dokumentera genomförandet av en upphandling. Dokumentationen ska vara tillräcklig för att motivera myndighetens eller enhetens beslut under upphandlingens samtliga skeden.

Bevarande av handlingar

17 § 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 och liknande dokument.

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

11 kap. Uteslutning av leverantörer

Omständigheter som ska medföra uteslutning av leverantörer

Brott

1 § En upphandlande myndighet eller en sådan upphandlande enhet som avses i 1 kap. 17 § första stycket 1 ska utesluta en leverantör från att delta i en upphandling, om myndigheten eller enheten får kännedom om att leverantören enligt en lagakraftvunnen dom är dömd för brott som innefattar

1. sådan brottslighet som avses i artikel 2 i rådets rambeslut 2008/841/RIF av den 24 oktober 2008 om kampen mot organiserad brottslighet,

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

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

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

finansiella systemet används för penningtvätt och finansiering av terrorism,

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

6. människohandel enligt definitionen i artikel 2 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2011/36/EU av den 5 april 2011 om förebyggande och bekämpande av människohandel, om skydd av dess offer och om ersättande av rådets rambeslut 2002/629/RIF.

Är leverantören en juridisk person, ska leverantören uteslutas om en person som ingår i leverantörens förvaltnings-, lednings- eller kontrollorgan har dömts för brottet. Detsamma gäller om personen är behörig att företräda, fatta beslut om eller kontrollera leverantören.

Obetalda skatter och socialförsäkringsavgifter

2 § En upphandlande myndighet eller en sådan upphandlande enhet som avses i 1 kap. 17 § första stycket 1 ska utesluta en leverantör från att delta i en upphandling, om myndigheten eller enheten får kännedom om att leverantören inte har fullgjort sina åligganden avseende skatter eller socialförsäkringsavgifter i det egna landet eller i det land där upphandlingen sker och detta har fastställts genom ett lagakraftvunnet och bindande domstolsavgörande eller myndighetsbeslut.

En upphandlande myndighet eller en sådan upphandlande enhet som avses i 1 kap. 17 § första stycket 1 får utesluta en leverantör från att delta i en upphandling, om myndigheten på ett annat lämpligt sätt kan visa att de skyldigheter som avses i första stycket inte har fullgjorts.

Omständigheter som får medföra uteslutning av leverantörer

3 § En upphandlande enhet som inte är en sådan enhet som avses i 1 kap. 17 § första stycket 1 får på de grunder som avses i 1 och 2 §§ utesluta leverantören från att delta i upphandlingen.

4 § En upphandlande myndighet eller enhet får utesluta en leverantör från att delta i en upphandling, om

1. myndigheten eller enheten på något lämpligt sätt kan påvisa att leverantören har åsidosatt tillämpliga skyldigheter som avses i 4 kap. 4 §,

2. leverantören är i konkurs eller är föremål för insolvens- eller likvidationsförfaranden, är föremål för tvångsförvaltning, har ingått ackordsuppgörelse med borgenärer, har avbrutit sin näringsverksamhet eller befinner sig i en motsvarande situation till följd av ett liknande förfarande enligt nationella lagar och andra författningar,

3. myndigheten eller enheten på lämpligt sätt kan visa att leverantören gjort sig skyldig till något allvarligt fel i yrkesutövningen som gör att leverantörens redbarhet kan ifrågasättas,

4. myndigheten eller enheten har tillräckligt sannolika indikationer på att leverantören har ingått överenskommelser med andra leverantörer som syftar till att snedvrida konkurrensen,

5. leverantören har visat allvarliga eller ihållande brister i fullgörandet av något materiellt krav enligt en tidigare koncession, ett tidigare kontrakt med en upphandlande myndighet eller upphandlande enhet som definieras i denna lag eller lagen (0000:000) om upphandling inom försörjningssektorerna, och detta har medfört att det tidigare kontraktet sagts upp i förtid eller lett till skadestånd eller jämförbara påföljder,

6. myndigheten eller enheten inte kan undvika en snedvridning av konkurrensen eller inte kan garantera en likabehandling av leverantörerna på grund av att det föreligger jäv och detta inte kan avhjälpas genom andra mindre ingripande åtgärder än uteslutning av leverantören,

7. leverantören i allvarlig omfattning har lämnat oriktiga uppgifter beträffande den information som kan begäras för kontroll av att det inte finns grund för att utesluta leverantören från att delta i upphandlingen enligt 1–8 §§ eller av att leverantören uppfyller uppställda krav för val av leverantörer, har undanhållit sådan information eller inte har kunnat lämna de kompletterande dokument som krävs, och

8. leverantören otillbörligt har försökt att påverka den upphandlande myndighetens eller enhetens beslutsprocess, tillägna sig sekretessbelagda uppgifter som kan ge leverantören otillbörliga

fördelar i upphandlingen eller av oaktsamhet har lämnat vilseledande uppgifter som kan ha en väsentlig inverkan på de beslut som fattas under upphandlingen i fråga om uteslutning av leverantörer, val av leverantörer som kan tilldelas kontrakt och tilldelning av kontrakt.

Första stycket gäller även för uteslutning av en leverantör, vid upphandling av koncessioner på försvars- och säkerhetsområdet om leverantören på grundval av någon form av bevis, inbegripet skyddade datakällor, har befunnits sakna den tillförlitlighet som krävs för att utesluta risker för rikets säkerhet. Myndigheten eller enheten får grunda sitt beslut på någon form av bevis som även kan bestå av skyddade uppgiftskällor. Uttrycket försvars- och säkerhetsområdet ska ha samma betydelse som i lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

Utredning

5 § En upphandlande myndighet eller enhet ska innan den beslutar att utesluta en leverantör på de grunder som anges i 1–4 §§, ge leverantören tillfälle att inom en bestämd tid yttra sig över de omständigheter som myndigheten menar utgör skäl för uteslutning.

Om leverantören anser att skäl inte finns för uteslutning, ska det anges i yttrandet. Leverantören bör även tillsammans med yttrandet ge in sådan utredning i övrigt som visar att denne är tillförlitlig.

Undantag från uteslutning i vissa fall

6 § En leverantör ska inte uteslutas enligt 1 eller 3 §, om leverantören visar att denne har

1. ersatt eller åtagit sig att ersätta eventuella skador som har orsakats av brottet eller det allvarliga felet,

2. klargjort förhållanden och omständigheter på ett uttömmande sätt och aktivt samarbetar med de utredande myndigheterna eller enheterna, och

3. vidtagit lämpliga konkreta tekniska, organisatoriska och personalmässiga åtgärder för att förhindra ytterligare brott eller allvarliga fel.

När en upphandlande myndighet eller enhet bedömer om leverantörens åtgärder enligt första stycket är tillräckliga, ska myndigheten eller enheten beakta allvarlighetsgraden och de särskilda omständigheterna kring brottet eller det allvarliga felet.

En leverantör ska inte uteslutas enligt 3 §, när denne har fullgjort sina åligganden avseende skatter och socialförsäkringsavgifter inklusive eventuell ränta eller sanktionsavgift eller ingått en bindande överenskommelse om betalning eller motsvarande.

7 § En upphandlande myndighet eller enhet får underlåta att följa en skyldighet att utesluta en leverantör, om det finns tvingande hänsyn till allmänintresset.

Beslut om uteslutning

8 § En upphandlande myndighet eller enhet kan när som helst under en upphandling utesluta en leverantör från att delta i upphandlingen enligt 1–7 §§, om grund för uteslutning enligt dessa paragrafer visar sig föreligga med hänsyn till leverantörens handlande eller underlåtenhet att handla antingen före eller under upphandlingen.

En upphandlande myndighet eller enhet ska snarast underrätta en leverantör skriftligen om beslutet och dess skäl.

12 kap. Val av leverantörer

1 § Innan kontrakt tilldelas enligt 13 kap. ska den upphandlande myndigheten eller enheten kontrollera att villkoren för deltagande enligt 2 § är uppfyllda. Kontrollen ska göras med utgångspunkt i anbudssökandenas och anbudsgivarnas egen försäkran eller referenser som lämnats in som bevis enligt kraven i koncessionsmeddelandet.

2 § En upphandlande myndighet eller enhet får för urvalet av de leverantörer som ska kunna tilldelas en koncession endast tillämpa kriterier som avser yrkesmässig och teknisk kapacitet samt ekonomisk och finansiell ställning.

3 § De villkor för deltagande som myndigheten eller enheten väljer att tillämpa ska ha samband med och stå i proportion till behovet att se till att leverantören har förmåga att utföra koncessionen med hänsyn till föremålet för denna och syftet att säkerställa verklig konkurrens.

Leverantörers utnyttjande av andra företags kapacitet

4 § En leverantör får vid behov och för fullgörandet av en specifik koncession utnyttja andra företags kapacitet för att uppfylla tillämpliga krav för val av leverantörer som avser yrkesmässig och teknisk kapacitet samt ekonomisk och finansiell ställning enligt 2 §.

Andra företags kapacitet får utnyttjas enligt första stycket oavsett den rättsliga arten av förbindelserna mellan leverantören och företagen. Förbindelserna ska dock visa att leverantören kommer att kunna förfoga över de nödvändiga resurserna under fullgörandet av koncessionen.

5 § En leverantör kan till stöd för att denne uppfyller tillämpliga krav enligt 2 § genom utnyttjande av andra företags kapacitet lämna ett dokument av vilket det framgår att företagen åtar sig att ställa nödvändiga resurser för koncessionens fullgörande till leverantörens förfogande.

6 § Myndigheten eller enheten får besluta att leverantörerna och de företag vars kapacitet leverantören avser att utnyttja ska vara solidariskt ansvariga för fullgörandet av kontraktet, om kapaciteten som ska utnyttjas avser ekonomisk och finansiell ställning enligt 2 §.

7 § Under de villkor som följer av 4–6 §§ kan också en grupp av leverantörer enligt 4 kap. 7 § åberopa kapaciteten hos deltagarna i gruppen eller andra företag.

13 kap. Tilldelning av koncessioner

Tilldelning av koncession

1 § En upphandlande myndighet eller enhet ska tilldela en koncession på grundval av de tilldelningskriterier som anges i 2 §.

2 § Tilldelningskriterierna

1. ska vara förenliga med de principer som anges i 4 kap. 1 §,
2. ska säkerställa att anbudet bedöms i konkurrens med varandra i syfte att fastställa allmänna ekonomiska fördelar för den upphandlande myndigheten eller enheten,
3. ska ha koppling till koncessionsföremålet, och
4. får inte ha en sådan utformning att myndigheten eller enheten får en obegränsad valfrihet vid utvärderingen av anbudet.

Tilldelningskriterierna ska också innehålla krav som gör det möjligt för myndigheten eller enheten att med stöd av 3 § kontrollera de uppgifter som lämnas.

De får innefatta miljökriterier, sociala kriterier eller kriterier avseende innovation.

3 § Den upphandlande myndigheten eller enheten ska kontrollera om anbudet uppfyller tilldelningskriterierna.

Prioritetsordning av tilldelningskriterier

4 § De upphandlande myndigheterna och enheterna ska ange tilldelningskriterierna i fallande prioritetsordning.

Om det i ett anbud föreslås en innovativ lösning med funktionella prestanda på en synnerligen hög nivå, som den upphandlande myndigheten eller enheten inte hade kunnat förutse får myndigheten eller enheten ändra prioritetsordningen om det finns särskilda skäl för detta. En sådan ändring ska medföra att de nya möjligheter som den innovativa lösningen föreslår kan beaktas.

Ändringen av prioritetsordningen får inte göras på ett sätt som leder till diskriminering.

5 § Om den upphandlande myndigheten eller enheten ändrar prioritetsordningen enligt 4 § andra stycket ska myndigheten eller enheten informera samtliga anbudsgivare om ändringen och utfärda en ny inbjudan att lämna anbud. Vid anbudsinbjudan ska de minimitidsfrister som anges 9 kap. 2 § andra stycket beaktas.

Om tilldelningskriterierna offentliggjorts vid annonseringen av koncessionsmeddelandet ska den upphandlande myndigheten eller enheten annonsera ett nytt koncessionsmeddelande med den nya prioritetsordningen. Vid annonseringen av koncessionsmeddelandet ska de minimitidsfrister som anges 9 kap. 2 § första stycket beaktas.

14 kap. Fullgörande av koncessioner

När en leverantör anlitar underleverantörer för att fullgöra en koncession

1 § En leverantör får för fullgörandet av en koncession som denne har tilldelats anlita underleverantörer som ska fullgöra koncessionen i enlighet med de skyldigheter som avses i 4 kap. 4 §.

Uppgifter om hur leverantören planerar att koncessionen ska fullgöras

2 § En upphandlande myndighet eller enhet får begära att leverantörer ska lämna in uppgifter om hur stor del av koncessionen som leverantören kan komma att fullgöra genom att anlita underleverantörer enligt 1 §, och de underleverantörer som leverantören avser att anlita för att fullgöra koncessionen i den delen.

Offentliggörande

3 § Myndigheten eller enheten ska i något av koncessionsdokumenten ange de uppgifter leverantörerna ska lämna in till myndigheten eller enheten enligt 2 §.

Uppgifter som ska lämnas innan fullgörandet av en koncession påbörjas

4 § En upphandlande myndighet eller enhet ska ställa krav på att koncessionshavaren ska lämna in sådana uppgifter som avses i 5 § innan fullgörandet av koncessionen påbörjas, om koncessionen avser

1. färdigställande av en byggentreprenad eller
2. en tjänst som ska tillhandahållas vid en anläggning under direkt tillsyn av myndigheten eller enheten.

5 § Myndigheten eller enheten ska enligt 4 § ställa krav på att koncessionshavaren anger namn på och kontaktuppgifter för sådana underleverantörer som anlitas enligt 1 §. Samma uppgifter ska lämnas för legala ställföreträdare för dessa underleverantörer.

Myndigheten eller enheten ska också ställa krav på att koncessionshavaren ska underrätta myndigheten eller enheten om varje ändring av sådana uppgifter som avses i första stycket som görs under koncessionens löptid.

Bestämmelserna i första och andra styckena gäller inte om underleverantören är en varuleverantör.

Ändringar av kontrakt under löptiden

Ändring av kontrakt utan att en ny upphandling genomförs

6 § En koncession får ändras under dess löptid utan att den upphandlande myndigheten eller enheten genomför en ny upphandling, endast om ändringarna är sådana som avses i 7–12 §§.

Mindre ändringar av kontraktetsvärde

7 § En ändring av koncessionens värde medför inte att upphandlingen ska göras om i fall den är lägre än de värden som följer av andra stycket och den inte medför att koncessionens övergripande karaktär ändras. Värdet av ändringen ska bedömas på grundval av det samlade nettovärdet av flera ändringar, om ändringarna har genomförts som successiva ändringar.

Värdet av ändringen enligt första stycket ska vara lägre än

1. tröskelvärdet enligt 5 kap. och
2. 10 procent av den ursprungliga koncessionens värde.

Ändringar i särskilda fall

8 § En ändring är tillåten om den görs enligt en sådan ändringsklausul som avses i andra stycket och den inte medför att koncessionens övergripande karaktär ändras.

En ändringsklausul ska klart, exakt och entydigt beskriva under vilka förutsättningar den kan tillämpas. Den ska också ange omfattningen och arten av ändringarna som kan komma att göras.

9 § En ändring genom en sådan kompletterande beställning som avses i andra stycket är tillåten oberoende av beställningens värde.

En beställning får göras som en kompletterande beställning av tjänster eller byggtreprenader som inte ingick i den ursprungliga upphandlingen från koncessionshavaren, om

1. beställningen har blivit nödvändig att göra,
2. ett byte av koncessionshavare inte kan göras av ekonomiska eller tekniska skäl, och
3. ett byte av leverantör skulle medföra betydande olägenheter eller betydligt större omkostnader för den upphandlande myndigheten eller enheten.

Om upphandlingen genomförs av en upphandlande myndighet och koncessionen avser annan verksamhet än sådan verksamhet som avses i bilaga 2 är en ändring genom en sådan kompletterande beställning som avses i tredje stycket tillåten endast om den inte innebär att värdet ökar med mer än 50 procent av värdet på den ursprungliga koncessionen. Om flera ändringar genomförs successivt, ska begränsningen i fråga om ökningen av värdet tillämpas på varje enskild ändring.

10 § En ändring är tillåten om behovet av den har uppstått till följd av omständigheter som den upphandlande myndigheten eller enheten inte har kunnat förutse och om den inte medför att koncessionens övergripande karaktär ändras.

Om upphandlingen genomförs av en upphandlande myndighet för bedrivande av annan verksamhet än sådan verksamhet som

avses i bilaga 2 är en ändring är tillåten under de förutsättningar som anges i första stycket och om den inte innebär att värdet ökar med mer än 50 procent av värdet på den ursprungliga koncessionen. Om flera ändringar genomförs successivt, ska begränsningen i fråga om ökningen av värdet tillämpas på varje enskild ändring.

11 § Byte av den koncessionshavare som ursprungligen har tilldelats koncessionen till en annan leverantör är en tillåten ändring om

1. det inte finns skäl att utesluta den nya leverantören med stöd av 11 kap. och denne uppfyller tillämpliga krav för val av leverantörer i den ursprungliga upphandlingen enligt 12 kap. 2 och 3 §§,

2. den nya leverantören helt eller delvis inträder i den ursprungliga koncessionshavarens ställe till följd av företagsomstruktureringar, och

3. omstruktureringarna inte medför andra väsentliga ändringar av kontraktet.

Om den upphandlande myndigheten eller enheten övertar den ursprungliga leverantörens skyldigheter gentemot leverantörens underleverantörer, ska det också anses vara ett byte av leverantör och en tillåten ändring.

När ett byte av koncessionshavare gjorts är den nya leverantören att anse som koncessionshavare.

Övriga ändringar som inte är att anse som väsentliga

12 § En ändring som inte omfattas av bestämmelserna i 7–11 §§ ska ändå anses vara en tillåten ändring om den inte är väsentlig enligt andra stycket.

En ändring ska anses vara väsentlig om

1. den inför nya villkor i koncessionen som om de hade ingått i den ursprungliga upphandlingen hade medfört att andra anbudssökande bjöds in att delta, att andra anbud blev aktuella att utvärdera eller att ytterligare leverantörer deltog i upphandlingen än de som bjöds in, utvärderades, deltog i den ursprungliga upphandlingen,

2. den innebär att koncessionens ekonomiska jämvikt ändras till förmån för den leverantör som har tilldelats koncessionen på ett sätt som inte medgavs i den ursprungliga koncessionen,
3. den medför att koncessionens omfattning utvidgas betydligt, eller
4. den innebär att den koncessionshavare som ursprungligen har tilldelats koncessionen byts ut mot en annan leverantör utan att förutsättningarna enligt 11 § är uppfyllda för ett sådant byte.

Beräkning av värdeökningar

13 § Vid beräkningen av värdet enligt 7 § andra stycket 2 ska det uppdaterade värdet vara referensvärdet, om kontraktet omfattar en indexeringsklausul.

Om koncessionen inte innehåller någon indexeringsklausul ska det uppdaterade värdet beräknas med hänsyn till den genomsnittliga inflationen i den medlemsstat där den upphandlande myndigheten eller enheten finns.

Offentliggörande

14 § En upphandlande myndighet eller enhet ska i något av koncessionsdokumenten i den ursprungliga upphandlingen beskriva de ändringsklausuler som avses i 8 §.

15 § En upphandlande myndighet eller enhet som ändrar en koncession med stöd av 9 eller 10 § ska offentliggöra detta i ett meddelande i Europeiska unionens officiella tidning.

Avslutande av kontrakt

16 § En upphandlande myndighet eller enhet får avsluta en koncession, om

1. den har varit föremål för en ändring som inte är tillåten enligt 6 § och koncessionen därför ska upphandlas,
2. koncessionshavaren borde ha uteslutits enligt 11 kap. 1 §, eller

3. Europeiska unionens domstol i ett förfarande i enlighet med artikel 258 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt finner att Sverige inte fullgjort sina skyldigheter enligt kraven i fördraget avseende Europeiska unionen och fördraget om Europeiska unionens funktionssätt genom att en upphandlande myndighet eller enhet har tilldelat en koncession utan att iaktta kraven i de fördragen och Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/23/EU av den 26 februari 2014 om tilldelning av koncessioner.

15 kap. Upphandling som inte omfattas av direktivet samt upphandling av vissa sociala tjänster och andra särskilda tjänster

Tillämpningsområdet

1 § Detta kapitel gäller i fråga om

1. upphandling av koncessioner som avser sådana tjänster som anges i bilaga 3 (sociala tjänster och andra särskilda tjänster) och

2. upphandling av koncessioner vars värde beräknas understiga det tröskelvärde som gäller enligt bestämmelserna i 5 kap.

När ett kontrakt utgör ett blandat kontrakt eller en upphandling avser flera verksamheter i den mening som avses i 2 kap. äger det kapitlet motsvarande tillämpning.

Principer för upphandling av koncessioner

2 § Vid upphandlingar enligt detta kapitel ska upphandlande myndigheter och enheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingarna på ett öppet sätt. Upphandlingarna ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet.

3 § En upphandling enligt detta kapitel får inte utformas i syfte att undanta den från denna lags tillämpningsområde och får inte heller utformas på ett sätt som otillbörligt gynnar eller missgynnar vissa leverantörer eller vissa varor, tjänster eller byggentreprenader.

4 § En upphandlande myndighet eller enhet bör beakta miljö- hänsyn och sociala hänsyn vid upphandling av koncessioner om upphandlingens art motiverar detta.

5 § För att säkerställa att leverantörer som har tilldelats koncessioner enligt detta kapitel fullgör kontrakten i enlighet med tillämpliga miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter, bör upphandlande myndigheter och enheter vidta de lämpliga åtgärder som är förenliga med bestämmelserna i detta kapitel.

Annonsering av upphandling

Förhandsmeddelande

6 § En upphandlande myndighet eller enhet som avser tilldela en koncession enligt detta kapitel, ska informera om detta genom ett förhandsmeddelande.

Efterannons om resultatet av en upphandling

7 § En upphandlande myndighet eller enhet som har tilldelat en koncession enligt detta kapitel ska efterannonsera om upphandlingsresultatet enligt bestämmelserna i 8 kap. 5 §, om koncessionens värde uppgår till minst det tröskelvärde som gäller enligt bestämmelserna i 5 kap.

Myndigheten eller enheten får dock vid tillämpningen av bestämmelserna i 8 kap. 5 § kvartalsvis gruppera sådana efterannonser som avses i första stycket och skicka dem senast 48 dagar efter utgången av varje kvartal.

Dokumentation, underrättelse och förvaring av handlingar

8 § En upphandlande myndighet eller enhet ska dokumentera genomförandet av en upphandling. Dokumentationen ska vara tillräcklig för att motivera myndighetens eller enhetens beslut under upphandlingens samtliga skeden.

9 § Vid upphandling enligt detta kapitel ska den upphandlande myndigheten snarast möjligt skriftligen underrätta anbudssökandena och anbudsgivarna om sådana beslut som avses i 10 kap. 12 och 13 §§ och lämna sådana upplysningar som avses i 10 kap. 12–14 §§.

10 § 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 8 § och liknande dokument.

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

Avtalsspärr, överprövning, skadestånd och upphandlingsskadeavgift

11 § Bestämmelserna om avtalsspärr, överprövning och skadestånd i 16 kap. och om upphandlingsskadeavgift i 17 kap. gäller vid upphandlingar enligt detta kapitel.

16 kap. Avtalsspärr, överprövning och skadestånd

Avtalsspärr

Allmänna bestämmelser om avtalsspärr

1 § Om en upphandlande myndighet eller enhet är skyldig att skicka en underrättelse om tilldelningsbeslut enligt 10 kap. 12 § eller 15 kap. 9 § och underrättelsen har skickats med ett elektroniskt medel, får den upphandlande myndigheten eller enheten inte ingå avtal (avtalsspärr) förrän tio 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.

Undantag från avtalsspärr

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

Avtalsspärr vid förhandsinsyn

3 § Vid förhandsinsyn enligt 8 kap. 6 § får den upphandlande myndigheten eller enheten inte ingå avtal förrän tio dagar har gått från det att annonsen om förhandsinsyn publicerats.

Överprövning

Allmänna bestämmelser om överprövning

4 § Efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada får allmän förvaltningsdomstol överpröva

1. en upphandling, och
2. giltigheten av ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet eller enhet och en leverantör.

Behörig domstol

5 § En ansökan om överprövning ska göras hos den förvaltningsrätt i vars domkrets den upphandlande myndigheten eller enheten har sin hemvist.

Prövningstillstånd krävs vid överklagande till kammarrätten.

Överprövning av en upphandling

6 § Om den upphandlande myndigheten eller enheten har brutit mot de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Överprövning av en upphandling får inte ske efter det att avtal har slutits mellan den upphandlande myndigheten eller enheten och en leverantör.

7 § Om den upphandlande myndigheten eller enheten under pågående överprövning av en upphandling ingår ett avtal i strid med 1, 3, 8, 9 eller 10 §, ska rätten, på yrkande av leverantören, överpröva avtalets giltighet i enlighet med 13–15 §§.

Förlängd avtalsspärr

8 § Om en ansökan om överprövning av en upphandling har gjorts, fortsätter avtalsspärr enligt 1 eller 3 § att gälla under handläggningen i förvaltningsrätten (förlängd avtalsspärr).

Rätten får besluta att någon förlängd avtalsspärr inte ska gälla.

Interimistiskt beslut vid överprövning av en upphandling

9 § I fall då avtalsspärr enligt 1, 3 eller 8 § inte gäller får rätten besluta att den upphandlande myndigheten eller enheten inte får ingå avtal innan något annat har bestämts.

Rätten får avstå från att fatta beslut enligt första stycket, om den skada eller olägenhet som åtgärden skulle medföra kan bedömas vara större än skadan för leverantören.

Tiodagarsfrist

10 § När en förlängd avtalsspärr gäller enligt 8 §, får den upphandlande myndigheten eller enheten inte ingå avtal förrän tio dagar har gått från det att förvaltningsrätten har avgjort målet.

När en förvaltningsrätt eller en kammarrätt har fattat ett beslut enligt 9 §, får avtal inte ingås förrän tio dagar har gått från det att domstolen har avgjort målet eller upphävt beslutet. När Högsta förvaltningsdomstolen har fattat ett beslut enligt 9 § och beslutat att återförvisa målet till lägre instans, får avtal inte ingås förrän tio dagar har gått från beslutet om återförvisning.

Rätten får besluta att någon tiodagarsfrist inte ska gälla.

11 § En ansökan om överprövning av en upphandling ska ha kommit in till förvaltningsrätten före utgången av en sådan avtals-spärr som avses i 1 eller 3 §.

12 § En ansökan om överprövning av ett beslut att avbryta en upphandling ska ha kommit in till förvaltningsrätten innan tio dagar har gått från det att den upphandlande myndigheten eller enheten med ett elektroniskt medel har skickat en underrättelse om beslutet och angett skälen för detta.

Om underrättelsen har skickats på annat sätt än med ett elektroniskt medel till en eller flera anbudssökande eller anbudsgivare, ska en ansökan om överprövning ha kommit in till förvaltningsrätten innan 15 dagar har gått från utskickandet.

Överprövning av ett avtals giltighet

13 § Rätten ska besluta att ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndigheten eller enhet och en leverantör är ogiltigt, om avtalet har slutits utan föregående annonsering enligt 8 kap. 1 § eller 15 kap. 6 §.

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. 9 §. 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.

14 § Om det finns tvingande hänsyn till ett allmänintresse, ska rätten besluta att avtalet får bestå trots att förutsättningarna för ogiltighet enligt 13 § är uppfyllda.

15 § Bestämmelserna om ogiltighet i 13 § ska inte tillämpas om en upphandlande myndighet eller enhet genom förhandsinsyn enligt 8 kap. 6 § har meddelat sin avsikt att upphandla och har iakttagit avtalsspärren vid förhandsinsyn enligt 3 §.

Interimistiskt beslut vid överprövning av ett avtals giltighet

16 § Rätten får besluta att ett avtal inte får fullgöras till dess något annat har bestämts.

Rätten får avstå från att fatta beslut enligt första stycket, om den skada eller olägenhet som åtgärden skulle medföra kan bedömas vara större än skadan för leverantören.

Tidsfrister för ansökan om överprövning av ett avtals giltighet

17 § En ansökan om överprövning av ett avtals giltighet ska, om inte annat följer av andra stycket, ha kommit in till förvaltningsrätten inom sex månader från det att avtalet slöts.

Ansökan ska dock ha kommit in till förvaltningsrätten innan 30 dagar har gått från det att

1. Europeiska kommissionen har publicerat en annons enligt 8 kap. 5 §, eller

2. den upphandlande myndigheten eller enheten skriftligen har underrättat anbudssökandena och anbudsgivarna om att avtalet har slutits samt har lämnat en sammanfattning av sådana upplysningar som avses i 10 kap. 14 §.

Beräkning av vissa tider

18 § Vid beräkningen av längden av en avtalsspärr samt av tiodagarsfrister enligt 10 § och tidsfrister för ansökan om överprövning ska 2 § lagen (1930:173) om beräkning av lagstadgad tid tillämpas.

Förbud mot överklagande

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

Skadestånd

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

Rätten till skadestånd inbegriper ersättning till en anbudssökande eller anbudsgivare som har deltagit i en upphandling och som har haft kostnader för att förbereda anbud och i övrigt delta i upphandlingen, om åsidosättandet av bestämmelserna i denna lag menligt har påverkat hans eller hennes möjligheter att tilldelas kontraktet.

21 § Talan om skadestånd ska väckas vid allmän domstol inom ett år från den tidpunkt då avtal har slutits mellan den upphandlande myndigheten eller enheten och en leverantör eller har förklarats ogiltigt enligt 13 § genom ett avgörande som har vunnit laga kraft. Väcks inte talan i tid, är rätten till skadestånd förlorad.

17 kap. Upphandlingsskadeavgift

Allmänna bestämmelser om upphandlingsskadeavgift

1 § Allmän förvaltningsdomstol får besluta att en upphandlande myndighet eller enhet ska betala en särskild avgift (upphandlingsskadeavgift) om

1. allmän förvaltningsdomstol i ett avgörande som har vunnit laga kraft fastställt att ett avtal får bestå, trots att det har slutits i strid med bestämmelserna om avtalsspärr i 16 kap. 1, 3 eller 8 §,

2. allmän förvaltningsdomstol i ett avgörande som har vunnit laga kraft fastställt att ett avtal får bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse enligt 16 kap. 14 §, eller

3. myndigheten enheten har slutit avtal med en leverantör utan föregående annonsering enligt 8 kap. 1 § eller 15 kap. 6 §.

2 § Tillsynsmyndigheten ska hos allmän förvaltningsdomstol ansöka om att en upphandlande myndighet eller enhet ska betala upphandlingsskadeavgift i de fall som anges i 1 § 1 och 2.

Tillsynsmyndigheten får hos allmän förvaltningsdomstol ansöka om att en upphandlande myndighet eller enhet ska betala upphandlingsskadeavgift i de fall som avses i 1 § 3.

Behörig domstol

3 § En ansökan om att en upphandlande myndighet eller enhet ska betala upphandlingsskadeavgift ska göras hos den förvaltningsrätt i vars domkrets den upphandlande myndigheten eller enheten har sin hemvist.

Prövningstillstånd krävs vid överklagande till kammarrätten.

Avgiftens storlek

4 § Upphandlingsskadeavgiften ska uppgå till lägst 10 000 kronor och högst 10 000 000 kronor. Avgiften får inte överstiga tio procent av koncessionens värde.

Beräkningen av koncessionens värde ska ske enligt 5 kap. 2–5 §.

5 § Vid fastställande av upphandlingsskadeavgiftens storlek ska särskild hänsyn tas till hur allvarlig överträdelsen är.

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

Tidsfrister för ansökan om avgift

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

7 § När en ansökan om upphandlingsskadeavgift grundas på 1 § 3 och en eller flera leverantörer har ansökt om överprövning av avtalets giltighet inom de tidsfrister som anges i 16 kap. 17 §, får

ansökan inte göras förrän fristen har löpt ut och samtliga beslut med anledning av överprövningen har vunnit laga kraft. Ansökan ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom sex månader från den tidpunkt då samtliga beslut med anledning av överprövningen har vunnit laga kraft.

När ingen leverantör har ansökt om överprövning av avtalets giltighet inom de tidsfrister som anges i 16 kap. 17 §, ska ansökan ha kommit in till förvaltningsrätten inom ett år från det att avtalet slöts.

Betalning av avgift m.m.

8 § Upphandlingsskadeavgiften tillfaller staten.

9 § Upphandlingsskadeavgift ska betalas till tillsynsmyndigheten inom 30 dagar från det att avgörandet beträffande avgiften har vunnit laga kraft eller inom den längre tid som anges i avgörandet.

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

10 § En beslutad upphandlingsskadeavgift faller bort, om avgörandet beträffande avgiften inte har kunnat verkställas inom fem år från det att avgörandet har vunnit laga kraft.

18 kap. Tillsyn

Allmänna bestämmelser om tillsyn

1 § Regeringen kan med stöd av 8 kap. 7 § regeringsformen meddela föreskrifter om vilken myndighet som ska utöva tillsyn över upphandlingen enligt denna lag.

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

upplysningarna inhämtas genom besök hos den upphandlande myndigheten eller enheten.

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

Föreläggande

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

Ett föreläggande enligt första stycket får överklagas hos allmän förvaltningsdomstol. När ett föreläggande överklagas, är tillsynsmyndigheten motpart hos allmän förvaltningsdomstol.

Behörig domstol

5 § Tillsynsmyndighetens föreläggande enligt 4 § får överklagas hos den förvaltningsrätt i vars domkrets den som föreläggandet riktar sig till har sin hemvist.

Prövningstillstånd krävs vid överklagande till kammarrätten.

Uppgiftsskyldighet för den upphandlande myndigheten och enheten

6 § Den upphandlande myndigheten eller enheten ska till den myndighet som regeringen bestämmer lämna uppgift om värdet av de koncessioner som myndigheten eller enheten har tilldelat enligt denna lag under ett år.

Regeringen eller den myndighet som regeringen bestämmer kan med stöd av 8 kap. 7 § regeringsformen meddela närmare föreskrifter om uppgiftsskyldigheten enligt första stycket.

1. Denna lag träder i kraft den 1 april 2016.

2. Lagen gäller inte för upphandlingar av koncessioner som påbörjats före ikraftträdandet.

*Bilaga 1***Förteckning över byggentreprenadkontrakt**

Om tolkningen skiljer sig åt mellan CPV och Nace, ska CPV-nomenklaturen tillämpas.

Nace Rev. 1				
AVDELNING F			BYGGVERKSAMHET	
Huvudgrupp	Grupp	Undergrupp	Benämning	Anmärkning
45			Byggverksamhet	Denna huvudgrupp omfattar: – nybyggnad, renovering och normal reparation
	45.1		Mark- och grundarbeten	
		45.11	Rivning av hus; markarbeten	Denna undergrupp omfattar: – rivning och raseri av byggnader och andra anläggningar – röjning av byggplatser – markarbeten: schaktning, deponering, nivellering av byggplatser, dikesgrävning, bergrensning, sprängning etc. – iordningställande av gruvarbetsplatser: – avtäckning samt annat iordningställande av ägor och platser som innehåller mineraler Denna undergrupp omfattar även: – dränering av byggplatser – dränering av jordbruks- eller skogsbruksmark
		45.12	Markundersökning	Denna undergrupp omfattar: – provborrning och tagning av kärnprov för byggande, för geofysiska, geologiska eller liknande ändamål Denna undergrupp omfattar inte: – borrning av källor för produktion av råpetroleum eller naturgas se 11.20 – brunnborrning, se 45.25 – schaktsänkning, se 45.25 – spårning av olje- och naturgasfält, utförande av geofysiska, geologiska och seismiska undersökningar, se 74.20

Nace Rev. 1				
AVDELNING F			BYGGVERKSAMHET	
Huvudgrupp	Grupp	Undergrupp	Benämning	Anmärkning
	45.2		Bygg- och anläggningsarbeten	
		42.21	Uppförande av hus och andra byggnadsverk	Denna undergrupp omfattar: – byggande av alla slags byggnader, byggande av anläggningar inom väg- och vattenbyggnad o.d. – broar, inklusive sådana för upphöjda vägar, viadukter, tunnlar och tunnelbanor – rörledningar för fjärrtransport, fjärrnät för el och telekommunikation – rörledningar i tätort, tätortsnet för el och telekommunikation – därmed förknippade arbeten – montering och uppförande på plats av monteringsfärdiga byggnader Denna undergrupp omfattar inte: – tjänster i anslutning till råpetroleum- och naturgasutvinning, se 11.20 – uppförande av kompletta monteringsfärdiga byggnader av egentillverkade delar av annat material än betong, se huvudgrupperna 20, 26 och 28 – anläggning av stadion, simbassänger, idrottshallar, tennisbanor, golfbanor eller andra idrottsanläggningar, exklusive uppförande av byggnader, se 45.23 – bygginstallationer, se 45.3 – slutbehandling av byggnader, se 45.4 – arkitektverksamhet och teknisk konsultverksamhet, se 74.20 – projektledning för byggande, se 74.20
		45.22	Takarbeten	Denna undergrupp omfattar: – byggande av tak – taktäckning – impregnering

Nace Rev. 1				
AVDELNING F			BYGGVERKSAMHET	
Huvudgrupp	Grupp	Undergrupp	Benämning	Anmärkning
		45.23	Anläggning av motorvägar, vägar, flygfält och idrottsanläggningar	Denna undergrupp omfattar: – anläggning av vägar, gator samt andra kör- och gångvägar – anläggning av järnvägar – anläggning av start- och landningsbanor på flygfält – anläggning av stadion, simbassänger, idrottshallar, tennisbanor, golfbanor eller andra idrottsanläggningar, exklusive uppförande av byggnader – målning av vägmarkeringar och markeringar på parkeringsplatser Denna undergrupp omfattar inte: – förberedande markarbeten, se 45.11
		45.24	Vattenbyggnad	Denna undergrupp omfattar: – anläggning av vattenleder, hamn- och flodarbeten, småbåtshamnar (marinor), slussar etc. – dammar, diken o.d. – muddring – undervattensarbete
		45.25	Andra bygg- och anläggningsarbeten	Denna undergrupp omfattar: – bygg- eller anläggningsverksamhet som är specialiserad inom något för olika slags konstruktioner gemensamt område och fordrar specialistkompetens eller specialutrustning – grundläggning inklusive pålning – borrhning och byggande av brunnar, schaktsänkning – uppförande av icke egentillverkade stål-element – bockning av stål – murning och stenläggning – resning och nedmontering av byggnadsställningar och arbetsplattformar, inklusive uthyrning av byggnadsställningar och arbetsplattformar – uppförande av skorstenar och industriugnar Denna undergrupp omfattar inte: – uthyrning av byggnadsställningar utan resning och nedmontering, se 71.32

Nace Rev. 1				
AVDELNING F			BYGGVERKSAMHET	
Huvudgrupp	Grupp	Undergrupp	Benämning	Anmärkning
	45.3		Bygginstallationen	
		45.31	Elinstallationer	Denna undergrupp omfattar: installation i byggnader och andra anläggningar av: – elkablar och elarmatur – telekommunikationssystem – elvärmesystem – antenner – brandlarm – tjuvlarm – hissar och rulltrappor – åskledare etc.
		45.32	Isoleringsarbeten	Denna undergrupp omfattar: – installation i byggnader och andra anläggningar av värme-, ljud- eller vibrationsisolering Denna undergrupp omfattar inte: – impregnering, se 45.22
		45.33	VVS-arbeten	Denna undergrupp omfattar: – installation i byggnader och andra anläggningar av – vattensystem samt sanitetsutrustning – gasarmaturer – värme-, ventilations-, kyl- och luftkonditioneringsutrustning inklusive ledningar – sprinklersystem Denna undergrupp omfattar inte: – installation av elvärmesystem, se 45.31
		45.34	Andra bygginstallationer	Denna undergrupp omfattar: – installation av belysnings- och signal-system till vägar, järnvägar, flygfält och hamnar – installation i byggnader och andra anläggningar av andra armaturer och anordningar

Nace Rev. 1				
AVDELNING F			BYGGVERKSAMHET	
Huvudgrupp	Grupp	Undergrupp	Benämning	Anmärkning
	45.4		Slutbehand- ling av byggnader	
		45.41	Puts-, fasad- och stuckatörs- arbeten	Denna undergrupp omfattar: – anbringande på byggnader och andra anläggningar av invändig eller utvändig puts och stuck inklusive närstående bas- material för putsning
		45.42	Byggnads- snickeri- arbeten	Denna undergrupp omfattar: – installation av icke egentillverkade dörrar, fönster, dörr- och fönsterkarmar, kök med fast inredning, trappor, butiksinredning o.d., av trä eller andra material – invändig slutbehandling såsom arbete med tak, väggbeklädnader av trä och flytt- bara skiljeväggar Denna undergrupp omfattar inte: – läggning av parkett och andra golvbeläg- gningar av trä, se 45.43
		45.43	Golv- och vägg- beläggnings- arbeten	Denna undergrupp omfattar: – läggning, uppsättning eller fastsättning i byggnader och andra anläggningar av – vägg- eller golvplattor av keramiskt material, betong eller huggen sten – parkett och andra golvbeläggningar av trä – mattor samt golvbeläggningar av lino- leum, inklusive av gummi eller plast – terrazzo-, marmor-, granit- eller skiffer- golv eller -väggar – tapeter
		45.44	Måleri- och glasmästeri- arbeten	Denna undergrupp omfattar: – invändig och utvändig målning av byggnader – målning av anläggningar inom väg- och vattenbyggnad o.d. – installation av glas, speglar etc. Denna undergrupp omfattar inte: – installation av fönster, se 45.42

Nace Rev. 1				
AVDELNING F			BYGGVERKSAMHET	
Huvudgrupp	Grupp	Undergrupp	Benämning	Anmärkning
		45.45	Annan slutbehandling av byggnader	Denna undergrupp omfattar: – installation av privata simbassänger – rengöring med ånga, blästring och liknande behandling av fasader – annan slutbehandling av byggnader Denna undergrupp omfattar inte: – invändig rengöring av byggnader och andra konstruktioner, se 74.70
	45.5		Uthyrning av bygg- och anläggningsmaskiner med förare	
		45.50	Uthyrning av bygg- och anläggningsmaskiner med förare	Denna undergrupp omfattar inte: – uthyrning av bygg- och anläggningsmaskiner samt -utrustning utan förare, se 71.32

*Bilaga 2***Förteckning över verksamheter som utövas av upphandlande enheter****1. Beträffande gas och värme:**

a) Tillhandahållande eller drift av fasta nät i syfte att tillhandahålla tjänster för allmänheten i samband med produktion, transport eller distribution av gas eller värme.

b) Leverans av gas eller värme till sådana fasta nät.

Om en upphandlande enhet såsom avses i 1 kap. 17 § första stycket 2 och 3 levererar gas eller värme till fasta nät som tillhandahåller tjänster för allmänheten, ska detta inte betraktas som en verksamhet i den mening som avses i 1 kap. 17 § första stycket om samtliga följande villkor är uppfyllda:

i) Den upphandlande enhetens produktion av gas eller värme är en oundviklig följd av utövandet av en annan verksamhet än någon av dem som avses i denna punkt eller i punkterna 2 och 3 i denna bilaga.

ii) Leverans till det publika nätet syftar endast till att använda denna produktion ekonomiskt och utgör högst 20 % av enhetens omsättning, beräknat på de tre närmast föregående årens genomsnitt, innevarande år medräknat.

Med *leverans* avses generering/produktion, grossistförsäljning och detaljförsäljning av gas. Produktion av gas i form av utvinning omfattas dock av punkt 4 i denna bilaga.

2. Beträffande el:

a) Tillhandahållande eller drift av fasta nät i syfte att tillhandahålla tjänster för allmänheten i samband med produktion, transport eller distribution av el.

b) Leverans av el till sådana fasta nät.

Med *elleveranser* avses generering/produktion, grossistförsäljning och detaljförsäljning av el.

Om en upphandlande enhet såsom avses i 1 kap. 17 § första stycket 2 och 3 levererar el till fasta nät som tillhandahåller tjänster för allmänheten, ska detta inte betraktas som en verksamhet i den mening som avses 1 kap. 17 § första stycket om samtliga följande villkor är uppfyllda:

- i) Den upphandlande enhetens produktion av el behövs för utövandet av en annan verksamhet än någon av dem som avses i denna punkt eller i punkterna 1 och 3 i denna bilaga.
- ii) Leverans till det publika nätet beror endast på den upphandlande enhetens egen förbrukning och har inte överstigit 30 % av dess totala produktion av energi, beräknat på de tre närmast föregående årens genomsnitt, innevarande år medräknat.

3. Verksamhet som avser tillhandahållande eller drift av nät i syfte att tillhandahålla tjänster för allmänheten på områdena järnvägs-transporter, automatiserade system, spårvagnar, trådbussar, bussar eller linbana.

Ett nät för transporttjänster ska anses föreligga om tjänsten tillhandahålls enligt driftsvillkor som fastställs av en behörig myndighet i en medlemsstat, t.ex. i fråga om linjedragning, kapacitet som ska finnas tillgänglig eller turtäthet.

4. Verksamhet som avser utnyttjande av ett geografiskt område i syfte att tillhandahålla flygplatser och kusthamnar eller inlands- hamnar eller andra terminaler för transport i luften, till havs eller på inre vattenvägar.

5. Verksamhet som avser tillhandahållande av

a) posttjänster,

b) andra tjänster än posttjänster, förutsatt att dessa tjänster tillhandahålls av en enhet som också tillhandahåller posttjänster enligt andra stycket led ii i denna punkt och att de villkor som fastställs i artikel 34.1 i 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 inte är uppfyllda med avseende på de tjänster som omfattas av andra stycket led ii.

Utan att det påverkar tillämpningen av Europaparlamentets och rådets direktiv 97/67/EG av den 15 december 1997 om gemensamma regler för utvecklingen av gemenskapens inre marknad för posttjänster och för förbättring av kvaliteten på tjänsterna gäller följande definitioner i denna lag:

i) *postförsändelse*: en adresserad försändelse i den slutliga utformning som den ska överlämnas i, oavsett vikt. Sådana försändelser omfattar, förutom brevörsändelser, till exempel böcker, kataloger, tidningar och tidskrifter samt postpaket som innehåller varor med eller utan kommersiellt värde, oavsett vikt.

ii) *posttjänster*: insamling, sortering, transport och överlämnande av postförsändelser. Detta omfattar både tjänster inom och utanför de samhällsomfattande tjänsternas räckvidd i enlighet med direktiv 97/67/EG.

iii) *andra tjänster än posttjänster*: tjänster som tillhandahålls på följande områden:

– Tjänster som innebär förvaltning av posttjänster (tjänster både före och efter försändelsen, inbegripet närservice).

– Tjänster som gäller postförsändelser som inte innefattas i led a, till exempel oadresserad direktreklam.

6. Verksamhet som avser utnyttjande av ett geografiskt område i syfte att

a) utvinna olja eller gas,

b) undersöka förekomsten av eller utvinna kol eller andra fasta bränslen.

*Bilaga 3***Förteckning över sociala tjänster och andra särskilda tjänster**

CPV-kod	Beskrivning
79611000-0, 75200000-8, 75231200-6, 75231240-8, 79622000-0 (Tillhandahållande av hemtjänstpersonal), 79624000-4 (Förmedling av vårdpersonal) och 79625000-1 (Förmedling av läkare) 85000000-9 till 85323000-9, 85143000-3, 98133100-5, 98133000-4, 98200000-5 och 98500000-8 (Privata hushåll med anställd personal) och 98513000-2 till 98514000-9 (Arbetskrafttjänster för hushåll, Bemanningstjänster för enskilda, Tjänster utförda av kontorspersonal för enskilda, Tillfällig personal för hushåll och Hemtjänst)	Hälsovård, socialtjänst och närbesläktade tjänster
85321000-5 och 85322000-2, 75000000-6 (Offentlig förvaltning, försvar och socialförsäkringstjänster), 75121000-0, 75122000-7, 75124000-1, 79995000-5 till 79995200-7, 80000000-4 Undervisning och utbildning till 80660000-8, 92000000-1 till 92342200-2, 92360000-2 till 92700000-8, 79950000-8 (Tjänster för organisering av utställningar, mässor och kongresser), 79951000-5 (Organisering av seminarier), 79952000-2 (Evenemang), 79952100-3 (Anordnande av kulturevenemang), 79953000-9 (Festivalarrangemang), 79954000-6 (Festarrangemang), 79955000-3 (Anordnande av modevisningar), 79956000-0 (Anordnande av mässor och utställningar)	Administration inom socialtjänsten, utbildningsadministration, hälsovårdsförvaltning och administration avseende kultur

CPV-kod	Beskrivning
75300000-9	Obligatorisk socialförsäkring
75310000-2, 75311000-9, 75312000-6, 75313000-3, 75313100-4, 75314000-0, 75320000-5, 75330000-8, 75340000-1	Bidragstjänster
98000000-3, 98120000-0, 98132000-7, 98133110-8 och 98130000-3	Andra samhälleliga och personliga tjänster, inklusive fackföreningstjänster, tjänster utförda av politiska organisationer, tjänster tillhandahållna av ungdomsorganisationer och andra medlemsorganisationstjänster
98131000-0	Tjänster i samband med religionsutövande
55100000-1 till 55410000-7, 55521000-8 till 55521200-0 (55521000-8 Catering för privata hushåll, 55521100-9 Hemkörning av mat, 55521200-0 Måltidsleveranser). 55520000-1 Catering, 55522000-5 Catering för transportföretag, 55523000-2 Catering för övriga företag eller övriga institutioner, 55524000-9 Skolbespisning 55510000-8 Matsalstjänster, 55511000-5 Matsalstjänster och övrig kafeteriaverksamhet för särskild kundgrupp, 55512000-2 Drift av matsal, 55523100-3 Servering av skolmåltider	Hotell- och restaurangtjänster
79100000-5 till 79140000-7, 75231100-5	Juridiska tjänster
75100000-7 till 75120000-3, 75123000-4, 75125000-8 till 75131000-3	Övrig statsförvaltning och statliga tjänster
75200000-8 till 75231000-4	Samhällstjänster
75231210-9 till 75231230-5, 75240000-0 till 75252000-7, 794300000-7, 98113100-9	Fängelserelaterade tjänster, tjänster för allmän säkerhet och räddningstjänster

CPV-kod	Beskrivning
79700000-1 till 79721000-4 (Undersöknings- och säkerhetstjänster, Säkerhetstjänster, Larmövervakningstjänster, Vaktjänster, Övervakningstjänster, Eftersökning, Uppspårning av försvunna, Patrullering, Utfärdande av id-kort, Utredning och Detektivtjänster) 79722000-1 (Grafologi), 79723000-8 (Avfallsanalys)	Undersöknings- och säkerhetstjänster
64000000-6 (Post- och telekommunikationstjänster), 64100000-7 (Post- och budtjänster), 64110000-0 (Postgång), 64111000-7 (Posttjänster för tidningar och tidskrifter), 64112000-4 (Posttjänster för brev), 64113000-1 (Posttjänster för paket), 64114000-8 (Postkassörstjänster), 64115000-5 (Förhyrning av postbox), 64116000-2 (Poste restante-tjänster), 64122000-7 (Internpost)	Posttjänster
50116510-9 (Regummering av däck), 71550000-8 (Smedtjänster)	Diverse tjänster
98900000-2 (Tjänster tillhandahållna av exterritoriala organisationer och organ) och 98910000-5 (Särskilda tjänster för internationella organisationer och organ)	Internationella tjänster

2 Utredningens uppdrag och arbete

2.1 Uppdraget

Genomförandeutredningen har i delbetänkandet, Nya regler om upphandling, SOU 2014:51, redovisat den del av uppdraget som rör Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG, förkortat LOU-direktivet, och Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/25/EU om upphandling av enheter som är verk-samma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster och om upphävande av direktiv 2004/17/EG, förkortat LUF-direktivet. Uppdraget i denna del innefattade att ge förslag till hur vissa artiklar i LOU-direktivet och LUF-direktivet skulle genom-föras i svensk rätt. Inom Regeringskansliet har samtidigt arbete pågått med övriga artiklar i LOU-direktivet och LUF-direktivet och med förslag till hur lagtexterna i övrigt skulle kunna utformas, såvitt avser de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna, dvs. LOU respektive LUF. Det arbetet har redovisats i departementspromemorian, Nya regler om upphandling, Ds 2014:25.

I utredningens uppdrag ingår också att analysera och ge förslag till hur samtliga bestämmelser i förslaget till EU-direktiv om tilldelning av koncessioner (KOM(2011)897) bör genomföras enligt den lydelse direktivet får när det antagits. Tillsammans med de två ovan nämnda EU-direktiven antogs den 26 februari 2014 Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/23/EU om tilldelning av koncessioner, förkortat LUK-direktivet. Samtliga tre EU-direktiv återfinns som bilagor till departementspromemorian, Ds 2014:25.

Regeringens utredningsdirektiv till utredningen finns som bilagor till detta slutbetänkande. Då LUK-direktivet finns som bilaga till departementspromemorian (bilaga 3 till Ds 2014:25), har utredningen valt att inte bilägga LUK-direktivet till detta slutbetänkande.

2.2 Utredningens arbete och arbetsmetod

2.2.1 Allmänna utgångspunkter

Genomförandeutredningens arbete med framtagandet av författningsförslag har utförts i ett sammanhang under utredningsarbetet. Det innebär att den beskrivning av utredningens arbete som lämnas i avsnitt 1.2 i delbetänkandet SOU 2014:51 är relevant också för beskrivningen av hur arbetet med slutbetänkandet bedrivits. Detsamma gäller också beskrivningen av utredningens arbetsmetod i avsnitt 1.3 i delbetänkandet.

Det finns ingen anledning att återupprepa det utredningen anför i avsnitten 1.2 och 1.3 i delbetänkandet utan det är enligt utredningens mening tillräckligt att här hänvisa till avsnitten i fråga.

2.2.2 Slutbetänkandet

I de avsnitt i delbetänkandet som utredningen ovan hänvisat till anges den metod som utredningen använde vid framtagandet av delbetänkandets författningstexter. Metoden har i tillämpliga delar också använts i detta slutbetänkande.

Förutsättningarna har dock här varit något annorlunda. Utredningens uppdrag vad avser koncessioner innebär att utredningen ska lämna förslag till en fullständig reglering som genomför LUK-direktivet på svensk botten, men också som innefattar reglering av vad som inte är direkt direktivstyrt. Vad gäller koncessionerna ger utredningsdirektiven vid handen att reglerna om upphandling av koncessioner bör föreligga i en särskild lag och alltså inte inarbetas i t.ex. LOU och LUF. En sådan genomförandeteknik tycks dessutom stämma överens med den på upphandlingsområdet numera vedertagna, nämligen att en självständig rättsakt bör genomföras genom en för varje område särskild lag.

Det är alltså fråga om en reglering som motsvarar en ordinär upphandlingslag, inklusive regler om överprövning m.m. Mönstret för hur sådana lagar struktureras är givet genom 2007 års upphandlingslagar, till vilken struktur den senaste upphandlingslagen anknyter, nämligen lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet (LUFS).

Vid framtagandet av detta betänkande har utredningen därför – vad gäller allmänmotivering m.m. – utgått från samma uppbyggnad som användes i det betänkande som låg till grund för LUFS, nämligen SOU 2010:13.

I detta slutbetänkande föreslår utredningen att koncessionsdirektivet genomförs genom en särskild lag om upphandling av koncessioner, LUK. Vid utarbetandet av författningsförslaget har utredningen följt den utformning av LOU och LUF som lagts fram i departementspromemorian Ds 2014:25.

Några avvikelser från den strukturen har dock gjorts eftersom LUK-direktivet inte innehåller i detalj utformade förfaranden på samma sätt som LOU-direktivet och LUF-direktivet. Även i övrigt innefattar LUK-direktivet ett betydligt större utrymme än vid annan upphandling för upphandlande myndighet/enhet att själv bestämma utformningen av sin upphandling.

Utredningen lägger således fram ett författningsförslag. Därefter anges bakgrunden och överväganden i en allmänmotivering, som följs av en författningskommentar.

Ytterligare ska här betonas att det i princip har saknats skäl för utredningen att i en allmänmotivering särskilt ta upp företeelser och lösningar som helt eller i huvudsak motsvarar vad som behandlats i departementspromemorian och delbetänkandet. Där emot diskuteras i detta slutbetänkande sådana företeelser, begrepp m.m. som inte är gemensamma för de olika publikationerna. Exempel på det nu sagda är att detta slutbetänkande innehåller en redogörelse för innebörden av begreppet koncession så som detta begrepp definieras i LUK-direktivet och i utredningens författningsförslag. När det däremot är fråga om begrepp och företeelser som är gemensamma för upphandlingsförfattningarna har utredningen inte särskilt diskuterat dessa begrepp, utan har utgått från den begreppsapparat och de definitioner som används i departementspromemorian och i delbetänkandet.

3 Bakgrund

Den offentliga upphandlingen är en av de centrala delarna av den inre marknaden och dess funktionssätt. Sedan lång tid tillbaka har EU-kommissionen arbetat med att åstadkomma gemensamma regler för hur medlemsstaternas offentliga sektorer ska administrera sina inköp. Det finns många skäl till denna strävan och det saknas här anledning att nämna dessa särskilt. Arbetet inleddes med direktiv om upphandling av varor, sedan kom direktiv om byggentreprenader och tjänster. Inom försörjningssektorn tillkom direktiv för motsvarande upphandling. Senare kom även regler för upphandling av byggkoncessioner. Regelverket för byggkoncessioner innefattar dock enbart ett fåtal bestämmelser med enklare reglering.

Under detta arbete har kommissionen också försökt att åstadkomma en upphandlingsreglering avseende tjänstekoncessioner. Kommissionen föreslog exempelvis att det som blev Rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster skulle innefatta regler om tjänstekoncessioner. Delarna som rörde koncessioner avvisades emellertid av rådet. Detta berodde främst på skillnader mellan medlemsstaterna vad avser delegering av tillhandahållande av offentliga tjänster och regler för hur sådan delegation kan ske, vilket skulle kunna innebära att dessa marknader för koncessioner öppnades i mycket olika grad.

En väsentlig svårighet i arbetet har varit att definitionen av koncessioner inte har varit likalydande i medlemsstaterna. I vilken utsträckning koncessioner tillämpas i de olika medlemsstaterna synes vidare skilja sig åt. Endast i få medlemsländer finns särskild lagstiftning om koncessionstilldelning, t.ex. i Spanien och Italien, medan majoriteten medlemsstater saknar sådan lagstiftning. EU-domstolen har i ett flertal avgöranden behandlat definitionen av

koncessioner och förklarat att de fördragsstyrda principerna är tillämpliga på dessa. Kommissionen har under år 2000 tagit fram riktlinjer om koncessioner¹ och har även tagit fram en Grönbok om offentlig-privata partnerskap och EG-rätten om offentlig upphandling och koncessioner (KOM(2004) 327 slutlig), men svårigheten att nå enighet har kvarstått.

Utredningen kommer i avsnitt 5.2.1 närmare beskriva under vilka förutsättningar anskaffande av en tjänst eller en bygg-entreprenad ska betraktas som en tjänstekoncession respektive en byggkoncession. Gränsdragningen mellan en tjänstekoncession och ett tjänstekontrakt är oklar och har orsakat osäkerhet och delvis oförenliga tolkningar i medlemsstaterna. Detta gäller såväl definitionen som hur myndigheten eller enheten ska förfara vid tilldelning av en koncession för att följa principerna. Kommissionen har i en konsekvensbedömning för initiativ avseende koncessioner² konstaterat att den rådande osäkerheten kan innebära ekonomisk ineffektivitet, eftersom upphandlande myndigheter och enheter avskräcks från att använda koncessioner. Leverantörer kan också bli mindre benägna att engagera sig i projekt när anbudsförfarandet kan visa sig strida mot EU-rätten, vilket i sin tur leder till att privata investeringar inte görs och att myndigheten eller enheten går miste om know-how.³ Koncessioner kan annars vara ett fördelaktigt sätt för upphandlande myndigheter och enheter att genomföra infrastrukturprojekt eller projekt avseende tjänster av allmänt intresse och få tillgång till kapital och know-how. Eftersom hela eller en del av kostnaden för ett projekt stannar hos leverantören torde ett koncessionsalternativ vara till fördel för myndighetens eller enhetens budget. En koncession kan även vara fördelaktig för en leverantör som får möjlighet att exploatera byggnadsverket eller tjänsten och ta ut ersättning för det.

Avsaknaden av reglering på unionsnivå för tilldelning av koncessioner har alltså enligt unionslagstiftaren lett till osäkerhet, hinder för ett fritt tillhandahållande av tjänster och orsakat

¹ Kommissionens tolkningsmeddelande om koncessioner enligt EG-rätten EGT nr C 121, 29/04/2000.

² Commission staff working document Impact assessment of an initiative on concessions – accompanying the document proposal for a directive of the European parliament and of the council on the award of concession contracts (COM(2011)0897 final, 20.12.2011).

³ A a.s.13 f.

snedvridningar i den inre marknadens funktion (skäl 1 i direktivet). I syfte att skapa en balanserad och flexibel rättslig ram för bredare användning av koncessioner samt att garantera ett effektivt och icke-diskriminerande marknadstillträde för alla ekonomiska aktörer i unionen och skapa större rättssäkerhet för ekonomiska aktörer⁴ har nu föreliggande koncessionsdirektiv beslutats. Det är utredningens uppdrag att föreslå hur detta ska genomföras i svensk rätt.

⁴ A a s. 2 och skäl 1 i direktivet.

4 Gällande rätt

4.1 Inledning

En redovisning av gällande rätt finns i departementspromemorian, Ds 2014:25 avsnitt 3.

I de i departementspromemorian angivna direktiven och lagarna finns bestämmelser om upphandling av byggkoncessioner inom den klassiska sektorn medan sådan upphandling inom försörjningssektorerna och vid försvarsupphandling faller helt utanför den direktivstyrda regleringen. Regleringen avseende offentlig upphandling av byggkoncessioner är betydligt mindre detaljerad än motsvarande reglering av upphandling av varor, tjänster och byggentreprenader. När det gäller tjänstekoncessioner är upphandling av sådana uttryckligen undantagna från det klassiska direktivet och försörjningsdirektivet.¹ Av EU-domstolens praxis framgår dock att vid tilldelning av tjänstekoncessioner är bestämmelserna i EUF-fördraget likväl tillämpliga, vilket innebär att fördragets grundläggande principer (icke-diskriminering, öppenhet, likabehandling, proportionalitet och ömsesidigt erkännande) ska beaktas.²

¹ Artikel 17 i direktiv 2004/18/EG och artikel 18 i direktiv 2004/17/EG.

² Se bl.a. målen C-272/91 Lottomatica, C-324/98 Telaustria och Telefonadress, C-231/03 Coname, C-458/03 Parking Brixen, C-260/04 kommissionen mot Italien och C-410/04 ANAV, se även kommissionens Grönbok om offentlig-privata partnerskap och EG-rätten om offentlig upphandling och koncessioner, KOM (2004) 327 slutlig, 30.4.2004, punkterna 27–35 och kommissionens tolkningsmeddelande om koncessioner enligt EG-rätten, EGT C 121, 29.4.2000, s. 6.

4.2 Byggkoncessioner

Upphandlande myndigheters anskaffning av byggkoncessioner vars värde överstiger tillämpligt tröskelvärde regleras i 13 kap. i nuvarande LOU. Med byggkoncession avses enligt 2 kap. 4 § nuvarande LOU och LUF ett kontrakt av samma slag som ett byggentreprenadkontrakt men som innebär att ersättningen helt eller delvis utgörs av en rätt att utnyttja anläggningen. En koncession innebär normalt sett att koncessionshavaren har ansvaret för driften av anläggningen och att nödvändiga investeringar görs så att anläggningen kan brukas enligt koncessionsavtalet. För att ett kontrakt ska anses utgöra en byggkoncession krävs dels att leverantören har rätt att utnyttja anläggningen, dels att de risker som är förenade med nyttjandet övergår på leverantören. Upphandling av en byggkoncession enligt nuvarande LOU får ske under friare former än vad som annars gäller vid offentlig upphandling av byggentreprenader.³ Tröskelvärdet är detsamma som vid anskaffning av byggentreprenad genom ett offentligt kontrakt. Upphandling av byggkoncessioner under tröskelvärdet regleras i nuvarande 15 kap. LOU.

Enligt gällande reglering för upphandling av byggkoncession över tröskelvärdet ska en upphandlande myndighet annonsera en sådan upphandling. Förnyelse av en befintlig koncession ska också annonseras. Däremot behöver en upphandlande myndighet inte efterannonsera tilldelning av en byggkoncession. Det finns inga särskilda förfaranderegler utan myndigheten har möjlighet att relativt fritt styra upphandlingsförfarandet. Förfarandet måste emellertid stå i överensstämmelse med EUF-fördragets grundläggande principer.

4.3 Tjänstekoncessioner

Med tjänstekoncession avses enligt nuvarande 2 kap. 17 § LOU och 2 kap. 18 § LUF ett kontrakt av samma slag som ett tjänstekontrakt men som innebär att ersättningen för tjänsterna helt eller delvis utgörs av en rätt att utnyttja tjänsten. För att ett avtal om

³ Prop. 2006/07:128 s. 410.

tjänster ska vara en tjänstekoncession krävs på samma sätt som beträffande byggkoncessioner att leverantören har rätt att utnyttja tjänsten och att de risker som är förenade med nyttjandet övergår på leverantören.

Tilldelning av tjänstekoncessioner är undantaget från tillämpningsområdet i LOU⁴ och LUF och de bakomliggande direktiven. EU-domstolen har emellertid i bl.a. rättsfallet C-324/98 *Telaustria och Telefonadress* slagit fast att trots att avtal om tjänstekoncessioner inte omfattas av tillämpningsområdet för 1993 års försörjningsdirektiv är upphandlande myndigheter som ingår sådana avtal ändå skyldiga att beakta fördragets grundläggande regler i allmänhet och principen om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet i synnerhet. Domstolen uttalade i samma dom att den principen innebär att det finns en skyldighet att lämna insyn så den upphandlande myndigheten kan försäkra sig om att principen iakttas och att denna skyldighet syftar till att garantera varje potentiell anbudsgivare att upphandlingen kringgärdas av sådan offentlighet att tjänstemarknaden är öppen för konkurrens och att det går att kontrollera om upphandlingsförfaranden är opartiska.⁵

I EU-domstolens dom C-458/03 *Parking Brixen*, som också rör en tjänstekoncession, hänvisas dessutom till artiklarna 43 och 49 i EG-fördraget (artiklarna 49 och 56 i EUF-fördraget) som ger uttryck för likabehandlingsprincipen. Domstolen menade att det stred mot angivna artiklar i fördraget – principerna om likabehandling, icke-diskriminering och insyn – att tilldela en tjänstekoncession utan att alls begära in anbud.

Tilldelning av tjänstekoncessioner ska således följa principerna om icke-diskriminering, insyn, likabehandling, proportionalitet och ömsesidigt erkännande.⁶ Detta gäller i vart fall vid upphandling av koncessioner som inte har ett så lågt ekonomiskt värde att det är rimligt att anta att koncessionen inte är av intresse för företag i andra medlemsstater än där den upphandlande myndigheten eller

⁴ I 1 kap. 12 § nuvarande LOU finns dock en bestämmelse som gäller vid upphandling av tjänstekoncessioner. Bestämmelsen innehåller en förpliktelse för en myndighet som beviljar en särskild rättighet eller ensamrätt att bedriva verksamhet i det allmännas intresse till någon annan än en upphandlande myndighet, att i avtal med rättighetshavaren föreskriva att denne ska iakttä förbudet mot diskriminering vid tilldelning av varukontrakt.

⁵ Se den angivna domen punkterna 58–62.

⁶ Prop. 2006/07:128 s. 182 f.

enheten är belägen eller som inte av geografiska eller tekniska skäl saknar ett gränsöverskridande intresse. För att principerna ska vara tillämpliga krävs nämligen att kontraktet i tillräcklig utsträckning sammanhänger med den inre marknadens funktion.⁷

4.4 Principerna

Principen om icke-diskriminering innebär att anbudssökande och anbudsgivare ska behandlas på samma sätt oavsett i vilken medlemsstat de är verksamma. Krav som endast leverantörer från ett visst område kan uppfylla strider mot den principen.

Principen om insyn eller öppenhet innebär att förfarandet ska kringgärdas av sådan offentlighet som möjliggör konkurrensutsättning och att det är möjligt att kontrollera att förfarandena är opartiska.⁸ EU-domstolen har i mål C-231/03 Coname (punkt 21) uttryckt att principen innebär att ett företag som är beläget 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. Enligt kommissionen kan de krav som domstolen fastställt endast uppfyllas genom publicering av en tillräckligt lättillgänglig annons.⁹

Principen om likabehandling innebär att alla leverantörer ska behandlas lika och utan hänsyn till faktorer som inte hänför sig till genomförandet av upphandlingen. Vidare ska alla anbudsgivare ges så lika förutsättningar som möjligt i alla skeden under förfarandet.¹⁰

Principen om proportionalitet innebär att de krav som ställs upp i upphandlingsförfarandet ska vara nödvändiga och lämpliga med

⁷ Jfr t.ex. mål C-347/06 ASM Brescia, punkt 62, mål C-221/12 Belgacom punkt 29, mål C-231/03 Coname punkt 20 och kommissionens tolkningsmeddelande om gemenskapsrättens tillämplighet på upphandlingskontrakt som inte, eller bara delvis, omfattas av direktiven om offentlig upphandling, EGT C 129, 1.8.2006, s. 2.

⁸ Se mål C-324/98 Telaustria och Telefonadress punkt 62.

⁹ Kommissionens tolkningsmeddelande om gemenskapsrättens tillämplighet på upphandlingskontrakt som inte, eller bara delvis, omfattas av direktiven om offentlig upphandling.

¹⁰ Se vidare t.ex. mål C-87/94 kommissionen mot Belgien, punkt 54 och mål C-458/03 Parking Brixen, punkt 48.

hänsyn till de mål som eftersträvas. Dessa måste vidare ha ett naturligt samband med föremålet för upphandlingen.¹¹

Principen om ömsesidigt erkännande innebär bl.a. att certifikat m.m. som har utfärdats av en stats behöriga myndigheter ska godtas i övriga medlemsstater.

4.5 Rättsmedel

En följd av att upphandling av tjänstekoncessioner inte omfattas av tillämpningsområdet för nuvarande LOU och LUF är att de särskilda bestämmelserna om rättsmedel i de lagarna inte gäller vid sådan upphandling.¹² Ett beslut om tjänstekoncession kan heller inte överklagas genom förvaltningsbesvär. De EU-rättsliga kraven på effektiva rättsmedel har dock ansetts kunna tillgodoses med skadeståndstalan (HFD 2012 ref. 29, jfr även C-432/05 *Unibet* punkt 58).

För byggkoncessioner gäller bestämmelserna om överprövning m.m. i nuvarande 16 kap. LOU för sådana byggkoncessioner som ska upphandlas enligt bestämmelserna i den lagen. Byggkoncessioner som faller utanför tillämpningsområdet för LOU, t.ex. på grund av att de upphandlas av upphandlande enheter och rör sådan verksamhet som avses i LUF, omfattas däremot inte av de särskilda bestämmelserna om rättsmedel i den svenska upphandlingslagstiftningen.

Kommissionen har satt i fråga att skadestånd är ett effektivt rättsmedel i en viss situation. Det är för utredningen inte klart ifall diskussionen mellan kommissionen och regeringen lett till en samsyn i denna fråga.

¹¹ Se mål C-513/99 *Concordia Bus Finland* punkt 69. Se även a prop. s. 155.

¹² Se a prop. s. 183, HFD 2012 ref. 29 och RÅ 2008 not. 101.

5 Ny lagstiftning om upphandling av koncessioner

5.1 En särskild lag om upphandling av koncessioner

Utredningens förslag: LUK-direktivet ska genomföras genom en särskild lag. Lagen ska ha samma struktur som lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna. Den ska heta lagen om upphandling av koncessioner.

Skälen för utredningens förslag

En särskild lag

LUK-direktivet är ett nytt direktiv inom upphandlingsområdet som gäller förfarandet vid tilldelning av tjänstekoncessioner och byggkoncessioner. Upphandling av byggkoncessioner som tidigare reglerades i 2004 års LOU-direktiv regleras numera endast i LUK-direktivet. Som utredningen angett inledningsvis följer det av utredningsdirektiven att LUK-direktivet bör genomföras genom en särskild upphandlingslag. Det kan noteras att det finns ett flertal likheter med upphandlingsregleringen för det klassiska området och för försörjningssektorerna. Lagens struktur bör därför motsvara LOU och LUF.

Tilldelning eller upphandling?

Så som tidigare nämnts kan en koncession anses bygga på att myndigheten eller enheten tillåter en leverantör att för egen del också utnyttja vad som levereras. Det är alltså fråga om att myndigheten eller enheten tillåter eller tilldelar en leverantör en rätt att utnyttja föremålet för upphandlingen. Det är också tilldela som är det verb som används i nuvarande LOU:s och LUF:s definition av upphandling. I 2 kap. 13 § LOU anges nämligen att med offentlig upphandling avses de åtgärder som vidtas av en upphandlande myndighet i syfte att tilldela ett kontrakt eller ingå ett ramavtal avseende varor, tjänster eller byggtreprenader. I 2014 års LOU-direktiv definieras offentlig upphandling i artikel 1.2 däremot som ”en eller flera upphandlande myndigheters anskaffning genom ett offentligt kontrakt av byggtreprenader, varor eller tjänster från ekonomiska aktörer som utvalts av dessa upphandlande myndigheter oberoende av om byggtreprenaderna, varorna eller tjänsterna är avsedda för ett offentligt ändamål eller inte.” En motsvarande definition för upphandlande enheter inom försörjningssektorerna finns i artikel 1.2 i LUF-direktivet. Någon utvidgad innebörd av begreppet upphandling jämfört med vad som gällt tidigare och den definition som anges i den nuvarande svenska lagstiftningen är dock inte avsedd, jfr 2 kap. 1 § LOU och LUF och Ds 2014:25 s. 314 f.

Också en tilldelning av en koncession kan sägas utgöra en anskaffning genom upphandling (jfr skäl 11 och artikel 1.1 i LUK-direktivet samt artikel 1.1 i LOU-direktivet och LUF-direktivet). På samma sätt som vid förfaranden som omfattas av LOU-direktivet och LUF-direktivet går förfarandet ut på att myndigheten eller enheten skaffar något som den efterfrågar. Även om ersättningsformen och hur villkoren bestäms skiljer sig åt är det likväl frågan om att något erhålles eller åstadkoms, dvs. anskaffas. Därför och då lagen bör ha en benämning som motsvarar övriga upphandlingslagar bör lagen heta ”lagen om upphandling av koncessioner”.

5.2 Tillämpningsområdet

LUK-direktivet omfattar enligt artikel 1 upphandlingsförfarande för tilldelning av tjänstekoncessioner eller byggkoncessioner som görs av antingen upphandlande myndigheter eller upphandlande enheter om byggtreprenaderna eller tjänsterna rör sådan verksamhet som anges i bilaga II till direktivet, (dvs. sådan verksamhet som faller inom sektorerna gas och värme, el, vissa transporter och posttjänster). Vilka kontrakt som faller in under definitionen av bygg- och tjänstekoncessioner kommer att utvecklas närmare i avsnitt 5.2.1.

Definitionen av upphandlande myndigheter och enheter behandlas i avsnitt 5.2.2.

I artikel 5 i direktivet definieras flera begrepp som används i direktivet. Begreppen och definitionerna är till stora delar likalydande med definitionerna i LOU-direktivet och LUF-direktivet. De definitioner som överensstämmer kommer inte att kommenteras närmare i betänkandet.

Från direktivets tillämpningsområde undantas koncessioner inom vissa områden. De koncessioner som är undantagna överensstämmer i princip med sådana kontrakt som är undantagna i LOU-direktivet och LUF-direktivet.

5.2.1 Tjänstekoncessioner och byggkoncessioner

Utredningens förslag: Lagen ska innehålla definitioner av tjänstekoncessioner och byggkoncessioner.

Skälen för utredningens förslag

Bakgrund

Tjänstekoncessioner definieras i nuvarande 2 kap. 17 § LOU och 2 kap. 18 § LUF enligt följande.

Med *tjänstekoncession* avses ett kontrakt av samma slag som ett tjänstekontrakt men som innebär att ersättningen för tjänsterna helt eller delvis utgörs av rätt att utnyttja tjänsten.

En motsvarande definition beträffande byggkoncessioner finns i nuvarande 2 kap. 4 § LOU och LUF och denna lyder som följer.

Med *byggkoncession* avses ett kontrakt av samma slag som ett byggentreprenadkontrakt men som innebär att ersättningen helt eller delvis utgörs av rätt att utnyttja anläggningen.

Det som skiljer tjänstekoncessioner och byggkoncessioner från tjänstekontrakt och byggentreprenadkontrakt är ersättningsformen. Ersättningen vid en koncession består i rätten att utnyttja det som koncessionen avser.

Frågor om koncessioner, framförallt tjänstekoncessioner, har behandlats av EU-domstolen i flera avgöranden. Som underlag för de följande avsnitten, som bl.a. innehåller en redovisning av domstolens praxis, har Genomförandeutredningen använt Andrea Sundstrands doktorsavhandling *Offentlig upphandling: primärrettens reglering av offentliga kontrakt*, Jure, Stockholm: Stockholms universitet, 2012.

Rätten att utnyttja tjänsten

I mål C-324/98 *Teleaustria* och *Telefonadress* punkt 58 fann EU-domstolen att ett avtal om tjänster där en del av vederlaget består i att avtalsparten får rätt att utnyttja sina egna tjänster kommersiellt var ett kontrakt som inte omfattades av tillämpningsområdet för 1993 års försörjningsdirektiv. Kontraktet ansågs vara en tjänstekoncession.

Vad innebörden i begreppet ”rätten att utnyttja tjänsten” är har varit föremål för EU-domstolens tolkning. I mål C-458/03 *Parking Brixen* som rörde drift av en parkeringsplats där koncessionshavaren inte fick någon ersättning från myndigheten som beställt tjänsten utan erhöll sådan uteslutande från de som använde parkeringsplatsen, behandlades skillnaden mellan tjänstekontrakt och tjänstekoncessioner. EU-domstolen uttalade i punkterna 39 och 40 följande.

[E]tt offentligt tjänsteavtal, i den mening som avses i detta direktiv, innefattar en motprestation som den upphandlande myndigheten betalar direkt till tjänsteleverantören.

I den situation som avses i den första frågan härrör däremot inte tjänsteleverantörens ersättning från den ifrågavarande offentliga myndigheten utan från de avgifter som tredjeman betalar för användningen av den ifrågavarande parkeringsplatsen. Detta betalningssätt innebär att tjänsteleverantören tar verksamhetsrisken för de ifrågavarande tjänsterna, vilket är kännetecknande för en tjänstekoncession.

I mål C-206/08 *Eurawasser* utvecklade domstolen innebörden i begreppet rätt att utnyttja och uttalade bl.a. att det saknar betydelse om den ersättning som leverantören vid utnyttjandet av tjänsten kan uppbära från tredje man är privat- eller offentlig-rättsligt reglerad (punkt 55). Vidare uttalade domstolen att om uppdragstagaren inte erhåller ersättning direkt från den upphandlande myndigheten men har rätt att uppbära ersättning från tredje man, är kriterierna för en tjänstekoncession uppfyllda (punkt 57). Anledningen till det är att när det överenskomna sättet att ersätta tjänsteleverantören består i en rätt för denne att utnyttja sina egna tjänster, innebär det att leverantören tar på sig den risk som är förenad med utnyttjandet av de aktuella tjänsterna (punkt 59). Risken är nämligen ouppslösigt förbunden med det ekonomiska utnyttjandet av tjänsten (punkt 66).

Utnyttjandet har i de nämnda fallen inneburit en rätt för leverantören att ta ut avgifter från tredje man och innefattat att leverantören tar verksamhetsrisken. Om ingen del av den risk som är förenad med tillhandahållandet av tjänsten överförs på leverantören utgör transaktionen ett tjänstekontrakt (se mål C-234/03 *Contse m.fl.* punkt 22). Hela eller åtminstone en betydande del av den risk som är förenad med utnyttjandet av tjänsten ska föras över på leverantören. Det finns dock inget krav på att risken i sig ska vara betydande. Denna kan vara begränsad på grund av att verksamheten regleras av bestämmelser som gör att de ekonomiska riskerna begränsas (*Eurawasser* punkterna 70–72 och 77). Risken måste vidare vara knuten till koncessionsföremålet. Risker som är beroende av om ett nödvändigt tillstånd från en annan myndighet erhålles är inte relevant (se mål C-451/08 *Helmut Müller* punkt 78). Om ersättningen till leverantören enligt avtalet består i att myndigheten eller enheten ersätter leverantören i förhållande till hur stor andel som utnyttjas av allmänheten och avtalet är konstruerat på ett sådant sätt att myndigheten eller enheten garanterar leverantörens finansiella och ekonomiska stabilitet före-

ligger enligt EU-domstolen varken en rätt för leverantören att utnyttja sina tjänster eller ett övertagande av någon verksamhetsrisk (se mål C-382/05 *kommissionen mot Italien* punkt 36 och 37).

I rätten att utnyttja tjänsten ska vidare enligt EU-domstolen ligga viss grad av ekonomisk frihet. I mål C-300/07 *Oymanns* punkt 71 påpekade domstolen att tjänstekoncession kännetecknas av en situation där den upphandlande myndigheten överför rätten att utnyttja en viss tjänst till en koncessionshavare, vilken inom ramen för kontraktet har viss ekonomisk frihet att bestämma villkoren för hur denna rätt utnyttjas och därmed också i huvudsak står riskerna med detta utnyttjande. I det målet behandlades bl.a. huruvida ett kontrakt, som var ett vårdavtal där leverantören var förpliktad att tillhandahålla vissa tjänster till försäkrade personer och få ersättning för dessa från allmänna medel, utgjorde en tjänstekoncession. Eftersom villkoren var definierade i kontraktet ansågs leverantören inte ha den grad av ekonomisk frihet som kännetecknar en tjänstekoncession. Leverantören var inte heller utsatt för någon betydande risk förenad med utnyttjandet av dennes prestationer (punkt 73).

Verksamhetsrisk

Vad som utgör en verksamhetsrisk behandlas i EU-domstolens dom i mål C-274/09 *Stadler*. Målet rörde frågan om ett avtal som innebar att en kommunal sammanslutning gav en leverantör i uppdrag att utföra räddningstjänster där leverantörens ersättning bestod i betalning via ett centralt avräkningsställe grundat på antalet insatser som utförts utgjorde en tjänstekoncession. Domstolen uttalade bland annat följande i punkterna 37 och 38.

Domstolen påpekar härvid att den ekonomiska risk som är förenad med utnyttjandet av tjänsten ska förstås som en risk att utsättas för marknadens nycker (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet *Eurawasser*, punkterna 66 och 67), som kan ta sig uttryck i en risk för att utsättas för konkurrens från andra ekonomiska aktörer, en risk för bristande jämvikt mellan utbud och efterfrågan, en risk för insolvens hos dem som är betalningsskyldiga för tillhandahållna tjänster, en risk för att inkomsterna inte ska täcka samtliga kostnader eller till och med en risk att stå ansvaret för alla sorters skador som uppkommer till följd av brister i tjänsten (se, för ett

liknande resonemang, dom av den 27 oktober 2005 i mål C 234/03, Contse m.fl., REG 2005, s. I 9315, punkt 22, och domen i det ovan nämnda målet Hans & Christophorus Oymanns, punkt 74).

Risker som är förknippade med en bristfällig företagsledning eller med att den ekonomiska aktören gör felaktiga bedömningar kan däremot inte läggas till grund för bedömningen av huruvida ett kontrakt ska kvalificeras som ett tjänstekontrakt eller en tjänstekoncession, eftersom alla kontrakt omfattar den typen av risker, oberoende av om det rör sig om ett tjänstekontrakt eller en tjänstekoncession.

Att leverantören tar verksamhetsrisken innefattar alltså att leverantören riskerar att inte få betalt för sina kostnader på grund av faktorer som ligger utanför dennes kontroll. Att detta kriterium är uppfyllt är nödvändigt för att en koncession ska anses föreligga. Men är det tillräckligt eller innefattar begreppet "rätten att utnyttja" koncessionsföremålet något mer?

Övergång av verksamhetsrisk; nödvändigt, men inte tillräckligt

EU-domstolens praxis tyder på att övergången av verksamhetsrisken är en nödvändig men inte tillräcklig förutsättning för att en koncession ska föreligga. I Stadler prövade domstolen först huruvida den omständighet att avgiften för tjänstens utförande inte fastställs ensidigt av leverantören utan genom en överenskommelse med socialförsäkringsorgan som hade ställning som upphandlande myndighet samt att ersättningen inte kommer direkt från brukarna utan via ett avräkningsställe medförde att det aktuella avtalet inte var en tjänstekoncession. Domstolen fann därvid att detta saknade betydelse eftersom "samtliga ersättningar till tjänsteleverantören härrör från andra än den upphandlande myndighet som tilldelat kontraktet" (punkt 28). Därefter gick domstolen vidare med att uttala att för att kunna fastställa om det rör sig om en tjänstekoncession "krävs en kontroll av huruvida det överenskomna sättet att utge ersättning består i tjänsteleverantörens rätt att utnyttja en tjänst och innebär att tjänsteleverantören övertar verksamhetsrisken för utförandet av nämnda tjänst" (punkt 29).

I mål C-348/10 *Norma* konstaterar domstolen först att omständigheten att uppdragstagaren har rätt uppbära ersättning från tredje man uppfyller kravet på en tjänstekoncession enligt

direktivet, men anger vidare i punkt 44 att "[d]et sätt på vilket ersättning utgår är visserligen en av de avgörande faktorerna vid kvalificeringen av en tjänstekoncession, men det följer av rättspraxis att en tjänstekoncession dessutom innebär att koncessionären tar på sig den verksamhetsrisk som är förenad med utnyttjandet av de aktuella tjänsterna och att en avsaknad av en sådan risköverföring på tjänsteleverantören tyder på att transaktionen är ett tjänstekontrakt och inte en tjänstekoncession". Även i mål C-221/12 *Belgacom* synes domstolen mena att förutsättningarna för koncession innefattar dels en rätt för koncessionshavaren att utnyttja koncessionsföremålet, dels att koncessionshavaren tar verksamhetsrisken (se punkt 27).

Slutsatser

Utredningen kan för egen del konstatera att praxis från EU-domstolen inte är entydig vad gäller begreppen utnyttja respektive verksamhetsrisk. Såvitt utredningen kunnat finna ligger det i begreppet utnyttja att ett utnyttjande inte kan förekomma om inte också en verksamhetsrisk är förknippad med utnyttjandet. Begreppet verksamhetsrisk är dock som framgått ovan inte klart. Redan av direktivet framgår att det kan anses att det i begreppet ska ingå dels en ekonomisk risk för att investeringar inte kan fås tillbaka, dels en efterfrågerisk och en utbudsrisk. Vidare kan också diskuteras den närmare innebörden av begreppet utnyttja. Närmast till hands torde vara att det är fråga om ett kommersiellt utnyttjande för egen del. Men också annat utnyttjande torde kunna komma i fråga. Sammanfattningsvis får alltså utredningens slutsats stanna vid åtminstone det konstaterandet att en koncession förutsätter både ett utnyttjande och ett övertagande av verksamhetsrisk.

Den otydlighet i praxis som utredningen ansett föreligga enligt ovan har troligen att göra med att en stor del av denna praxis har avsett tolkning av ett undantag från tillämpningsområdet för upphandling, eftersom tjänstekoncessioner hittills varit ett uttryckligt undantag. Det har alltså varit fråga om att restriktivt tolka ett undantag. Det är således inte osannolikt att den praxis som kommer att utvecklas kring LUK-direktivets tillämpningsområde kommer att klargöra hittillsvarande praxis.

Definitionerna i LUK-direktivet

I förhållande till 2004 års LOU-direktiv och LUF-direktiv har införts nya definitioner av tjänstekoncessioner och byggkoncessioner i LUK-direktivet. Definitionerna anges i artikel 5.1. Definitionerna ska enligt skäl 18 i direktivet utgöra förtydligande av definitionerna i 2004 års upphandlingsdirektiv. Det framgår inte klart när de ändrade definitionerna är avsedda att enbart kodifiera eller när det är fråga om att tillföra nya moment i det som följer av EU-domstolens praxis. Artikeln är konstruerad på så sätt att den består av en del som innehåller likheter med definitionerna i 2004 års upphandlingsdirektiv (första stycket a och b) och en del som anger att tilldelningen av en tjänstekoncession eller byggkoncession innefattar att verksamhetsrisken vid utnyttjande av tjänsterna eller byggnadsverken överförs till koncessionshavaren och förtydligar vad detta innebär.

Definitionen av tjänstekoncession enligt artikel 5.1 första stycket b har följande lydelse.

skriftligt kontrakt med ekonomiska villkor genom vilket en eller flera upphandlande myndigheter eller upphandlande enheter anförtror tillhandahållande och förvaltning av tjänster som inte avser utförande av byggtreprenad enligt led a till en eller flera ekonomiska aktörer, där ersättningen för tjänsterna endast utgörs av rätten att utnyttja de tjänster som är föremål för kontraktet eller av dels en sådan rätt, dels betalning.

Motsvarande definition finns i artikel 5.1 första stycket a för byggkoncessioner och i denna anges följande

skriftligt kontrakt med ekonomiska villkor genom vilket en eller flera upphandlande myndigheter eller upphandlande enheter anförtror utförande av byggtreprenad till en eller flera ekonomiska aktörer, där ersättningen för arbetet endast utgörs av rätten att utnyttja det byggnadsverk som är föremål för kontraktet eller av dels en sådan rätt, dels betalning.

Vad som avses i bestämmelserna utvecklas vidare i skäl 11. Där anges att det är frågan om att den upphandlande myndigheten eller enheten anförtror tillhandahållande och förvaltning av tjänster eller utförande av byggtreprenader till en eller flera leverantörer. En eller flera leverantörer ska alltså anlitas för att ombesörja en tjänst eller byggtreprenad. Det är enligt motivet frågan om anskaffning

av tjänster eller byggentreprenader där ersättningen består i rätten att utnyttja tjänsten eller byggnadsverket eller dels sådan rätt, dels betalning. Vidare anges att sådana avtal kan men inte måste innebära en överföring av äganderätt från leverantören till den upphandlande myndigheten eller enheten. Det är sannolikt inte helt ovanligt att myndigheten eller enheten redan äger den fastighet eller lokal där byggnadsverket eller tjänsten ska uppföras eller utövas. I så fall behövs ingen överföring av äganderätten. Äganderätten kan emellertid även vara kvar hos leverantören. Vid en sådan lösning krävs försiktighet för att åtgärderna inte ska betraktas som statligt stöd. Detta gäller i vart fall om en myndighet eller enhet delvis betalar leverantören på så sätt att denne subventionerar en del av driftskostnaden.

Som uttryckligen anges i definitionen kan nyttjanderätten kombineras med betalning från den upphandlande myndigheten eller enheten. En sådan ersättning kan lämnas på olika sätt, t.ex. i form av garantibelopp eller ett belopp som är knutet till nyttjandegraden. Det väsentliga är att betalningen inte är utformad på ett sådant sätt att leverantören ges en garanti att få ersättning för de investeringar som görs och de kostnader som uppstår under fullgörandet (se skäl 19, jfr även kommissionen mot Italien punkterna 36 och 37).

Innebörden av övergång av verksamhetsrisken förklaras i direktivet

I begreppet att leverantören får rätt att utnyttja tjänsten eller byggentreprenaden innefattas att denne tar över verksamhetsrisken. I motiven i direktivet framhålls att överföringen av verksamhetsrisken är det viktigaste kännetecknet för en koncession (skäl 18 i direktivet). I LUK-direktivet har tagits in en förklaring av vad som avses med att verksamhetsrisken ska överföras till leverantören. Detta är en nyhet i förhållande till tidigare upphandlingsdirektiv. I artikel 5.1 andra stycket anges sålunda följande.

Tilldelningen av en byggekonsession eller tjänstekonsession innefattar att verksamhetsrisken vid utnyttjandet av dessa byggnadsverk eller tjänster, som omfattar efterfrågerisken eller utbudsriskerna eller båda, överförs till koncessionshavaren. Koncessionshavaren ska anses överta verksamhetsrisken om denne, vid normala verksamhetsförhållanden, inte är garanterad att få tillbaka de investeringar som

gjorts och de kostnader som uppstått under utnyttjandet av det byggnadsverk eller tillhandahållandet av de tjänster som är föremål för koncessionen. Den del av risken som överförs på koncessionshavaren ska omfatta verklig exponering för marknadens nycker, vilket innebär att eventuella uppskattade förluster för koncessionshavaren inte ska vara endast nominella eller försumbara.

Av direktivbestämmelsen framgår alltså att den upphandlande myndigheten eller enheten ska överföra verksamhetsrisken till koncessionshavaren. Något krav på att åtminstone en betydande del av verksamhetsrisken ska överföras på koncessionshavaren finns emellertid inte. Med hänsyn till att bestämmelsen är relativt detaljerad och anger att den risk som överförs ska "omfatta verklig exponering för marknadens nycker" måste den förstås som att det inte uppställs något krav på att minst en viss andel av risken ska överföras för att en koncession ska föreligga. Att den risk som överförs ska "omfatta verklig exponering för marknadens nycker" utgör däremot en kodifiering av EU-domstolens praxis och innebörden förklarades i Stadler punkt 37 (se ovan).

Det väsentliga är alltså att det är frågan om en verklig risk för koncessionshavaren att inte få tillbaka de investeringar som har gjorts och de kostnader som uppstått under utnyttjandet av ett byggnadsverk eller tillhandahållandet av tjänster under normala verksamhetsförhållanden, även om en del av risken ligger kvar hos den upphandlande myndigheten eller enheten.

Risken ska bestå i efterfrågerisk eller utbudsrisk eller bådadera. Efterfrågerisk innebär att det är osäkert hur många som kommer nyttja den tjänst eller det byggnadsverk som leveratören erbjuder genom koncessionen. Utbudsrisk innebär att det är osäkert om sådant som är nödvändigt för tjänstens utövande eller byggnadsverkets uppförande kommer att finnas tillgängligt eller att utbudet inte överensstämmer med efterfrågan. Risken bör alltså innebära en risk för koncessionshavaren att inte få betalt på grund av att för få brukare vill använda det koncessionen avser eller att denne inte kan leverera det koncessionen avser i tillräckligt stor utsträckning för att intäkterna ska täcka kostnaderna.

Att risken i sig är begränsad exempelvis på grund av att det finns reglerade tariffer i sektorn eller genom avtalsarrangemang som föreskriver partiell ersättning hindrar inte att ett avtal utgör en koncession. Det får dock inte finnas någon garanti för att de

investeringar som görs och de kostnader som uppstår under fullgörandet av kontraktet jämnar ut varandra (se skäl 19 i direktivet, jfr även målen Stadler och kommissionen mot Italien). Risker ska vara verkliga och inte försumbara.

Som framgår av direktivtexten måste risken vara knuten till koncessionsföremålet. Även detta kriterium utgör en kodifiering av praxis och innebär att risker som beror på annat, såsom finansiella risker (t.ex. risk för ränteförändringar och ändringar i valutakurs), risk för lagändringar och risker relaterade till dålig förvaltning inte betraktas som risk i det här sammanhanget. Detsamma gäller risker som är att hänföra till *force majeure* (skäl 20). Med verksamhetsrisk avses alltså risker som ligger utanför parternas kontroll och som består av annat än sådana risker som en leverantör i regel tar även vid andra kontraktsformer och som inte är signifikativa för koncessioner.

Utesluter ersättning från enbart den upphandlande myndigheten eller enheten att det är frågan om en koncession?

I kravet att leverantören ska ha rätt att utnyttja tjänsten eller byggnadsverket som är föremål för koncessionen ligger som konstaterats att denne tar över verksamhetsrisken. Ett sådant utnyttjande kan ta sig uttryck i möjligheten att utforma villkor och genom att betalning i viss mån erhålls från någon annan än den upphandlande myndigheten eller enheten. Enligt motiven finns inget krav på att ersättningen ska komma från brukarna utan det anges att kontraktsarrangemang som uteslutande betalas av en upphandlande myndighet eller enhet bör kunna utgöra en koncession (skäl 18 i direktivet). Detta är alltså en skillnad i förhållande till hur gällande rätt har uppfattats, se t.ex. Lagrådet som i sitt yttrande över förslag till lag om valfrihet hos Arbetsförmedlingen funnit att definitionen av tjänstekoncession i 2004 års direktiv ger litet utrymme för någon annan tolkning än att leverantören av de tjänster som omfattas av upphandlingen måste få sin ersättning i vart fall till någon del från dem som utnyttjar de tillhandahållna tjänsterna (prop. 2009/10:146 33 f.).

Såvitt utredningen kunnat finna innefattar begreppsbildningen och diskussionen kring företeelsen tjänstekoncession en betydande osäkerhet kring vad som kännetecknar en koncession i dess olika

detaljer. Ett exempel är att redan ordet "utnyttja" väckt frågor och satts i förhållande till begreppet "verksamhetsrisk" och detta begrepps förgreningar. I en sådan situation bör en utgångspunkt vara enbart direktivtextens lydelse. En bokstavstolkning av artikel 5.1 ger vid handen att ersättning för en koncession får utgå endast på två sätt. Antingen genom att leverantören får rätt att utnyttja koncessionen eller att han dels får en sådan rätt, dels får betalning.

Vad de olika momenten i denna definition kan medföra för tolkningsproblem har diskuterats i detta avsnitt och också på annan plats i betänkandet. För att besvara underrubrikens fråga ger dock artikel 5.1 tillräcklig ledning; ersättningen till leverantören får inte utgå som endast betalning från upphandlande myndighet eller enhet. Med betalning likställs följaktligen inte rätten att utnyttja. Betalning måste alltså avse något som görs genom ordinarie betalningsmedel.

Utredningens slutsats bygger således på vad som uttryckligen anges i artikeltexten. I de fall motiven i skälen anses inte fullt ut kunna återfinnas i artikeltexten är det artikeltexten som ska styra genomförandet.

Definitionerna i LUK

De definitioner av tjänstekoncessioner och byggkoncessioner som finns i nuvarande upphandlingslagstiftning har utvecklats och förtydligats i LUK-direktivet. Definitionen i artikel 5.1 av vad som utgör en tjänstekoncession respektive en byggkoncession samt vad innebörden av att verksamhetsrisken går över på leverantörer motsvarar till övervägande del vad EU-domstolen ansett utgör kriterier för att en koncession ska föreligga. Dock uppställs i direktivet inte något krav på att hela eller en betydande del av verksamhetsrisken ska övergå på leverantören.

Definitionerna bör genomföras i lagen på ett sätt som är i nära överensstämmelse med direktivtexten. Utredningen anser dock att uttrycket "marknadens nycker" som används i artikel 5.1 andra stycket för att klargöra vad den risk som ska överföras till leverantören måste innebära kan bytas ut mot uttrycket "skiftningar på marknaden".

En fråga som också aktualiserats är i vilken mån förekommande valfrihetssystem faller in under definitionen av en tjänstekoncession eller inte. Såvitt utredningen kan bedöma är det fortfarande oklart hur frågan ska besvaras. Utredningen anser nämligen att skäl 13 i och för sig är tydligt, men inte fullt ut har täckning i definitionen av tjänstekoncession i artikeln. Ytterligare en aspekt är att det i skäl 4 till LOU-direktivet finns text som antyder att anskaffning genom valfrihetssystem inte ska anses vara upphandling över huvud taget. Om så skulle vara fallet kan sättas i fråga hur skäl 13 i LUK-direktivet ska tolkas och vilken plats skälet har i upphandlingssammanhang. Frågan har uppmärksamats inom Socialdepartementet och är där en del av en översyn av lagen (2008:962) om valfrihetssystem (dnr S2014/6077/FST).

5.2.2 Upphandlande myndigheter och enheter

Utredningens förslag: Lagen ska gälla för upphandlande myndigheter och enheter.

Skälen för utredningens förslag: Av artiklarna 6 och 7 i LUK-direktivet framgår att direktivet med vissa smärre undantag ska tillämpas på upphandlande myndigheter och upphandlande enheter under samma förutsättningar som följer av artikel 2.1.1–2.1.4 i LOU-direktivet och artiklarna 3 och 4 i LUF-direktivet. De få mindre materiella skillnader som finns mellan begreppen i LOU-direktivet och LUF-direktivet och i LUK-direktivet behandlas nedan. Det kan dock redan här noteras att regleringstekniken inte är densamma i LUK-direktivet och LUF-direktivet såvitt gäller definitionen av upphandlande enhet.

I definitionen av upphandlande enhet enligt LUF-direktivet ingår begreppet upphandlande myndighet som en självständig beståndsdel medan motsvarande organisatoriska enhet enligt LUK-direktivet definieras med de moment som konstituerar en upphandlande myndighet. Det följer vidare av artikel 6.1 i LUK-direktivet att sådana organisatoriska enheter som uppfyller momenten i artikel 7.1 a i direktivet inte är att betrakta som upphandlande myndigheter. Detta trots att sådana enheter i och för sig uppfyller övriga rekvisit i artikel 6 för att kvalificeras som upphandlande

myndigheter. Som antytts innebär denna regleringstekniska skillnad inte att det föreligger några materiella skillnader direktiven emellan.

När det gäller den regleringstekniska skillnaden kan dock antecknas att den har medfört att det i LUK-direktivet såvitt avser försörjningssektorerna inte laboreras med konstruktionerna ”upphandlande enhet som inte är en upphandlande myndighet” respektive ”upphandlande enhet som är en upphandlande myndighet”. Ett direktivnära genomförande tycks sålunda inte medge att sådana konstruktioner används. Att konstruktionerna används i LUF framgår bl.a. av reglerna om uteslutning av leverantörer i den lagen (se 13 kap. 1–3 §§ LUF i Ds 2014:25).

Ytterligare en konsekvens av den ovan behandlade skillnaden är att redan begreppet upphandlande myndighet i både direktivet och lagen markerar vilken sektor det är fråga om. När det i direktivet och lagen talas om upphandlande myndighet markeras att det handlar om den klassiska sektorn. Begreppet upphandlande myndighet utesluter sålunda att det rör sig om upphandling inom försörjningssektorerna.

I fråga om försörjningssektorerna fyller begreppet upphandlande enhet samma funktion som det har i LUF. Det markerar sålunda att det rör sig om upphandling inom försörjningssektorerna och inte inom den klassiska sektorn. De försörjningssektorer som omfattas av LUK-direktivets tillämpningsområde skiljer sig dock på en punkt jämfört med LUF-direktivet. Koncessioner inom vattensektorn är nämligen till stor del undantagna från LUK-direktivets tillämpningsområde (jfr skäl 40 i direktivet). Enheter som bedriver verksamhet inom vattensektorn utgör inte upphandlande enheter enligt direktivet, vilket följer av bilaga II till direktivet. Den bilagan innehåller en förteckning över verksamheter som en enhet ska bedriva för att utgöra en upphandlande enhet och i denna finns inte verksamhet inom vattensektorn medtagen. En motsvarande bilaga som klargör vilka verksamheter som bedrivs av upphandlande enheter bör fogas till LUK.

Med upphandlande enheter avses enligt artikel 7.1 c utöver myndigheter, offentligt styrda organ och företag som en upphandlande myndighet kan utöva ett bestämmande inflytande över, även enheter som bedriver verksamhet inom försörjnings-

sektorerna på grund av en särskild rättighet eller ensamrätt vilken beviljats för bedrivande av någon av de verksamheter som avses i bilaga II till direktivet. Om den särskilda rättigheten eller ensamrätten har beviljats genom ett förfarande som offentliggjorts på lämpligt sätt och där beviljandet har grundats på objektiva kriterier ska enheten enligt artikel 7.2 inte anses utgöra en upphandlande enhet i LUK-direktivets mening.

5.2.3 Reserverade koncessioner

Utredningens förslag: Lagen ska innehålla bestämmelser om reserverade koncessioner.

Skälen för utredningens förslag: I LUK-direktivet finns på motsvarande sätt som i LOU-direktivet och LUF-direktivet bestämmelser om reserverade koncessioner. I likhet med artiklarna 20 och 38 i LOU-direktivet respektive LUF-direktivet är artikel 24 i LUK-direktivet utformad så att det står medlemsstaterna fritt att införa särskilda bestämmelser om reserverade kontrakt/koncessioner. Vad gäller LOU och LUF har utredningen ansett att sådana bestämmelser bör införas. Det finns inte skäl att beträffande koncessioner göra någon annan bedömning. Se vidare SOU 2014:51 avsnitt 3.3 och kommentarerna till 1 § i avsnitt 14.1.

5.2.4 Forsknings- och utvecklingstjänster

Utredningens förslag: Lagen ska innehålla bestämmelser om under vilka förutsättningar civila forsknings- och utvecklingstjänster ska omfattas av lagens tillämpningsområde.

Skälen för utredningens förslag: Enligt artikel 25 i direktivet ska tjänstekoncessioner som avser forsknings- och utvecklingstjänster (CPV-koderna 73000000-2–73120000-9, 73300000-5, 73420000-2 och 73430000-5) omfattas av bestämmelserna i direktivet endast under vissa förutsättningar, nämligen om resultaten uteslutande tillkommer den upphandlande myndigheten eller enheten i den egna verksamheten, och den tillhandahållna tjänsten betalas helt

och hållet av myndigheten eller enheten. Bestämmelsen motsvarar de i artikel 14 i LOU-direktivet och artikel 32 i LUF-direktivet.

Definitionen av en tjänstekoncession är enligt artikel 5.1 att ”ersättningen för tjänsterna utgörs av endast rätten att utnyttja de tjänster som är föremål för kontraktet eller dels av en sådan rätt, dels betalning”. För det fall den tillhandahållna tjänsten helt och hållet betalas av den upphandlande myndigheten eller enheten består ingen del av ersättningen till leverantören av rätten att utnyttja de tjänster som är föremål för kontraktet. Någon möjlighet för leverantören att utnyttja forsknings- och utvecklingstjänster i de situationer som artikel 25 syftar på synes inte heller kunna föreligga eftersom hela resultatet av tjänsten uteslutande ska tillkomma den upphandlande myndigheten eller enheten. Ett avtal om ifrågavarande tjänster som uppfyller kriterierna i artikeln kan inte heller medföra en övergång av verksamhetsrisken eftersom leverantörer får full ersättning för tjänsten från den upphandlande myndigheten eller enheten och tjänsten utgör sålunda ingen tjänstekoncession.

De kriterier som anges för att direktivet ska vara tillämpligt vid upphandling av koncessioner avseende forsknings- och utvecklingstjänster framstår sålunda enligt utredningens mening som oförenliga med kriterierna som definierar en koncession. Det kan därför övervägas om bestämmelsen i LUK – till skillnad från bestämmelsen i direktivet och motsvarande bestämmelser i LOU och LUF – bör formuleras som att undantag för ifrågavarande tjänster från lagens tillämpningsområde i stället för att ange att lagen är tillämplig vid upphandling av sådana tjänstekoncessioner endast under vissa förutsättningar. Utredningen anser i denna fråga att det finns ett betydande värde i att motsvarande bestämmelser i de olika upphandlingsdirektiven i så stor utsträckning som möjligt genomförs och utformas på ett liknande sätt och placeras i motsvarande avsnitt i lagarna. Bestämmelserna om lagens tillämplighet vid upphandling av forsknings- och utvecklingstjänster bör därför utformas på samma sätt som bestämmelserna i 2 kap. 13 § LOU och 2 kap. 28 § LUF och placeras i 2 kap. LUK.

5.2.5 Icke direktivstyrda bestämmelser

Utredningens förslag: Lagen ska innehålla bestämmelser om upphandlingar av koncessioner som understiger tröskelvärdet.

Skälen för utredningens förslag: I nuvarande LOU och LUF finns särskilda regler om upphandling som inte omfattas av direktiven på grund av att kontrakten understiger tröskelvärdena. Skälen till att sådana regler infördes när det första upphandlingsdirektiven genomfördes i svensk rätt var bl.a. att även upphandlingar under tröskelvärdet utgör en viktig del och är mer vanligt förekommande än upphandling över tröskelvärdena samt att då gällande lag om offentlig upphandling reglerade all offentlig upphandling oavsett dess beloppsmässiga värde (prop. 1992/93:88 s. 42).

Upphandling av koncessioner omfattas för närvarande i princip inte av de direktiv som ligger till grund för LOU, LUF och LUFs. Upphandling av koncessioner kan dock omfattas av EUF-fördraget. I syfte att uppnå enhetlighet i regelverket och då det kan antas att även upphandling av koncessioner under tröskelvärdena utgör en viktig del av myndigheters och enheters upphandlingar bör även koncessioner vars värde understiger tröskelvärdet regleras i lagen. Dessa regler bör dock inte vara lika detaljerade utan bör kunna följa den reglering som ska gälla för upphandling av koncessioner avseende sociala och andra särskilda tjänster. De närmare övervägandena härom behandlas i avsnitt 9.

5.3 Undantag från tillämpningsområdet

Utredningens förslag: Lagen ska innehålla bestämmelser om undantag från lagens tillämpningsområde.

Skälen för utredningens förslag

Undantag som motsvarar undantagen i LOU och LUF

I den utsträckning det i LUK-direktivet föreskrivs undantag från tillämpningsområdet som motsvarar de undantag som anges i LOU-direktivet eller LUF-direktivet eller båda, ska undantag från tillämpningsområdet i LUK göras på samma sätt som i LOU och LUF.

Ensamrätt

I artikel 10.1 första stycket i direktivet anges att direktivet inte är tillämpligt på tjänstekoncessioner som på grund av en ensamrätt tilldelas en upphandlande myndighet eller upphandlande enheter som avses i artikel 7.1 a. Bestämmelsen motsvarar de i artikel 11 i LOU-direktivet och artikel 22 i LUF-direktivet, vilka genomförs genom 3 kap. 10 § LOU respektive 3 kap. 9 § LUF.

I LUK-direktivet föreskrivs emellertid i artikel 10.1 andra stycket även att undantag från tillämpningsområdet gäller när tjänstekoncessioner tilldelas en leverantör på grundval av en ensamrätt som har beviljats i enlighet med EUF-fördraget och unionsrättsakter om gemensamma regler om marknadstillträde som är tillämpliga på verksamheter som avses i bilaga II. I skäl 33 i direktivet framhålls att när en tjänstekoncession tilldelas ekonomiska aktörer på grundval av en ensamrätt som aktören åtnjuter enligt nationella lagar och andra offentliggjorda författningar och som beviljats i enlighet med EUF-fördraget och unionsakter om gemensamma regler om marknadstillträde som är tillämpliga på sådana verksamheter som avses i bilaga II, är det inte möjligt att tillämpa ett konkurrensutsatt förfarande för tilldelningen. Det saknas därför enligt motiven skäl att tilldela sådana koncessioner enligt bestämmelserna i direktivet. Dock ska enligt artikel 10.2 bestämmelserna om meddelande om koncessionstilldelning i artikel 32 tillämpas när en koncession tilldelas en leverantör på grund av en ensamrätt om det inte i unionens sektorslagstiftning som avses i artikel 10.1 andra stycket föreskrivs sektorsspecifika regler för öppenhet och insyn.

För att direktivet inte ska vara tillämpligt när en koncession tilldelas en leverantör på grund av en ensamrätt krävs alltså att ensamrätten har beviljats i enlighet med EUF-fördraget och unionsrättsakter om gemensamma regler om marknadstillträde och att ensamrätten eller den särskilda rättigheten har beviljats för verksamheter i någon av de försörjningssektorer som omfattas av direktivet. Som exempel på en rättsakt som möjliggör att en sådan rättighet beviljas kan nämnas Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/72/EG av den 13 juli 2009 om gemensamma regler för den inre marknaden för el och om upphävande av direktiv 2003/54/EG genom vilken medlemsstater kan bevilja ensamrätt eller särskild rättighet för driften av eldistributionsnät. Ett annat exempel är Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/73/EG av den 13 juli 2009 om gemensamma regler för den inre marknaden för naturgas och om upphävande av direktiv 2003/55/EG. Tjänstekoncessioner för drift av sådana nätverk kan alltså tilldelas en leverantör utan tillämpning av direktivet om leverantören redan tidigare har beviljats en ensamrätt eller särskild rättighet att bedriva sådan verksamhet som tjänsten avser. Om det inte finns särskilda regler om offentliggörande av tilldelningsbeslut avseende en sådan koncession i den lagstiftning som gäller för sektorn i fråga, ska reglerna om meddelande av koncessionstilldelning i LUK-direktivet tillämpas. Vidare ska kommissionen underrättas när en leverantör beviljas en ensamrätt att bedriva någon av de verksamheter i försörjningssektorerna som omfattas av direktivet. Någon sanktion finns inte kopplad till bestämmelsen att kommissionen ska underrättas. Bestämmelserna bör med vissa språkliga justeringar införas i LUK.

Försvars- och säkerhetsområdet

I artikel 10.5 och 10.6 i direktivet anges att detta inte ska tillämpas på tilldelning av koncessioner på försvars- och säkerhetsområdet i vissa fall. De undantagna situationerna motsvarar i princip de undantag avseende upphandlingar av varor, tjänster och byggentreprenader inom försvars- och säkerhetsområdet som är undantagna från tillämpningsområdet i Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/81/EG av den 13 juli 2009 om samordning av

förfarandena vid tilldelning av vissa kontrakt för byggtreprenader, varor och tjänster av upphandlande myndigheter och enheter på försvars- och säkerhetsområdet och om ändring av direktiven 2004/17/EG och 2004/18/EG (LUFS-direktivet). Bestämmelser om undantag finns i artikel 12 och 13 i LUFS-direktivet.

De föreskrivna undantagen i LUK-direktivet avviker därigenom från LOU-direktivet och LUF-direktivet i vilka föreskrivs undantag för upphandlingar eller projekttävlingar på försvars- och säkerhetsområdet som omfattas av LUFS-direktivet eller som ska undantas med stöd av det direktivet. Avvikelsen beror på att LUFS-direktivet inte är tillämpligt vid tilldelning av koncessioner. Vid upphandling av koncessioner inom försvars- och säkerhetsområdet ska LUK-direktivet gälla utom i de fall som särskilt undantagits i artikel 10.5 och 10.6 eller om upphandlingen av något annat skäl är undantagen från direktivets tillämpningsområde. I de fall upphandlingen inte bara rör koncessioner utan utgör ett blandat kontrakt gäller dock särskilda regler vilka behandlas i avsnitt 5.4.

I artikel 10.5 i LUK-direktivet föreskrivs på motsvarande sätt som i artikel 12 i LUFS-direktivet att direktivet inte är tillämpligt på koncessioner på försvars- och säkerhetsområdet som regleras av särskilda förfaranderegler. Artikeln i LUFS-direktivet har genomförts genom 1 kap. 8 § LUFS. Delvis liknande bestämmelser finns i 3 kap. 8 § LOU och 3 kap. 7 § LUF, se avsnitt 9.5 i Ds 2014:25. Vidare anges i artikel 10.6 i LUK-direktivet vissa särskilda undantag vilka även är undantagna i LUFS-direktivet i enlighet med artikel 13 i det direktivet vilken har genomförts genom 1 kap. 10 § LUFS. Bestämmelserna i LUK bör i relevanta delar utformas på samma sätt som angivna bestämmelser i LUFS.

Beträffande artikel 10.6 a i LUK-direktivet bör dock anmärkas att bestämmelsen innehåller två delar. Den första delen motsvarar artikel 13 a i LUFS-direktivet, artikel 15.2 andra stycket sista meningen i LOU-direktivet och artikel 24.2 andra stycket sista meningen i LUF-direktivet. Den andra delen motsvarar artikel 15.3 i LOU-direktivet och artikel 24.3 i LUF-direktivet.

Första delen avser undantag i situationer där tilldelning enligt LUK-direktivet skulle innebära en skyldighet för medlemsstaten att tillhandahålla information vars avslöjande den anser strida mot

statens väsentliga säkerhetsintressen. Den bestämmelsen bör i LUK genomföras på samma sätt som i 1 kap. 10 § första stycket 1 LUF. Andra delen avser undantag för upphandling eller fullgörande av en koncession som omfattas av sekretess eller måste åtföljas av särskilda säkerhetsåtgärder i vissa fall. Det undantaget bör genomföras i LUK på samma sätt som i 3 kap. 5 § LOU och 3 kap. 3 § LUF.

Lufttransporttjänster

Av artikel 10.3 i direktivet framgår att direktivet inte ska tillämpas på tjänstekoncessioner för lufttransporttjänster som grundas på beviljande av en sådan operativ licens som avses i Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 1008/2008 av den 24 september 2008 om gemensamma regler för tillhandahållande av lufttrafik i gemenskapen. Den förordningen innehåller särskilda regler om utfärdande av tillstånd för EG-lufttrafikföretag, deras rätt att utöva lufttrafik inom gemenskapen och prissättning av trafiken. Rätten att utöva sådan trafik ska erbjudas genom anbudsförfarande enligt det direktivet. Undantaget i LUK-direktivet kan antas ha tillkommit för att klargöra vilka regler som ska tillämpas. Undantaget bör genomföras genom föreskrifter i lagen.

Kollektivtrafik

Enligt artikel 10.3 ska direktivet inte tillämpas på koncessioner för kollektivtrafik i den mening som avses i Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 1370/2007 av den 23 oktober 2007 om kollektivtrafik på järnväg och väg och om upphävande av rådets förordning (EEG) nr 1191/69 och (EEG) nr 1107/70 (EU:s trafikförordning). I EU:s trafikförordning finns nämligen särskilda bestämmelser om tilldelning av avtal avseende koncessioner i fråga om sådan verksamhet som omfattas av förordningens tillämpningsområde.

Tillämpningsområdet för EU:s trafikförordning är nationell och internationell kollektivtrafik på järnväg och andra spårbundna transportsätt, och på väg. Sverige har även valt att använda möjligheten göra förordningen tillämplig på kollektivtrafik på inre

vattenvägar och nationella marina vatten, se 1 kap. 1 a § lagen (2010:1065) om kollektivtrafik. Tilldelning av koncessioner avseende de trafikslag som omfattas av förordningen ska utföras i enlighet med artikel 5 i förordningen. Av den artikeln framgår att avtal om allmän trafik ska tilldelas i enlighet med bestämmelser som fastställs i förordningen när avtalet avser en tjänstekoncession. Bestämmelserna i förordningen är direkt tillämpliga, men enligt övergångsbestämmelser i artikel 8.2 i förordningen ska reglerna om tilldelning av avtal avseende allmäntrafik på järnväg och väg tillämpas först från och med den 3 december 2019. Medlemsstaterna ska under övergångsperioden successivt vidta åtgärder för att följa artikel 5.

Om undantaget beträffande kollektivtrafik i artikel 10.3 i direktivet genomförs i LUK innebär det att tilldelning av koncessioner inom tillämpningsområdet för EU:s trafikförordning inte omfattas av något regelverk förrän den 3 december 2019, såvida inte några andra lagstiftningsåtgärder vidtas. En sådan situation skiljer sig inte anmärkningsvärt från nuvarande rättsläge eftersom tjänstekoncessioner varken omfattas av tillämpningsområdet för nuvarande upphandlingsdirektiv eller den nuvarande svenska upphandlingslagstiftningen på annat sätt än 1 kap. 12 § LOU ska följas.

Ett genomförande av LUK-direktivet i enlighet med utredningens uppdrag innebär att undantag ska genomföras på så sätt att undantaget införs i LUK. Som antytts står det medlemsstaterna fritt att införa regler om tilldelning av koncessioner på det kollektivtrafikområdet som omfattas av EU:s trafikförordning före det att den förordningen ska tillämpas vid sådan tilldelning, något som i så fall kan hanteras i ett särskilt lagstiftningsärende.

Vatten

Av artikel 12 i direktivet framgår att direktivet inte ska tillämpas på koncessioner för tillhandahållande eller drift av fasta nät i syfte att tillhandahålla allmänheten tjänster i samband med produktion, transport eller distribution av dricksvatten samt för leverans av dricksvatten till sådana nät. Enligt samma artikel är direktivet inte heller tillämpligt på vissa verksamheter som har anknytning till

sådant tillhandahållande, sådan drift eller leverans. Det rör sig bl.a. om vattenbyggnadsprojekt samt om bortskaffande och rening av avloppsvatten. I den här delen föreligger en skillnad jämfört med LUF-direktivet som är tillämpligt på kontrakt avseende sådan verksamhet. Skälet till att koncessioner inom vattensektorn är undantagna från direktivets tillämpningsområde är enligt motiven till direktivet (skäl 40) att sådana koncessioner ofta omfattas av specifika och komplicerade arrangemang som kräver särskilda hänsynstaganden. Undantaget bör genomföras genom föreskrifter i lagen.

Lotteritjänster

I artikel 10.9 i direktivet anges att direktivet inte är tillämpligt på lotteritjänster som omfattas av CPV-kod 92351100-7. Att tjänstekoncessioner som avser lotteritjänster ska vara undantagna tillämpningsområdet motiveras av att det ansetts nödvändigt att bevara medlemsstaternas möjlighet att reglera spelsektorn på nationell nivå på grund av deras skyldighet att skydda den allmänna och sociala ordningen (skäl 35).

5.4 Blandade kontrakt

Utredningens förslag: Lagen ska innehålla bestämmelser om blandade kontrakt som genomför direktivets bestämmelser om detta.

Skälen för utredningens förslag: I artiklarna 20–23 i direktivet finns bestämmelser som reglerar vilka bestämmelser som ska tillämpas vid tilldelning av olika typer av blandade kontrakt. Bestämmelserna behandlas i skälen 29 och 30. Artiklarna anvisar tillämpliga bestämmelser när en upphandlande myndighet eller enhet ska tilldela olika slags koncessioner eller blandade kontrakt med delar som rör anskaffningar enligt olika upphandlingsdirektiv eller andra regler. I artiklarna 20 och 21 finns bestämmelser som gäller blandade kontrakt för både upphandlande myndigheter och enheter medan det i artiklarna 22 och 23 finns bestämmelser som

enbart riktar sig till upphandlande enheter. Artiklarna är uppbyggda på samma sätt som artiklarna om blandade kontrakt i LOU-direktivet och LUF-direktivet och avser att kodifiera EU-domstolens hittillsvarande praxis på området (se skäl 20 i LUK-direktivet). I departementspromemorian behandlas övervägandena i anledning av genomförandet av de bestämmelserna i avsnitten 8.7 och 8.8 i Ds 2014:25. De överväganden som görs där bör ligga till grund även för genomförandet av motsvarande bestämmelser i LUK.

5.4.1 Blandade kontrakt som består av olika typer av koncessioner

Utredningens förslag: Lagen ska innehålla bestämmelser om val av tillämpliga bestämmelser för kontrakt som avser olika slags koncessioner.

Skälen för utredningens förslag: I artikel 20.1 första stycket i direktivet anges att koncessioner som avser både byggtreprenader och tjänster ska tilldelas i enlighet med reglerna för den typ av koncession som utgör huvudföremålet för det berörda kontraktet, dvs. enligt huvudsaksprincipen. I artikel 20.1 andra stycket anges vidare att för blandade koncessioner som består av dels sociala och andra särskilda tjänster vilka förtecknas i bilaga IV, dels andra tjänster, ska huvudföremålet bestämmas utifrån den typ av koncession som har det högsta värdet, dvs. enligt överviktsprincipen. Dessa bestämmelser motsvarar de bestämmelser i LOU-direktivet och LUF-direktivet om blandade kontrakt som avser olika upphandlingsslag (varor, tjänster och byggtreprenader). Bestämmelserna i LUK bör enligt utredningen utformas på samma sätt som motsvarande bestämmelser i LOU och LUF. De överväganden som anges i avsnitt 8.7.2 i Ds 2014:25 gäller på motsvarande sätt för koncessioner.

5.4.2 Blandade kontrakt som omfattas av flera regelverk och som avser en verksamhet

Utredningens förslag: Lagen ska innehålla bestämmelser om val av tillämpligt regelverk för blandade kontrakt som omfattas av flera regelverk.

Bestämmelserna ska struktureras på samma sätt som motsvarande bestämmelser i LOU och LUF.

Skälen för utredningens förslag

I artiklarna 20.3–20.5 och 21 finns bestämmelser om tillämpliga bestämmelser vid upphandling av blandade kontrakt som avser delar som omfattas av direktivet och andra delar. Med andra delar avses delar som inte regleras i LUK-direktivet exempelvis på grund av att de omfattas av något annat regelverk eller för att de är undantagna från direktivets tillämpningsområde. Kontraktet kan exempelvis avse en del som utgör en byggkoncession för uppförande av en bro, en del som är ett tjänstekontrakt avseende allmänna kommunikationer över bron och en del som är en aktieöverlåtelse.

Om delarna i det blandade kontraktet objektivt sett kan särskiljas, ska enligt anvisningarna i artikel 20.2 punkt 3 och 4 i artikeln tillämpas. Enligt punkt 3 får den upphandlande myndigheten eller enheten i dessa fall välja att tilldela separata kontrakt för de olika delarna eller att tilldela ett enda kontrakt. För kontrakt där de olika delarna är så integrerade i varandra att det inte är möjligt att dela upp delarna, gäller enligt artikel 20.5 att tillämpliga rättsregler ska fastställas enligt huvudsaksprincipen.

Om kontraktet avser dels en koncession, dels kontrakt med inslag av försvars- eller säkerhetsaspekter, ska bestämmelserna i artikel 21 användas för att avgöra vilka regler som ska tillämpas. Även vid tilldelning av sådana kontrakt kan den upphandlande myndigheten eller enheten, om delarna i kontraktet objektivt sett kan särskiljas, välja att tilldela separata kontrakt för de olika delarna eller tilldela ett enda kontrakt (artikel 21.2). För att tilldelning av ett enda kontrakt ska få ske krävs dock att detta kan motiveras av objektiva skäl.

Om de olika delarna inte går att särskilja gäller särskilda bestämmelser enligt artikel 20.3. Myndigheten eller enheten har alltid möjlighet att dela upp kontraktet i olika delar, men för att det ska vara tillåtet att tilldela ett enda kontrakt som innefattar samtliga delar ställs i vissa fall krav på att det ska vara objektivt godtagbart att tilldela ett enda kontrakt, vilket kommer att behandlas nedan.

En bedömning av om ett kontrakt är objektivt delbart eller inte ska enligt motiven (skäl 29) bygga på relevant rättspraxis från EU-domstolen och får avgöras från fall till fall. Bedömningen bör grundas på sakliga omständigheter som visar att det är motiverat och nödvändigt att ingå ett enda kontrakt. Från praxis kan nämnas EU-domstolens domar i mål C-331/92 *Gestión Hotelera*, de förenade målen C-145/08 och 149/08 *Club Hotel Loutraki* och mål C-215/09 *Mehiläinen*.

Delbara blandade kontrakt som tilldelas som separata kontrakt

I artikel 20.3–20.4 och artikel 21.2 anges vilka bestämmelser som ska tillämpas, om ett kontrakt med delar som objektivt kan särskiljas tilldelas genom separata kontrakt eller genom ett enda kontrakt. Om den upphandlande myndigheten eller enheten vid upphandling av sådana kontrakt väljer att tilldela separata kontrakt ska egenskaperna hos de olika kontrakten vara avgörande för vilka rättsregler som ska gälla för respektive kontrakt (artikel 20.3 första stycket). Detsamma gäller enligt artikel 21.2 för delbara blandade kontrakt där en del avser kontrakt med inslag av försvars- eller säkerhetsaspekter.

Bestämmelserna om att blandade kontrakt får delas upp och tilldelas som separata kontrakt kan på samma sätt som föreslagits i LOU och LUF, genomföras genom en bestämmelse i lagen.

Delbara blandade kontrakt som tilldelas som ett enda kontrakt

Den upphandlande myndigheten eller enheten kan i stället för att tilldela separata kontrakt välja att tilldela ett enda kontrakt. I dessa fall gäller enligt artikel 20.3 andra stycket och 20.4 att tilldelningen av hela kontraktet ska ske med tillämpning av LUK-direktivet om inte kontraktet innehåller inslag av – förutom koncession –

offentliga kontrakt som omfattas av LOU-direktivet eller kontrakt som omfattas av LUF-direktivet. Om någon del av kontraktet innehåller delar som omfattas av de direktiven ska något av de direktiven tillämpas i stället. Blandade kontrakt som innehåller inslag av dels varor, tjänster eller byggentreprenader, dels koncessioner ska alltså tilldelas enligt bestämmelserna i LOU-direktivet eller LUF-direktivet. Enligt direktivet gäller detta oberoende av värdet på delar som annars skulle omfattas av andra rättsregler och oberoende av vilka rättsregler de delarna annars skulle ha omfattats av.

Bestämmelserna innebär alltså att LOU-direktivet eller LUF-direktivet ska tillämpas om värdet på den del som faller inom tillämpningsområdet för de direktiven uppgår till minst det relevanta tröskelvärdet enligt de direktiven oavsett hur stort värdet på den del som omfattas av LUK-direktivet uppgår till. Om däremot den del som omfattas av LOU-direktivet eller LUF-direktivet understiger tillämpligt tröskelvärde enligt de direktiven ska LUK-direktivet tillämpas om koncessionsdelen överstiger tröskelvärdet där. Om ingen del överstiger tröskelvärdena i respektive direktiv är inget direktiv tillämpligt. Vad som ska gälla i de situationerna behandlas i avsnitt 5.4.4.

De angivna bestämmelserna bör genomföras genom föreskrifter i lagen.

Delbara blandade kontrakt med inslag av försvars- eller säkerhetsaspekter vilka tilldelas som ett enda kontrakt

Blandade kontrakt som utöver koncessioner innehåller delar med försvars- eller säkerhetsaspekter vilka omfattas av artikel 346 i EUF-fördraget eller LUF-direktivet ska tilldelas enligt bestämmelserna i artikel 21 i direktivet.

Bestämmelserna i den artikeln reglerar delvis samma situationer som avses i artikel 20. På samma sätt som anförts i departementspromemorian med avseende på bestämmelserna om blandade kontrakt som rör försvars- eller säkerhetsaspekter i LOU och LUF, bör dubbelreglering undvikas i lagen (se Ds 2014:25 s. 329). I de avseenden bestämmelserna i artikel 20 och 21 i sak överensstämmer med varandra bör de genomföras genom en och samma

författningsbestämmelse. Detta gäller framförallt bestämmelserna om att blandade kontrakt kan tilldelas som separata kontrakt.

Om den upphandlande myndigheten eller enheten ska upphandla kontrakt som har inslag av dels koncessioner, dels kontrakt inom försvars- eller säkerhetsområdet, gäller enligt artikel 21.2 tredje stycket a och b särskilda krav för att få tilldela ett sådant kontrakt som ett enda kontrakt. Det måste i sådana fall vara objektivt motiverat att kontraktet inte delas upp. Reglerna om att kontrakt inte får delas upp utan objektivt godtagbara skäl överensstämmer med motsvarande regler i LOU-direktivet och LUF-direktivet, se vidare de överväganden som gjorts i Ds 2014:25 s. 329–331.

Om förutsättningarna för att tilldela ett enda kontrakt är uppfyllda får den upphandlande myndigheten eller enheten tilldela ett kontrakt utan tillämpning av LUK-direktivet. Om en del av kontraktet omfattas av artikel 346 i EUF-fördraget, får nämligen tilldelning ske utan tillämpning av något upphandlingsdirektiv. Vidare får den upphandlande myndigheten eller enheten, om en del av kontraktet omfattas av LUF-direktivet, välja att tilldela kontraktet enligt bestämmelserna i LUK-direktivet eller LUF-direktivet, vilket också kan innebära att kontrakt tilldelas utan tillämpning av något upphandlingsdirektiv. Enligt artikel 3.2 i LUF-direktivet (som genomförs genom 1 kap. 5 § LUF) ska nämligen ett blandat kontrakt som innehåller en del som omfattas av det direktivet och en del som varken omfattas av LOU-direktivet eller LUF-direktivet tilldelas utan tillämpning av det direktivet. Om kontraktet i stället avser dels sådant som omfattas av LOU-direktivet eller LUF-direktivet, dels sådant som omfattas av LUF-direktivet ska det senare direktivet tillämpas (artikel 3.1 LUF-direktivet och 1 kap. 4 § LUF).

En del som inte omfattas av LOU-direktivet eller LUF-direktivet är exempelvis tjänstekoncessioner. I anledning av LUK-direktivets tillkomst faller även byggkoncessioner utanför LOU-direktivets tillämpningsområde. Blandade kontrakt som innehåller kontrakt med försvars- eller säkerhetsaspekterspekter som omfattas av LUF-direktivet eller artikel 346 EUF-fördraget och som till någon del rör koncessioner faller alltså utanför tillämpningsområdet för LUF-direktivet.

Bestämmelserna i LUK-direktivet korresponderar således inte med bestämmelserna i LUFSDirektivet. Om myndigheten eller enheten i enlighet med vad som anges i 21.2 tredje stycket b LUK-direktivet väljer att tillämpa LUFSDirektivets bestämmelser vid tilldelningen av det blandade kontraktet följer av det direktivet att det direktivet inte är tillämpligt varmed tilldelning kan ske utan tillämpning av något upphandlingsdirektiv.

När det gäller förhållandet till artikel 346 i EUF-fördraget kan starkt förenklat sägas att LUK-direktivet ska tillämpas på koncessioner på försvars- och säkerhetsområdet med vissa undantag som motsvarar de som avses i LUFSDirektivet (se artikel 10.6 i LUK-direktivet). Men om kontraktet innefattar en del som faller in under artikel 346 i EUF-fördraget, ska upphandling inte göras i enlighet med något av upphandlingsdirektiven. Detta kommer till uttryck bl.a. i artikel 21.3 som visar vilken avgörande effekt redan ett litet inslag av artikel 346 i EUF-fördraget har i ett odelbart kontrakt som innehåller delar.

De angivna bestämmelserna bör genomföras genom föreskrifter i lagen.

Blandade kontrakt som objektivt sett inte kan särskiljas

I artikel 20.2 första och andra styckena och artikel 21.3 finns regler om tillämpliga bestämmelser för blandade kontrakt som objektivt sett inte kan delas upp eftersom de olika delarna är så sammanbundna att de utgör en odelbar enhet. Detta har EU-domstolen exempelvis ansett vara fallet när ett avtal avsett uppförande av byggnadsverk, överföring av nyttjanderätt eller finansiering (mål C-536/07 *KölnMesse*) och när ett avtal bestått av en del som gäller överlåtelse av aktier, en del som gäller övertagande av drift av kasinoföretag och en del som gäller renovering av kasinots byggnader och anslutande hotell samt anläggning av omgivande mark (Club Hotel Loutraki).

Vid tilldelning av ett sådant odelbart blandat kontrakt ska de regler tillämpas som gäller för den del av kontraktet som utgör huvudföremålet för kontraktet (artikel 20.5 första stycket). Om det odelbara blandade kontraktet innehåller en tjänstekoncession och ett varukontrakt ska överviktsprincipen tillämpas, dvs. den del av

tjänsterna respektive varorna som har det högsta uppskattade värdet ska vara utslagsgivande för vilken del som utgör huvudföremålet för kontraktet och därmed vilket direktiv som ska tillämpas (artikel 20.5 andra stycket).

De angivna bestämmelserna bör genomföras i föreskrifter i lagen.

5.4.3 Kontrakt som avser flera verksamheter

Utredningens förslag: Lagen ska innehålla bestämmelser om vilket regelverk som ska tillämpas när ett blandat kontrakt omfattar flera regelverk och avser olika verksamheter.

Skälen för utredningens förslag: I artikel 22 i direktivet finns bestämmelser om tillämpliga bestämmelser vid upphandling av kontrakt som avser dels sådan verksamhet som anges i bilaga II (verksamhet inom försörjningssektorerna), dels andra verksamheter. Dessa bestämmelser ska användas i stället för de i artikel 20 när det som anskaffas genom det blandade kontraktet ska användas inom flera verksamheter. Bestämmelserna är i stora delar likalydande med de i artikel 6 i LUF-direktivet. I den utsträckning bestämmelserna överensstämmer bör reglerna i LUK-direktivet genomföras på samma sätt som motsvarande artiklar i LUF-direktivet. Detta gäller för artikel 22.1 och 22.2. Överväganden för de bestämmelsernas genomförande behandlas i Ds 2014:25 avsnitt 8.8.

De bestämmelser i LUK-direktivet som rör blandade kontrakt som avser flera verksamheter där det inte är möjligt att särskilja delarna i kontrakten på objektiva grunder i artikel 22.3, skiljer sig något från motsvarande bestämmelser i artikel 6.3 i LUF-direktivet. Bestämmelserna anger tillämpliga regler vid upphandling av kontrakt där det är omöjligt att på objektiva grunder avgöra vilken verksamhet kontraktet främst avser. Vilka bestämmelser som tillämpas vid en sådan upphandling regleras i artikel 22.3 a.

Av artikel 22.3 a framgår att när den ena verksamheten avser sådant som omfattas av de bestämmelserna i direktivet som är tillämpliga på upphandlande myndigheter och övriga verksamheter som omfattas av de bestämmelser som gäller för upphandlande

enheter, ska bestämmelserna som gäller för upphandlande myndigheter tillämpas.

Om det odelbara blandade kontraktet avser en verksamhet som omfattas av LOU-direktivet och övriga verksamheter omfattas av LUK-direktivet, ska upphandlingen enligt artikel 22.3 b ske enligt reglerna i LOU-direktivet.

Om en av verksamheterna i det odelbara blandade kontraktet avser verksamhet som omfattas av LUK-direktivet och övriga verksamheter varken omfattas av LOU-direktivet eller LUF-direktivet, ska upphandlingen enligt artikel 22.3 c ske enligt reglerna i LUK-direktivet.

Situationen att ett odelbart blandat kontrakt avser en verksamhet som omfattas LUF-direktivet och övriga verksamheter omfattas av LUK-direktivet regleras inte i det direktivet. Men av övriga bestämmelser följer motsatsvis att upphandlingen då ska göras enligt reglerna i LUF-direktivet, jfr artikel 6.3 b i LUF-direktivet.

I artikel 23 i LUK-direktivet finns särskilda bestämmelser om upphandling av kontrakt som avser flera verksamheter när en av verksamheterna omfattas av artikel 346 i EUF-fördraget eller av LUF-direktivet och övriga verksamheter omfattas av LUK-direktivet. Som anförts i tidigare avsnitt innebär förekomsten av artikel 346 att ingen upphandlingslag blir tillämplig. Om LUF-direktivet är tillämpligt på någon del av det blandade kontraktet råder valfrihet mellan LUF-direktivet och LUK-direktivet.

Bestämmelserna i artiklarna 22 och 23 bör genomföras genom bestämmelser i lagen och utformas på samma sätt som motsvarande bestämmelser i LUF.

5.4.4 Delbara blandade kontrakt vars delar understiger tillämpliga tröskelvärden

Utredningens förslag: Lagen ska innehålla bestämmelser om vilken lag som ska tillämpas vid tilldelning av blandade kontrakt där värdet på respektive del understiger relevant tröskelvärde.

Skälen för utredningens förslag: Bestämmelserna bör följa samma ordning som gäller för det direktivstyrda området, dvs. att bestäm-

melserna i LOU och LUF ska tillämpas om någon del av det blandade kontraktet utöver koncessioner innehåller inslag som omfattas av LOU eller LUF.

5.4.5 Allmänt om LOU:s företräde

Det har under arbetets gång kunnat konstateras att alla upphandlingsdirektiv innehåller artiklar som avgör vilket direktiv som är tillämpligt vid blandade kontrakt. För att problem ska uppstå förutsätts alltså att ett kontrakt består av åtminstone två delar som avser två direktiv eller en upphandling som avser åtminstone två verksamheter. Dessa lagvalsregler genomförs i respektive upphandlingslagar och också genom Genomförandeutredningens förslag till LUK.

Det är utredningens uppfattning att denna lagtekniska lösning i och för sig må vara direktivenlig men den är inte lämplig utan leder till oreda och är oöverblickbar. Det vore värt att i ett lämpligt sammanhang överväga om inte en bättre ordning skulle vara att LOU tillförs lagvalsregler som avser all konkurrens mellan de olika upphandlingslagarna. En sådan lösning skulle kunna följas upp av kortfattade hänvisningsbestämmelser i respektive övrig upphandlingslag.

6 Allmänna bestämmelser

6.1 Allmänna principer

Utredningens förslag: Lagen ska innehålla bestämmelser om allmänna principer för upphandling motsvarande de i LOU och LUF.

Skälen för utredningens förslag: LUK-direktivet innefattar och förutsätter att upphandlande myndigheter och enheter har en stor frihet att själva utforma förfarandet vid upphandling av koncessioner. Den viktigaste hänsyn som man måste ta är avvägningen mot de allmänna principerna för upphandling, se artikel 3. Men unionslagstiftaren har också i LUK-direktivet velat uppmärksamma vissa andra hänsyn av central betydelse för en god upphandling och som är gemensamma för de nya upphandlingsdirektiven.

Sålunda finns också i LUK-direktivet bestämmelser i artikel 30.3 som innebär att det ska säkerställas att leverantörer vid fullgörande av koncessionskontrakt iakttar tillämpliga miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter som fastställs i unionsrätten, nationell rätt, kollektivavtal eller i vissa internationella sådana bestämmelser. Motiven anges i skäl 6, 7 och – framförallt – 8 i direktivet när det gäller de allmänna principerna och skäl 55 och 58 när det gäller miljöhänsyn m.m.

Motsvarande skäl och artiklar återfinns i LOU-direktivet och LUF-direktivet. Dessa frågor har behandlats i delbetänkandet, SOU 2014:51, avsnitt 3. Mot bakgrund av att direktiven är i det närmaste likalydande saknas anledning att göra någon annan bedömning än vad som gjorts i delbetänkandet vad gäller genomförandet av bestämmelserna i LUK-direktivet.

Till denna fråga hör också frågan om LUK bör innehålla en motsvarighet till det allmänna målsättningsstadgandet om miljö-

hänsyn och sociala hänsyn som redan i dag finns i 1 kap. 9 a § LOU respektive 1 kap. 24 a § LUF. Den frågan har behandlats i departementspromemorian, Ds 2014:25 avsnitt 10.3. I promemorian föreslås att de nya LOU och LUF ska innehålla en motsvarighet till gällande målsättningsstadganden.

Utredningen instämmer i den bedömning som görs i departementspromemorian. LUK ska alltså också innehålla ett sådant målsättningsstadgande.

Se vidare 4 kap. 1–4 §§ förslaget till LUK jämte författningskommentaren och i departementspromemorian, Ds 2014:25, avsnitt 10.3.

6.2 Tröskelvärde och beräkning av en koncessions värde

Utredningens förslag: Lagen ska innehålla bestämmelser om tröskelvärde och hur koncessioners värde ska beräknas.

Skälen för utredningens förslag: Bestämmelserna i direktivet är tillämpliga endast om värdet på en koncession överstiger det tillämpliga tröskelvärdet. Tröskelvärdet är detsamma oavsett om det är en upphandlande myndighet eller en upphandlande enhet som tilldelar koncessionen och oavsett om upphandlingen avser tjänstekoncessioner eller byggkoncessioner. Tröskelvärdet uppgår till 5 186 000 EUR. Bestämmelserna om tröskelvärde och beräkning av en koncessions värde finns i artikel 8 i direktivet och motiven anges i skäl 23. Tröskelvärdet fastställs av kommissionen och kan revideras på motsvarande sätt som gäller för tröskelvärdena vid upphandling avseende kontrakt om varor, tjänster eller byggentreprenader (se artikel 9 i direktivet).

Hur värdet på en koncession ska bestämmas skiljer sig från hur värdet på ett kontrakt avseende varor, tjänster eller byggentreprenader ska bestämmas. En koncessions värde är den upphandlande myndighetens eller enhetens uppskattning av den sammanlagda omsättningen som koncessionen genererar under den tid som kontraktet varar, exklusive mervärdesskatt. De intäkter som koncessionshavaren får som ersättning för de tjänster och byggentreprenader som koncessionen avser samt värdet på varor

som följer med sådana byggtreprenader och tjänster utgör alltså koncessionens värde. Det är alltid frågan om en förhandsbedömning av värdet eftersom det slutliga värdet inte kan vara känt förrän koncessionen är avslutad. Uppskattningen måste dock ske på ett omsorgsfullt sätt och vara så korrekt som möjligt.

Den upphandlade myndigheten eller enheten ska vid inledandet av ett upphandlingsförfarande avseende koncessioner göra en uppskattning av koncessionens värde. Uppskattningen ska grundas på en objektiv metod som ska anges i något av koncessionsdokumenten.

I artikel 8.3–8.6 i direktivet anges vilka hänsyn som ska tas vid beräkningen av värdet och i övrigt vad som gäller när en koncessions värde ska uppskattas. Bestämmelserna motsvarar delvis bestämmelserna om uppskattning av värdet för kontrakt avseende varor, tjänster eller byggtreprenader. Artikel 8.3 i direktivet, som anger vilka faktorer som måste beaktas vid beräkningen, har dock ingen direkt motsvarighet i LOU-direktivet eller LUF-direktivet. Uppräkningen anger de faktorer som den upphandlande myndigheten eller enheten är skyldig att ta hänsyn till vid beräkningen. Det görs därvid ingen skillnad mellan tjänstekoncessioner och byggkoncessioner. Detta beror på att koncessioner inte sällan består av båda varianterna. Listan är inte uttömmande.

Det som ska beaktas är bl.a. värdet på varje form av optionsrätt och möjlighet till förlängning av koncessionens varaktighet samt intäkter från betalning av avgifter och straffavgifter utom de som tagits ut på den upphandlande myndighetens eller enhetens vägnar. Vidare ska ersättningar och varje form av ekonomisk fördel som koncessionshavaren får från den upphandlande myndigheten eller enheten eller någon annan myndighet beaktas. Alla former av ersättningar och ekonomiska fördelar från myndigheter eller enheter till koncessionshavaren ska alltså tas med i beräkningen även om de inte utgör direkt ersättning för utförandet av de tjänster eller byggtreprenader som koncessionen avser. Det måste dock vara möjligt att på något sätt koppla ersättningen till koncessionen i fråga. Vidare ska värdet av bidrag eller andra ekonomiska fördelar som koncessionshavaren får från tredje part beaktas oavsett vilken form dessa har. Vidare ska intäkter från försäljning av eventuella tillgångar som är en del av koncessionen beaktas, vilket innebär att

försäljningsintäkter som uppkommer vid försäljning av t.ex. begagnade maskiner som köpts in för utförandet av koncessionen ska tas med i beräkningen. Värdet av varor och tjänster som görs tillgängliga för koncessionshavaren av den upphandlande myndigheten eller enheten ska också tas med i uppskattningen i den utsträckning varorna och tjänsterna är nödvändiga för att utföra byggtreprenaderna eller tjänsterna. Som exempel kan nämnas att värdet av tillgångar som ursprungligen tillhör den upphandlande myndigheten eller enheten men som kommer att tillhöra koncessionshavaren efter utgången av kontraktet ska beaktas. I den utsträckning koncessionshavaren ger kompensation för tillgången ska avdrag göras för detta. Härutöver ska beaktas premier eller ersättningar till anbudssökande eller anbudsgivare. Det värde som räknas fram på detta sätt kallas det uppskattade värdet och ska vara giltigt vid den tidpunkt som koncessionsmeddelandet skickas ut, eller, då ett sådant meddelande inte krävs, när förfarandet för koncessionstilldelning inleds i de fall.

Tidpunkten vid vilken förfarandet inleds beror på hur myndigheten eller enheten väljer att gå till väga, men kan exempelvis vara tidpunkten när den upphandlande myndigheten eller enheten låter annonsera om koncessionen i en lokaltidning, tidpunkten när myndigheten eller enheten kontaktar utvalda leverantörer eller när förhandlingar påbörjas med en leverantör som den avser teckna kontrakt med.¹

Det uppskattade värdet ska ligga till grund för om den upphandlande myndigheten eller enheten är skyldig att följa de direktivstyrda reglerna på grund av att värdet eventuellt överstiger tröskelvärdet. Om det vid tilldelningen av en koncession visar sig att koncessionens värde är mer än 20 procent högre än det uppskattade värdet, ska emellertid det senare värdet användas för att avgöra om bestämmelserna i direktivet måste tillämpas. En upphandlande myndighet eller enhet som har beräknat en koncessions uppskattade värde till ett belopp som understiger tröskelvärdet och av den anledningen valt att inte följa de direktivstyrda bestäm-

¹ Jfr HFD 2013 ref. 31 i vilket HFD funnit att ett upphandlingsförfarande får anses ha påbörjats när den upphandlande myndigheten beslutat att inleda ett upphandlingsförfarande och detta beslut kommit till kännedom utåt genom att myndigheten tagit någon form av extern kontakt i syfte att anskaffa det som beslutet avser. Se även EU-domstolens dom i mål nr C-26/03, Stadt Halle.

melserna måste sålunda avbryta förfarandet och göra om upphandlingen, om det vid tilldelningen, efter att myndigheten eller enheten tagit del av anbudet, visar sig att värdet överstiger tröskelvärdet och det dessutom är minst 20 procent högre än den ursprungliga uppskattningen av värdet. Exempelvis kan priser eller avgifter höjas under den tid förfarandet pågår, vilket myndigheten eller enheten kanske saknat anledning att räkna med i den första uppskattningen av värdet.

Om värdet vid tilldelningen i och för sig överstiger tröskelvärdet men inte är mer än 20 procent högre än det uppskattade värdet, finns enligt direktivet ingen skyldighet att tillämpa direktivets bestämmelser. Det kan dock anmärkas att det är den upphandlande myndigheten eller enheten som har bevisbördan för att koncessionens värde är sådant att direktivet inte är tillämpligt (jfr t.ex. C-157/06, *kommissionen mot Italien*, punkt 23).

I den utsträckning bestämmelserna om beräkningen av det uppskattade värdet av koncessioner överensstämmer med bestämmelserna om beräkningen av det uppskattade värdet av kontrakt avseende varor, tjänster eller byggtreprenader enligt LOU-direktivet och LUF-direktivet, ska paragraferna i LUK utformas på samma sätt som motsvarande paragrafer i LOU och LUF. Övriga bestämmelser ska utformas på samma sätt som motsvarande bestämmelser i LUK-direktivet.

6.3 Koncessioners varaktighet

Utredningens förslag: Lagen ska innehålla föreskrifter om begränsning av koncessioners varaktighet.

Skälen för utredningens förslag: I artikel 18 i direktivet anges att koncessioner ska vara tidsbegränsade. Motivet till bestämmelsen är att det anses finnas en risk för att marknaden annars avskärmats och konkurrensen begränsas (skäl 52). Den upphandlande myndigheten eller enheten ska bedöma löptiden för en koncession utifrån vilken typ av tjänst eller byggtreprenad som efterfrågas. En koncession kan alltid pågå upp till fem år. Om myndigheten eller enheten bedömer att koncessionens varaktighet bör vara längre än fem år får löptiden inte bestämmas till längre tid än vad som rimligen

behövs för att göra det möjligt för koncessionshavaren att återfå de investeringar som planerats för att utföra koncessionen och få avkastning på det investerade kapitalet (se t.ex. mål C-64/08 *Engelmann*, punkt 48²). I sådana fall är den upphandlande myndigheten eller enheten skyldig att göra en beräkning av hur lång tid som behövs för att uppnå detta. Tiden ska då bestämmas på så sätt att koncessionshavaren ska kunna få tillbaka gjorda investeringar för utnyttjandet av byggnadsverken eller tillhandahållandet av tjänsterna tillsammans med en avkastning på det investerade kapitalet, med beaktande av de investeringar som krävs för att uppnå särskilda mål enligt avtalet. De särskilda målen kan enligt skälen exempelvis avse avtalat pris och avtalad kvalitet. Bedömningen ska ske utifrån normala driftsförhållanden. Såväl inledande investering som investeringar som görs under tiden koncessionen pågår ska beaktas. Som exempel på investeringar under koncessionens varaktighet anges i skälen särskilda utgifter för infrastruktur, upphovsrätt, patent, utrustning, logistik samt anställning och utbildning av personal.

Några kommentarer kring vilken avkastning myndigheten eller enheten bör räkna med att koncessionshavaren ska kunna få finns inte i direktivet. Med hänsyn till hur bestämmelsen är utformad i övrigt bör det dock vara frågan om en rimlig avkastning.

En koncession kan enligt skälen i direktivet alltid tilldelas för en kortare tid än den tid som behövs för att få tillbaka investeringarna så länge ersättningen inte bestäms på ett sådant sätt att verksamhetsrisken elimineras. Detta följer också av att det i artikeln endast finns begränsningar i frågan om den maximala varaktigheten och att en verklig överföring av verksamhetsrisken måste vara för handen för att ett kontrakt ska anses utgöra en koncession.

Direktivets bestämmelser om koncessioners varaktighet bör genomföras genom föreskrifter i lagen.

² I det målet ansågs en avtalsperiod om 15 år för tilldelning av spelkoncessioner godtagbart med hänsyn till koncessionshavarens behov av en tillräckligt lång tidsperiod för att kunna amortera de investeringar som erfordrades för att öppna ett kasino.

6.4 Sekretess

Utredningens bedömning: Bestämmelserna om sekretess i artikel 28 i LUK-direktivet bör inte genomföras genom särskilda föreskrifter i lagen.

Skälen för utredningens bedömning: I artikel 28 i LUK-direktivet finns bestämmelser om sekretess. Bestämmelserna motsvarar de i artikel 21 i LOU-direktivet och artikel 39 i LUF-direktivet med ett undantag. Det finns nämligen i artiklarna i LOU-direktivet och LUF-direktivet inte någon direkt motsvarighet till artikel 28.1 andra stycket i LUK-direktivet.

När det däremot gäller artikel 28.1 första stycket och 28.2 i LUK-direktivet gör utredningen samma bedömning som beträffande motsvarande artiklar i LOU-direktivet och LUK-direktivet (se SOU 2014:51 avsnitt 3.4). Dessa bestämmelser i LUK-direktivet bör sålunda inte genomföras genom föreskrifter i lagen om upphandling av koncessioner. Det som åsyftas med artikel 28.1 första stycket och 28.2 i LUK-direktivet får alltså i stället uppnås med en tillämpning av tryckfrihetsförordningen, offentlighets- och sekretesslagen (2009:400) och lagen (1990:409) om skydd för företagshemligheter.

Som konstaterats är det alltså redan befintliga nationella föreskrifter om tillgång till information som ska tillämpas. I delbetänkandet antecknade utredningen att LOU-direktivet och LUF-direktivet på denna punkt lämnade ett stort utrymme för nationell rätt (SOU 2014:51 s. 68–69). Detta följde enligt utredningen av hur artikel 21.1 i LOU-direktivet och artikel 39.1 i LUF-direktivet inleds. Av inledningen i de båda artiklarna framgår bl.a. att det som senare anges i artiklarna inte gäller om något annat föreskrivs i nationell rätt som den upphandlande myndigheten eller enheten omfattas av. Mot bakgrund av hur artikel 28.1 första stycket i LUK-direktivet inleds, får det antas att EU-lagstiftaren har önskat få till stånd en liknande ordning också vad gäller upphandling av koncessioner. Artikeln kan emellertid, läst enligt sin ordalydelse, ge stöd för att det stora utrymmet för nationell rätt endast avser föreskrifter som gäller för upphandlande myndigheter. I den inledande formuleringen i artikeln används ju enbart upphandlande myndighet och inte upphandlande enhet.

Huruvida den ovan beskrivna begränsningen i förhållande till LOU-direktivet och LUF-direktivet har varit avsedd från EU-lagstiftarens sida kan diskuteras. Det finns inga uttalanden i övriga artiklar eller i skälen i LUK-direktivet som tyder på att EU-lagstiftaren har önskat få till stånd en sådan begränsning av nationell rätts tillämplighet. Uttalandena i skäl 60 i LUK-direktivet tyder snarare på att det är befintliga nationella föreskrifter om tillgång till information som ska tillämpas i första hand och att detta ska gälla för såväl upphandlande myndigheter som upphandlande enheter.

Avslutningsvis bedömer utredningen det som oklart om EU-lagstiftarens avsikt har varit att genom den inledande formuleringen i artikel 28.1 första stycket i LUK-direktivet skapa en ordning som inte helt överensstämmer med den som ska gälla enligt motsvarande artiklar i LOU-direktivet och LUF-direktivet. Om nu artikeln ska läsas strikt enligt sin ordalydelse, kan utredningen likväl inte se att en tillämpning av tryckfrihetsförordningen, offentlighets- och sekretesslagen och lagen om skydd för företagshemligheter skulle leda till ett resultat som strider i övrigt mot artikel 28.1 första stycket i direktivet. Utredningen vidhåller således sin bedömning att det som åsyftas med bl.a. artikel 28.1 första stycket i direktivet uppnås med en tillämpning av tryckfrihetsförordningen, offentlighets- och sekretesslagen och lagen om skydd för företagshemligheter.

Vad gäller bestämmelsen i artikel 28.1 andra stycket i LUK-direktivet, har utredningen ovan konstaterat att den saknar motsvarighet i artikel 21 i LOU-direktivet och artikel 39 i LUF-direktivet. Detta motiverar dock enligt utredningen inte något annat ställningstagande än det som gjorts ovan beträffande genomförandet av artikel 28 i LUK-direktivet. Bestämmelsen i artikel 28.1 andra stycket i LUK-direktivet får närmast ses som en erinran om att artikelns bestämmelser i övrigt inte ska hindra offentliggörande av ej sekretessbelagda uppgifter som finns i ingångna kontrakt. Även detta uppnås med en tillämpning av tryckfrihetsförordningen, offentlighets- och sekretesslagen och lagen om skydd för företagshemligheter.

Sammanfattningsvis anser utredningen alltså att artikel 28 i LUK-direktivet inte bör genomföras genom föreskrifter i lagen om upphandling av koncessioner. Det som artikeln åsyftar kommer i

stället att uppnås genom en tillämpning av tryckfrihetsförordningen, offentlighets- och sekretesslagen och lagen om skydd för företagshemligheter.

6.5 Kommunikation

6.5.1 Elektronisk kommunikation

Utredningens förslag: Lagen ska innehålla bestämmelserna om kommunikation som motsvarar de i LOU och LUF. Bestämmelserna i lagen bör kompletteras med bestämmelser i förordning.

Skälen för utredningens förslag: I likhet med LOU-direktivet och LUF-direktivet har de allmänna bestämmelserna om kommunikation i LUK-direktivet samlats i en artikel, artikel 29, under rubriken Regler om kommunikation. Regleringen i artikeln är i jämförelse med motsvarande bestämmelser i LOU-direktivet och LUF-direktivet (artikel 22 i LOU-direktivet och artikel 40 i LUF-direktivet) tämligen allmänt hållen.

Olikheterna mellan artiklarna i å ena sidan LOU-direktivet och LUF-direktivet och å andra sidan LUK-direktivet tycks framförallt vara en konsekvens av att frågan om kommunikation med elektroniska medel framhålls i olika utsträckning. I delbetänkandet bedömde utredningen att syftet med de allmänna bestämmelserna om kommunikation i LOU-direktivet och LUF-direktivet var att få till stånd en ordning där elektroniska medel skulle användas så långt möjligt (SOU 2014:51 s. 79–81). Av bestämmelserna i artikel 29 i LUK-direktivet kan inte utläsas något sådant tydligt syfte till förmån för begagnandet av elektroniska medel.

I artikel 29.1 första stycket i LUK-direktivet anges att ett eller flera av fyra uppräknade medel för kommunikation, varav ett är elektroniska medel, ska användas för all kommunikation och allt informationsutbyte. Av första stycket följer dock att det finns särskilda bestämmelser, artiklarna 33.2 och 34, om att kommunikation ska anordnas med hjälp av elektroniska medel. En sådan obligatorisk användning av elektroniska medel vid kommunikation får medlemsstaterna däremot enligt artikel 29.1 andra stycket välja

att införa beträffande fler situationer än de som regleras i artiklarna 33.2 och 34.

När det gäller elektroniska medel bör även noteras att det i artikel 29.2 första stycket finns allmänna bestämmelser om krav på medlen för kommunikation och särskilda bestämmelser om krav som rör användningen av elektroniska medel. Vidare är bestämmelserna i artikel 29.2 andra stycket i LUK-direktivet, som i och för sig inte är begränsade till att gälla enbart användningen av elektroniska medel, desamma i sak som i artikel 22.3 i LOU-direktivet och artikel 40.3 i LUF-direktivet.

Även om artikel 29 i LUK-direktivet inte ger uttryck för att kommunikation med elektroniska medel bör väljas framför något av de andra medlen, så framhålls i skälen i direktivet diverse eftersträvaransvärda effekter av att använda elektroniska medel. I skäl 74 anges bl.a. att elektroniska medel för information och kommunikation kan "öka effektiviteten, tempot och öppenheten i koncessionstilldelningsprocesserna". Det anges vidare att de elektroniska medlen kan bli standardmedlen för "kommunikation och informationsutbyte i koncessionstilldelningsförfaranden, eftersom de i hög grad stärker de ekonomiska aktörernas möjligheter att delta i koncessionstilldelningsförfaranden på hela den inre marknaden". Detta uttalande om standardmedlen för kommunikation uppfattar utredningen som gällande inte bara de situationer som artiklarna 33.2 och 34 tar sikte på utan också de som artikel 29 riktar in sig på.

Utformningen av vissa av LUK-direktivets bestämmelser, utöver de redan nämnda, är vidare anpassade för en användning av elektroniska medel. Om den upphandlande myndigheten eller enheten godtar att anbud lämnas med elektroniska medel, så följer det av artikel 39.5 att tidsfristen för mottagande av anbud kan bestämmas kortare än annars. Bestämmelserna om koncessionsmeddelande, artikel 31.2 och punkt 14 i bilaga V, förutsätter också att elektroniska medel används i någon utsträckning. Regleringen innebär att krav och villkor för användning av elektroniska medel ska i förekommande fall anges i ett koncessionsmeddelande. Till detta bör även läggas bestämmelserna om rättsmedel. Av artiklarna 46.2 a och 47.2 a framgår att tiden för när avtal inte får ingås är avhängigt huruvida underrättelserna om ett tilldelningsbeslut har skickats med elektroniska medel. Avslutningsvis bör även nämnas

att det finns en definition av elektroniska medel i artikel 5.9 och att definitionen av ”skriftlig” i artikel 5.6 innefattar uppgifter som överförs och lagras med elektroniska medel.

Som framgått kommer ett direktivnära genomförande av artikel 29 i LUK-direktivet innebära att de allmänna bestämmelserna om kommunikation kommer att sakna styrning i riktning mot en användning av elektroniska medel så långt det är möjligt. Regelverket kommer också med ett direktivnära genomförande få en utformning som väsentligt avviker från motsvarande bestämmelser i LOU och LUF. Det sagda reser frågan om handlingsutrymmet som artikel 29.1 andra stycket medger vid genomförandet kan utnyttjas för att ge bestämmelserna en utformning som närmare ansluter till motsvarande bestämmelser i LOU och LUF och i högre grad uttrycker stöd för att anlita elektroniska medel så långt det är möjligt.

När det gäller handlingsutrymmet vid genomförandet anser utredningen att det medger att artikeln genomförs genom bestämmelser som motsvarar de i 12 kap. 1–11 §§ i LOU och LUF (se 2–12 §§ i avsnitten 14.1 och 14.2 i SOU 2014:51), även om det inte innebär att det blir obligatoriskt att vid kommunikation anlita elektroniska medel. Ett sådant genomförande innebär å andra sidan att friheten för upphandlande myndigheter och enheter att själva utforma upphandlingsförfarandet begränsas. Med tanke på de positiva effekter som anlitaandet av elektroniska medel kan förväntas få även vid upphandling av koncessioner, framstår dock begränsningen på denna punkt som acceptabel. En reglering som motsvarar ovan nämnda bestämmelser i LOU och LUF bidrar enligt utredningens mening också till att de i skäl 74 i LUK-direktivet angivna önskvärda effekterna av att använda elektroniska medel uppnås. Utredningen bedömer sålunda att artikel 29 i LUK-direktivet bör kunna genomföras genom sådana bestämmelser som genomför artikel 22 i LOU-direktivet och artikel 40 i LUF-direktivet.

Som framgått kan alltså bestämmelserna som genomför artikel 29 i LUK-direktivet utformas med bestämmelserna i 12 kap. 1–11 §§ i LOU och LUF som förebilder. Ett sådant genomförande får dock oundvikligen som följd att den nationella regleringen inskränker den frihet för upphandlande myndigheter och enheter att själva utforma upphandlingsförfarandet som är central i både

LUK-direktivet och lagen om upphandling av koncessioner. Regleringen bör mot denna bakgrund inte göras mer detaljerad än vad som krävs för att uppnå syftet med att utnyttja det handlingsutrymmet vid genomförandet som följer av artikel 29.1 andra stycket i LUK-direktivet.

Syftet med att vid genomförandet utnyttja handlingsutrymmet enligt artikel 29.1 andra stycket i LUK-direktivet är att så långt möjligt få till stånd en användning av elektroniska medel och att därmed uppnå de positiva effekter som anlitande av elektroniska medel kan antas få. För att i så stor utsträckning som möjligt begränsa ingreppet i ovan nämnda centrala handlingsfrihet för upphandlande myndigheter och enheter, är det enbart sådana bestämmelser som omedelbart bidrar till syftet som bör komma i fråga. Utredningen anser mot denna bakgrund att regelverket i lagen om upphandling av koncessioner inte bör innehålla en bestämmelse som motsvarar den i 12 kap. 11 § andra stycket i LOU och LUF (se även nuvarande 9 kap. 7 § andra stycket LOU och LUF). I övrigt bör regelverket innehålla bestämmelser som motsvarar de i 12 kap. 1–10 §§ och 11 § första stycket LOU och LUF.

Sammanfattningsvis anser utredningen således att artikel 29 i LUK-direktivet bör genomföras genom bestämmelser som motsvarar de i 12 kap. 1–10 §§ och 11 § första stycket LOU och LUF. Regleringen bör liksom den i LOU och LUF kompletteras med bestämmelser i förordning. De bestämmelser i förordning som föreslås i delbetänkandet (SOU 2014:51 s. 88) kan därvid tillföras en hänvisning till relevant paragraf i lagen om upphandling av koncessioner.

6.5.2 Elektronisk tillgång till koncessionsdokumenten

Utredningens förslag: Lagen ska innehålla bestämmelser om elektronisk tillgång till koncessionsdokument genom bestämmelser som motsvarar de i LOU och LUF.

Skälen för utredningens förslag: I artikel 34 i LUK-direktivet finns bestämmelser om elektronisk tillgång till koncessionsdokument. Artikelns kan sägas bestå av följande tre huvudmoment:

1. en skyldighet för upphandlande myndigheter och enheter att med elektroniska medel ge tillgång till koncessionsdokumenten (artikel 34.1),
2. undantag från denna skyldighet (artikel 34.2) och
3. tillhandahållande av kompletterande handlingar och upplysningar (artikel 34.3).

Denna systematik är densamma som den i motsvarande bestämmelser om elektronisk tillgång till upphandlingsdokument i artikel 53 i LOU-direktivet och artikel 73 i LUF-direktivet. Med hänsyn till att bestämmelserna om elektronisk tillgång till koncessions- eller upphandlingsdokument är uppbyggda på samma sätt i de tre direktiven, blir frågan vid genomförandet närmast om det finns några avgörande skillnader mellan artiklarna som motiverar att artikel 29 i LUK-direktivet bör genomföras på något annat sätt än motsvarande artiklar i LOU-direktivet och LUF-direktivet.

När det gäller det första huvudmomentet, kan noteras att den svenska språkversionen av artikel 34.1 i LUK-direktivet anger som utgångspunkt för när tillgång ska ges till dokumenten att sådan tillgång ska ges "från" dagen för offentliggörande av koncessionsmeddelandet eller då inbjudan att lämna anbud skickas. I motsvarande bestämmelser i artikel 53.1 första stycket i LOU-direktivet och artikel 73.1 första stycket i LUF-direktivet används en annan formulering. I dessa artiklar anges att tillgång till dokumenten ska ges "från och med" dagen för offentliggörandet av de i artiklarna beskrivna meddelandena. Den återgivna skillnaden i direktiven emellan återfinns inte i de engelska språkversionerna. I dessa fixeras nämnda utgångspunkt med "from the date". En liknande inkonsekvens föreligger när det gäller i vilka dokument uppgifterna om webbadressen ska lämnas. Av artikel 34.1 sista meningen i LUK-direktivet synes följa att information om webbadressen ska lämnas i två olika dokument, nämligen koncessionsmeddelandet och, i förekommande fall, inbjudningarna att lämna intresse. I motsvarande bestämmelser i artikel 53.1 första stycket sista meningen i LOU-direktivet och i artikel 73.1 andra stycket sista meningen i LUF-direktivet kan dock inte utläsas att det skulle röra sig om kumulativa krav. Inte heller de engelska

språkversionerna av de tre direktiven ger stöd för något annat än att kraven i fråga är alternativa.

De ovan beskrivna skillnaderna mellan direktiven i fråga om det första huvudmomentet – skyldigheten att ge tillgång till koncessions- eller upphandlingsdokument – tycks enligt utredningens mening inte vara ett utflöde av att artiklarna skulle ha olika materiell innebörd i aktuella delar. Som framgått återfinns inte heller några sådana skillnader mellan direktiven i de engelska språkversionerna. Mot denna bakgrund anser utredningen att artikel 34.1 i LUK-direktivet kan genomföras på samma sätt som artikel 53.1 första stycket i LOU-direktivet och artikel 73.1 i LUK-direktivet (se 11 kap. 9 och 12 §§ LOU och 11 kap. 9 och 11 §§ LUF).

I fråga om det andra huvudmomentet – undantag från skyldigheten att med elektroniska medel ge tillgång till koncessionsdokumenten – så skiljer sig artiklarnas utformning åt. Lagstiftningstekniken för att ange hur skälen ska vara beskaffade för att motivera att undantag ska få göras är nämligen inte densamma i de olika direktiven. I artikel 53.1 andra och tredje styckena i LOU-direktivet och i artikel 73.1 tredje och fjärde styckena i LUF-direktivet hänvisas till vissa av skälen för undantag i artiklarna om sekretess och regler om kommunikation (artiklarna 21 och 22 i LOU-direktivet och artiklarna 39 och 40 i LUF-direktivet). I motsvarande artikel i LUK-direktivet, artikel 34.2, beskrivs i stället skälen för undantag självständigt.

Som antytts har möjligheterna att enligt artikel 53.1 i LOU-direktivet och artikel 73.1 i LUF-direktivet göra undantag från skyldigheten att ge tillgång till upphandlingsdokumenten begränsats något i förhållande till de omständigheter som anges i artiklarna om regler för kommunikation (artikel 22 i LOU-direktivet och artikel 40 i LUK-direktivet). I artikel 53.1 i LOU-direktivet och artikel 73.1 i LUF-direktivet hänvisas nämligen endast till ett av styckena i artikel 22.1 i LOU-direktivet och i artikel 73.1 i LUF-direktivet. Detta stycke – artikel 22.1 andra stycket i LOU-direktivet och artikel 40.1 andra stycket i LUF-direktivet – anger i fyra olika led situationer av närmast rent kommunikationsteknisk karaktär. Bestämmelserna som genomför styckets bestämmelser finns i 12 kap 4 § i LOU och LUF.

Artikel 53 i LOU-direktivet och artikel 73 i LUF-direktivet har dock inte bedömts behöva genomföras med en sådan begränsning

som tycks följa av artiklarnas ordalag (jfr 11 kap. 12 § LOU och 11 kap. 11 § LUF). Möjligheterna att göra undantag från skyldigheten att med elektroniska medel ge tillgång till upphandlingsdokumenten styrs i stället av de nya lagarnas allmänna bestämmelser om kommunikation med hjälp av elektroniska medel. Av dessa är det bestämmelserna om kommunikation mellan en upphandlande myndighet/enhet och leverantörer som blir tillämpliga. Undantag från skyldigheten att med elektroniska medel ge tillgång till upphandlingsdokumenten får sålunda göras med iakttagande av målsättningsstadgandet i 12 kap. 1 § i LOU och LUF. Då även LUK kommer att innehålla ett motsvarande avsnitt med sådana allmänna bestämmelser (se avsnittet närmast ovan beträffande hur artikel 29 i LUK-direktivet bör genomföras), talar enligt utredningens mening starka skäl för att artikel 34.2 i LUK-direktivet bör genomföras på samma sätt. Enligt utredningens uppfattning bör valet av hur artikel 29 i LUK-direktivet genomförs tillåtas få konsekvenser för hur nu aktuell artikel bör genomföras.

För att bedöma om ett genomförande i linje med genomförandet av artiklarna i LOU-direktivet och LUF-direktivet är uteslutet beträffande artikel 34.2 i LUK-direktivet, bör de ”självständiga” skälen för undantag i artikeln i LUK-direktivet analyseras. Beskrivningen i artikeln av förutsättningarna för att göra undantag är dock något oklar. Som en första förutsättning anges att det ska röra sig om att tillgång inte kan ges till vissa koncessionsdokument ”i väl motiverade fall”. Att tillgång inte kan ges till dokumenten ska vidare enligt artikeln vara en följd av någon av tre närmare angivna omständigheter, nämligen på grund av exceptionella säkerhetsskäl, tekniska skäl eller att den kommersiella informationens känsliga art kräver en mycket hög skyddsnivå. Huruvida detta innebär att undantagsregeln i LUK-direktivet ska tolkas på samma sätt som eller mer eller mindre restriktivt än motsvarande undantagsregler i LOU-direktivet och LUF-direktivet är enligt utredningens mening oklart.

Oaktat svårigheterna att med någon högre grad av precision kunna uttala sig om vad ovanstående skillnader mellan artiklarna innebär i praktiken, anser utredningen att man bör kunna ta fasta på det sätt artiklarna i LOU-direktivet och LUF-direktivet har genomförts. Med den tekniken kan man enligt utredningens uppfattning inte förutse att upphandlande myndigheter eller

enheter kommer att göra undantag från den aktuella skyldigheten i sådan utsträckning att syftet med artikel 34.2 i LUK-direktivet äventyras. Myndigheterna och enheterna ska nämligen med rimliga insatser se till att tillgång ges till dokumenten med hjälp av elektroniska medel (jfr 12 kap. 1 § i LOU och LUF och 2 § i avsnitt 14.1. i SOU 2014:51). Att frågan om undantag får lösas med lagens bestämmelser om kommunikation mellan en upphandlande myndighet eller enhet och leverantörer (jfr 12 kap. 1 § LOU och LUF) ligger dessutom väl i linje med att myndigheterna och enheterna så långt som möjligt bör vara fria att själva utforma upphandlingsförfarandet avseende koncessioner. Att ge bestämmelserna i LUK på denna punkt en striktare formell utformning än motsvarande bestämmelser i LOU och LUF skulle dessutom framstå som inkonsekvent och kunna leda till omotiverade problem i tillämpningen. Som framgått av avsnittet närmast ovan föreslår utredningen också att lagen om upphandling av koncessioner ska innehålla bestämmelser som motsvarar 12 kap. 1 § LOU och LUF.

Sammanfattningsvis anser utredningen att artikel 34.2 i LUK-direktivet kan genomföras med samma metod som har föreslagits för att genomföra motsvarande bestämmelser om undantag från skyldigheten att ge tillgång till upphandlingsdokumenten i LOU-direktivet och LUF-direktivet. Detta innebär att bestämmelserna om elektronisk tillgång till koncessionsdokumenten vid annonsering inte ska tillföras några särskilda undantagsregler. Undantag från skyldigheten får i stället göras med tillämpning av bestämmelserna om kommunikation mellan en upphandlande myndighet eller enhet och leverantörer i lagen om upphandling av koncessioner.

Vad avser det tredje och sista huvudmomentet – tillhandahållande av kompletterande handlingar och upplysningar – anser utredningen att det saknas skäl att genomföra den del av artikeln (artikel 34.3 i LUK-direktivet) på något annat sätt än motsvarande artiklar i LOU-direktivet och LUF-direktivet (artikel 53.2 första meningen i LOU-direktivet och artikel 73.2 första meningen i LUF-direktivet som har genomförts genom 11 kap. 13 § LOU och 11 kap. 12 § LUF).

I fråga om vilka organ som är skyldiga att lämna ut uppgifter enligt regleringen, så ter sig hänvisningen i artikel 34.3 i LUK-direktivet till ”behöriga avdelningar” som överflödigt. Enligt utred-

ningens mening täcker begreppen upphandlande myndighet och upphandlande enhet in samtliga de organ som kan bli skyldiga att lämna uppgifter enligt artikeln. Lagtexten bör därför inte tyngas med en sådan hänvisning.

Begreppet ”upplysningar om koncessionsdokumenten” i artikel 34.3 i LUK-direktivet bör vidare kunna ersättas med ”kompletterande handlingar och kompletterande upplysningar om koncessionsdokumenten”. Bestämmelsen i lagen om upphandling av koncessioner kommer i så fall att stämma överens med motsvarande bestämmelser i 11 kap. 13 § LOU och 11 kap. 12 § LUF i fråga om beskrivningen av vilka handlingar och upplysningar som ska lämnas.

6.5.3 Information till anbudssökande och anbudsgivare

Utredningens förslag: Lagen ska innehålla bestämmelser om information till anbudssökande och anbudsgivare som motsvarar de i LOU och LUF. Bestämmelserna i artikel 40.2 i direktivet bör dock inte genomföras i lagen genom särskilda föreskrifter om bestämmelser om information till anbudssökande och anbudsgivare.

Skälen för utredningens förslag: I artikel 40.1 i LUK-direktivet finns bestämmelser om information till anbudssökande och anbudsgivare. Bestämmelserna innehåller moment som är centrala för en leverantör som har lämnat in en anbudsansökan eller ett anbud, inte minst för dennes rätt att begagna sig av tillämpliga rättsmedel. Dessa centrala moment återfinns även i motsvarande bestämmelser i artikel 55.1 och 55.2 i LOU-direktivet och artikel 71.1 och 71.2 i LUF-direktivet. Artiklarna i LOU-direktivet och LUF-direktivet genomförs genom 12 kap. 13 och 14 §§ i LOU och LUF. Enligt utredningens mening bör artikel 40.1 i LUK-direktivet genomföras genom bestämmelser som utformas med nämnda paragrafer i LOU och LUF som förebilder.

Artikel 40.2 i LUK-direktivet innehåller bestämmelser som medger att en upphandlande myndighet eller enhet med hänsyn till sekretess inte röjer viss information i en sådan underrättelse som avses i artikel 40.1 i direktivet. Behovet av att inte röja sådan

information kan dock enligt utredningens mening tillgodoses genom en tillämpning av bestämmelserna i offentlighets- och sekretesslagen (2009:400) och lagen (1990:409) om skydd för företagshemligheter (beträffande tillämpningen av offentlighets- och sekretesslagen och lagen om skydd för företagshemligheter se avsnitt 6.4 i detta betänkande och avsnitt 3.4 i SOU 2104:51). I departementspromemorian görs för övrigt samma bedömning, Ds 2014:25 s. 524–525, när det gäller artikel 55.3 i LOU-direktivet och artikel 75.3 i LUF-direktivet. Bestämmelserna i artikel 40.2 i LUK-direktivet bör alltså inte genomföras i lagen om upphandling av koncessioner genom särskilda föreskrifter om information till anbudssökande och anbudsgivare.

6.6 Intressekonflikter

Utredningens bedömning: Bestämmelserna om intressekonflikter i artikel 35 i LUK-direktivet bör inte genomföras genom särskilda föreskrifter i lagen.

Skälen för utredningens bedömning

Bakgrund

I 2014 års direktiv finns artiklar som avser att förebygga skadliga intressekonflikter. För LOU-direktivets och LUF-direktivets del har utredningen diskuterat frågan om ifall artikeln i respektive direktiv borde genomföras i svensk rätt genom särskilda föreskrifter i de nya lagarna om upphandling. Utredningen bedömde att detta inte borde göras.

Diskussionen och bedömningen redovisas i delbetänkandet, SOU 2014:51, avsnitt 3.6.

För LOU:s och LUF:s del var det fråga om att bedöma artikel 24 (skäl 16) respektive artikel 42 (skäl 26) i direktiven. I delbetänkandet antecknade utredningen att artiklarna är inskränkta till att avse upphandlande myndigheter. Detta är naturligt för LOU:s del. Men inom tillämpningsområdet för LUF finns också upphandlande enheter som inte är upphandlande myndigheter och

som således vid en ordagrann tolkning av artikeltexten inte omfattas av artikeln om intressekonflikter.

I LUK-direktivet finns bestämmelserna om intressekonflikter i artikel 35 och har försetts med underrubriken Korruptionsbekämpning och förebyggande av intressekonflikter. Motiven anges i skäl 61 där det bl.a. sägs att medlemsstaterna bör vidta lämpliga åtgärder för att motverka bedrägeri, särbehandling och korruption och för att förhindra intressekonflikter. Det kan vidare antecknas att artikel 35 uttryckligen avser både upphandlande myndighet och upphandlande enhet.

Även i LUK-sammanhang uppkommer alltså behov av att ta ställning till hur artikeln om intressekonflikter ska iakttas. Den diskussion som utredningen förde i avsnitt 3.6 i delbetänkandet har bärkraft även vad avser artikel 35 i LUK-direktivet, eftersom de tre direktiven uppenbart avser samma sak. Den skillnad direktiven emellan som nu kan konstateras ändrar inte det grundläggande resonemang som utredningen förde i delbetänkandet. Resonemanget tog sin utgångspunkt dels i de regler som gällde före 1992 års LOU, dels i det ställningstagande som regeringen gjorde när den i prop. 2006/07:128 s. 142–143 hanterade Lagrådets önskemål om ett klarläggande av i vad mån förvaltningslagens regler var tillämpliga. Regeringen gjorde bedömningen att bl.a. jävsreglerna var tillämpliga för myndigheternas vidkommande. Då det dessutom var fråga om få bestämmelser ansåg regeringen att regler av innebörd att bestämmelser i förvaltningslagen även skulle göras tillämpliga hos en upphandlande enhet som inte är en myndighet inte borde införas.

Särskilda föreskrifter om intressekonflikter?

Det är angeläget att en så central fråga som den nu aktuella hanteras på samma sätt i alla upphandlingsförfattningarna. Det kan därvid för övrigt konstateras att det i LUF-direktivet inte finns någon motsvarande artikel och att LUF således inte innehåller någon uttrycklig bestämmelse. Den skillnad mellan LUK-direktivet och LUF-direktivet beträffande vad som ska gälla för en upphandlande enhet som inte är en myndighet, eller motsvarande enhet enligt artikel 7.1 b och c i LUK-direktivet, som nämnts i

föregående avsnitt framstår som en lapsus från direktivförfattarens sida och ändrar inte uppfattningen att frågan bör hanteras enhetligt i alla upphandlingsförfattningarna.

Utredningen anser vidare att det finns anledning att upprepa och betona att såväl nu aktuell artikel i LUK-direktivet som motsvarande artiklar i LOU-direktivet och LUF-direktivet om intressekonflikter har en mindre täckningsgrad än jävsbestämmelserna i förvaltningslagen. Det skulle således kunna orsaka osäkerhet hos tillämpande instanser ifall bestämmelserna om intressekonflikter skulle genomföras enligt ordalydelsen, eftersom förvaltningslagen är subsidiär i förhållande till avvikande bestämmelser i annan lag eller i förordning (se 3 § förvaltningslagen). Det skulle bl.a. framstå som oklart om reglerna enbart kompletterar eller om de helt ersätter förvaltningslagens jävsbestämmelser.

Det bör också här noteras att den i och för sig enklaste och rimligt invändningsfria metoden för ett genomförande av artikel 35 i LUK-direktivet, nämligen genom en hänvisning till förvaltningslagens jävsbestämmelser, dessutom riskerar att leda till att tillämparen gör motsatsslut beträffande tillämpligheten av förvaltningslagens bestämmelser i övrigt i ett upphandlingsärende. I annat fall hade ju en bestämmelse med följande lydelse varit ett alternativ: ”En upphandlande myndighet eller enhet ska vid handläggningen av ett upphandlingsärende tillämpa 11 och 12 §§ förvaltningslagen (1986:223).”

Därutöver uppkommer fråga om i vilken mån en uttrycklig bestämmelse motsvarande den som anges i artikel 35 skulle ge upphandlande myndigheter och enheter en skyldighet som dessa inte redan har genom övriga tillämpliga bestämmelser. Svaret ligger delvis i den bedömning regeringen gjorde inför 2007 års upphandlingslagar, och som utredningen instämmer i, men också i att det slags intressekonflikter det är fråga om är sådana som också kan angripas redan genom hänvisning till de allmänna principerna för upphandling.

Det är således utredningens uppfattning att de skäl för den bedömning som gjordes i delbetänkandet har bärkraft också vad avser nu aktuell motsvarande artikel i LUK-direktivet.

7 Upphandlingsförfarandet

7.1 Frihet att organisera förfarandet

Utredningens förslag: Lagen ska innehålla en bestämmelse om att upphandlande myndigheter och enheter ska vara fria att själva organisera förfarandet vid upphandling av koncessioner under förutsättning att principerna och bestämmelserna i övrigt i lagen följs.

Skälen för utredningens förslag: I LUK-direktivet finns, till skillnad från i LOU-direktivet och LUF-direktivet, inte några bestämmelser om olika upphandlingsförfaranden som anger proceduren för genomförandet av en upphandling. I stället anges i artikel 30.1 i LUK-direktivet att en upphandlande myndighet eller enhet ska vara fri att organisera förfarandet för val av koncessionshavare förutsatt att direktivet följs. Bakgrunden till det är enligt skäl 68 att koncessioner oftast är långsiktiga och komplicerade arrangemang där koncessionshavaren tar de risker som traditionellt tas av upphandlande myndigheter eller enheter och tar ansvar för sådant som ingår i myndigheternas eller enheternas ansvarsområde. Upphandlande myndigheter och enheter bör därför enligt skälen ges avsevärd flexibilitet när det gäller att organisera förfarandet vid val av koncessionshavare, så länge principerna om öppenhet eller likabehandling eller bestämmelserna i direktivet inte överträds. I artikel 30.2 första meningen i direktivet anges också att utformningen av tilldelningsförfarandet måste följa principerna i artikel 3. I artikel 3 återfinns principerna om likabehandling, icke-diskriminering, proportionalitet och öppenhet. Utöver regleringen att principerna måste följas uppställs i direktivet ett antal förfarandegarantier i syfte att tillse att principerna uppfylls. Dessa behandlas i avsnitt 7.2.

Mot bakgrund av att det i direktivet inte finns någon särskild reglering för hur upphandling av koncessioner ska arrangeras och med hänsyn till koncessionernas särdrag med behov av individuella lösningar bör enligt utredningen LUK inte innehålla några detaljerade regler om hur upphandlingsförfarandet ska genomföras. Liksom i direktivet bör det i lagen i stället anges att upphandlande myndigheter och enheter ska vara fria att organisera förfarandet så länge principerna och bestämmelserna i lagen i övrigt följs.

7.2 Förfarandegarantier

Utredningens förslag: Lagen ska innehålla bestämmelser om förfarandegarantier.

Skälen för utredningens förslag

I artikel 37 i direktivet finns en uppräknning av förfarandegarantier avseende vissa centrala moment som måste iakttas under upphandlingsförfarandet. Syftet med dessa är framförallt att säkerställa att principerna om likabehandling och öppenhet inte överträds under någon del av tilldelningsförfarandet (skäl 68 i direktivet). I andra artiklar finns mer specifik reglering som rör exempelvis tekniska krav och funktionskrav, annonsering och urval.

Kontroll av kravuppfyllelse m.m.

Av artikel 37.1 framgår att koncessioner ska tilldelas enligt de tilldelningskriterier som den upphandlande myndigheten eller enheten fastställt. Innan det kan bestämmas vilken anbudsgivare som ska tilldelas koncessionen måste det dock enligt artikeln vara klart att vissa andra villkor är uppfyllda. Villkoren innefattar att anbudsgivaren inte får ha uteslutits från deltagande i tilldelningsförfarandet enligt bestämmelserna om uteslutning i artikel 38.4–38.7 och 38.9, att anbudet står i överensstämmelse med villkoren för deltagande i fråga om leverantörens yrkesmässiga och tekniska kapacitet och ekonomiska och finansiella ställning enligt vad som

anges i artikel 38.1 samt att anbudet överensstämmer med de minimikrav som i tillämpliga fall uppställts.

En delvis liknande bestämmelse finns i artikel 56.1 i LOU-direktivet som genomförs i 4 kap. 14 § LOU. En bestämmelse om att uppställda krav på anbud och anbudsgivare måste vara uppfyllda innan en koncessionshavare väljs ut på så sätt som motsvarar bestämmelsen i artikel 56.1 i LOU-direktivet bör införas i lagen och utformas på liknande sätt som i LOU. Däremot bör placeringen av bestämmelsen inte följa placeringen i LOU där nämnda paragraf finns i 4 kap. om allmänna bestämmelser. Bestämmelsen rör en del i förfarandet för koncessionstilldelning och bör i LUK placeras i det kapitel som behandlar själva förfarandet och som innehåller generella regler om förfarandet, dvs. i 6 kap.

Minimikrav

Av artikel 37.1 första stycket a och andra stycket följer att den upphandlande myndigheten eller enheten får ställa upp vissa minimikrav som anbudena måste uppfylla. Med sådana krav avses enligt bestämmelsen villkor och egenskaper som alla anbud måste uppfylla eller inneha. Vidare anges att egenskaperna i synnerhet kan avse tekniska, fysiska, funktionella och rättsliga egenskaper. Det som anges om minimikrav bör genomföras genom bestämmelser i lagen.

Information

I artikel 37.2 anges vilken information som upphandlande myndigheter och enheter måste tillhandahålla under förfarandet. Det rör sig om en beskrivning av koncessionen och de villkor som ska gälla för deltagandet. Beskrivningen och villkoren ska anges i koncessionsmeddelandet, dvs. det dokument som innehåller information om koncessionsupphandlingen och som ska annonseras. Utöver det ska den upphandlande myndigheten eller enheten beskriva tilldelningskriterierna och i förekommande fall minimikraven. Tilldelningskriterierna kan anges i koncessionsmeddelandet, i inbjudan att lämna anbud eller i något annat koncessionsdokument. Direktivets bestämmelser om vilken information som ska tillhandahållas under förfarandet bör genomföras genom bestämmelser i lagen.

Begränsning av antalet anbudssökande eller anbud

Av artikel 37.3 framgår att antalet anbudssökande eller anbud får begränsas till en lämplig nivå under förutsättning att detta sker på ett öppet sätt och på grundval av objektiva kriterier. Bestämmelsen liknar regleringen om begränsning av antalet anbud eller anbudssökande som kan göras vid upphandling genom selektivt förfarande, förhandlat förfarande, konkurrenspräglad dialog och innovationspartnerskap i LOU och LUF. Vid koncessionsupphandling är det alltid tillåtet med en begränsning av antalet anbudssökande och anbud. Något lägsta antal anbudsgivare eller anbud anges inte.

Vid upphandling av kontrakt i den klassiska sektorn gäller enligt artikel 65.2 i LOU-direktivet att antalet anbudssökande inte får bestämmas till färre än fem vid selektivt förfarande eller färre än tre vid bl.a. förhandlat förfarande under konkurrens. I artikel 78.2 i LUF-direktivet ges inget bestämt lägsta antal anbudssökande men det föreskrivs att antalet ska bestämmas till vad som anses rimligt med tanke på speciella förhållanden i samband med upphandlingsförfarandet och på de resurser som behövs för att genomföra det. Vidare framgår att minskningen inte får leda till att konkurrensen inte blir tillräcklig. Utredningen har i delbetänkandet bedömt att detta i praktiken innebär att antalet inte bör minskas till färre än tre (SOU 2014:51 s. 121).

LUK-direktivets bestämmelser om begränsning av anbud och anbudssökande är vagare formulerad än den i LUF-direktivet. Här gäller att begränsningen får göras till en ”lämplig nivå” baserat på objektiva kriterier. Antalet ska dock vara tillräckligt för att garantera verklig konkurrens. Med hänsyn till de speciella förhållanden som gäller för koncessioner där det ofta är fråga om omfattande och långsiktiga projekt, är det enligt utredningens mening inte lämpligt att vid upphandling av koncessioner föreskriva ett lägsta antal anbud eller anbudsgivare som begränsningen får avse. Vilket antal som är lämpligt får bestämmas i det enskilda fallet och får rimligen göras beroende av vad koncessionen avser och hur marknaden för denna ser ut.¹

¹ Huruvida en begränsning av antalet anbudsgivare gjorts på ett sätt som garanterar verklig konkurrens är enligt EU-domstolens praxis beroende av vad som kännetecknar upphandlingen och vad det är som upphandlas (se mål C-138/08 Hochtief AG och Linde-Kca-Dresden GmbH). Antalet måste vara sådant att den upphandlande myndigheten eller enheten kan jämföra olika anbud och välja det förmånligaste på grundval av objektiva kriterier (se mål C-247/02 Sintesi, punkt 37 och mål C-27/98 Fracasso och Leitschutz punkt 31).

Bestämmelser om begränsning av antalet anbud och anbudssökande bör genomföras genom bestämmelser i lagen och utan att det anges ett bestämt lägsta antal anbud eller anbudssökande.

Planering

Av artikel 37.4 framgår att den upphandlande myndigheten eller enheten ska upprätta en beskrivning av det planerade förfarandet med en preliminär tidsfrist för slutförandet. Alla deltagare ska få del av planeringen. Om det görs ändringar i planeringen ska deltagarna få del av dessa. Ändringar som rör sådant som anges i koncessionsmeddelandet måste offentliggöras på marknaden. Detta grundas på att all konkret information om hela förfarandets gång måste offentliggöras. Ett sådant offentliggörande torde inte i sig innebära att det påbörjade förfarandet avbryts och att ett nytt förfarande inleds.

En central del i all upphandling är den information som ges till marknaden. Det är alltså fråga om att säkerställa att insyn blir möjlig. Detta har minst två anledningar. En uppenbar anledning är att den marknad man ska uppsöka ska få en möjlighet att reagera på ett adekvat sätt. En annan anledning är att det ska vara möjligt att kontrollera upphandlingar.

För just koncessionsupphandlingarnas del kan det antas att informationskravet kommer att vara särskilt viktigt. Ett skäl för detta antagande är att upphandlarna har ett stort handlingsutrymme för att lägga upp förfarandet. Eftersom det också kan vara fråga om komplicerade projekt är det sannolikt att just planeringen av förfarandet är av utomordentlig betydelse för den som möjligen är intresserad av att anmäla sitt intresse av upphandlingen. Om således ett förfarande är så upplagt att någon potentiell anbudsgivare bestämmer sig för att avstå är vederbörande naturligtvis intresserad av förändringar av planeringen ifall dessa förändringar är sådana att leverantören har möjlighet att delta. Vilken effekt en ändring kan tänkas få är alltså också beroende av bedömningar i det enskilda fallet.

Upphandlarna har generellt ett stort ansvar för att upphandlingarna följer de förfaranden som uppställs, vilka har som ett av många syften att säkerställa att potentiella anbudsgivare har en

möjlighet att lägga anbud och alltså att upphandlingen genomförs i konkurrens.

Det stora handlingsutrymme som upphandlare av en koncession har för att lägga upp förfarandet medför att de får ett särskilt stort ansvar att själva i första hand bedöma vilka ändringar som måste offentliggöras för en bredare krets och vilka som är så obetydliga att de inte har någon betydelse för det konkurrensuppsökande skedet. Det får förutsättas att bedömningarna i de flesta fall inte leder till tvister eftersom det finns en etablerad praxis från EU-domstolen att luta sig emot. Men det är dock oundvikligt att bedömningar kommer att sättas i fråga och att gränserna för bedömningsutrymmet i sista hand kommer att behöva sättas genom rättstillämpningen.

Bestämmelserna i artikel 7.4 bör genomföras på ett direktivnära sätt genom föreskrifter i lagen.

Dokumentation

I artikel 37.5 i direktivet anges att den upphandlande myndigheten eller enheten ska registrera etapperna i förfarandet med hjälp av de medel som den anser lämpliga. Detta ska vidare göras i överensstämmelse med bestämmelserna i artikel 28.1 i direktivet. Den senare artikeln innehåller bestämmelser om sekretess och behandlas av utredningen i avsnitt 6.4.

Händelseförloppet ska alltså enligt artikel 37.5 i direktivet dokumenteras under förfarandet. Vilket medium som ska används bestäms enligt artikeln av myndigheten eller enheten. Hur utförlig dokumentationen ska vara framgår dock inte av artikeln utan det väsentliga är att varje led i förfarandet dokumenteras.

Vid en jämförelse med hur bestämmelserna om dokumentation är utformade i LOU-direktivet och LUF-direktivet ter sig bestämmelserna i artikel 37.5 i LUK-direktivet som knapphändiga. I artikel 84.2 i LOU-direktivet och artikel 100.2 i LUF-direktivet föreskrivs att den upphandlande myndigheten eller enheten ska dokumentera genomförandet av alla upphandlingsförfaranden och därvid spara tillräcklig dokumentation för att motivera beslut som fattas i samtliga skeden i upphandlingsförfarandet, såsom dokumentation om kommunikation med leverantörer, utformning av

upphandlingsdokumenten, eventuella dialoger eller förhandlingar samt urval och tilldelning av kontrakt. Artiklarna i LOU-direktivet och LUF-direktivet genomförs genom bestämmelserna om dokumentation av förfaranden i 12 kap. 16 § LOU och 12 kap. 18 § LUF. Varför det inte finns någon motsvarande reglering i LUK-direktivet är oklart.

Även om artiklarna i LOU-direktivet och LUF-direktivet inte enbart kan ses som bestämmelser om förfarandegarantier, så fyller bestämmelserna i LOU och LUF som genomför artiklarna en viktig funktion som just sådana garantier. Enligt utredningens mening förutsätter bestämmelserna om rättsmedel att de beslut som fattas under en upphandlings samtliga skeden dokumenteras; något annat skulle äventyra rättsmedlens funktion. Bestämmelserna om rättsmedel får antas förutsätta detsamma när det gäller upphandling av koncessioner.

Som antytts ovan kan alltså en ändamålsenlig tillämpning av rättsmedlen kräva att det finns bestämmelser om dokumentation vid upphandling av koncessioner som motsvarar de i 12 kap. 16 § LOU och 12 kap. 18 § LUF. Ett korrekt genomförande av bestämmelserna om rättsmedel kan med andra ord sägas påverka hur artikel 37.5 i LUK-direktivet bör genomföras. Enligt utredningens mening hindrar inte utformningen av artikeln att den genomförs genom bestämmelser som motsvarar nämnda bestämmelser i LOU och LUF. Med hänsyn till det som sagts om rättsmedlen anser utredningen att artikel 37.5 i LUK-direktivet ska genomföras på ett sådant sätt.

Förhandlingar

Förhandlingar får alltid föras under upphandlingsförfarandet. Förhandlingarna får dock enligt artikel 37.6 inte leda till att föremålet för koncessionen, tilldelningskriterierna eller minimikraven ändras. En bestämmelse om detta bör införas i lagen.

Det kan här anmärkas att det i direktivet saknas bestämmelser om komplettering och förtydligande av anbud. Detta kan antas bero på att myndigheterna och enheterna har stor frihet att själva bestämma förfarandets detaljer. Några regler om detta införs därför inte i lagen.

7.3 Utlämnande av information under förfarandet

Utredningens bedömning: Bestämmelserna om att den upphandlande myndigheten eller enheten inte får särbehandla någon genom att lämna ut information som kan gynna vissa anbudssökande eller anbudsgivare i förhållande till andra i artikel 30.2 andra meningen i direktivet bör inte genomföras genom särskilda föreskrifter i lagen.

Skälen för utredningens bedömning: I artikel 30.2 andra meningen i direktivet anges att den upphandlande myndigheten eller enheten inte får särbehandla någon genom att lämna ut information som kan gynna vissa anbudssökande eller anbudsgivare i förhållande till andra. Motsvarande krav uppställs även i LOU-direktivets och LUF-direktivets reglering avseende vissa förfaranden.

I förslagen till de nya upphandlingslagarna i Ds 2014:25 har det ansetts inte finnas behov av att införa särskilda bestämmelser om att den upphandlande myndigheten eller enheten inte får särbehandla någon genom att lämna ut information som kan gynna vissa deltagare i förhållande till andra vid bl.a. konkurrenspräglad dialog. Någon anledning att beträffande upphandling av koncessioner göra någon annan bedömning finns inte. Att särbehandling inte får förekomma följer redan av den föreskrivna skyldigheten att följa principerna om likabehandling och icke-diskriminering i 4 kap. 1 § LUK.

7.4 Tekniska krav och funktionskrav

Utredningens förslag: Lagen ska innehålla bestämmelser om tekniska krav och funktionskrav. Bestämmelserna bör i huvudsak utformas i enlighet med direktivets lydelse.

Skälen för utredningens förslag: I LOU-direktivet och LUF-direktivet finns bestämmelser om tekniska specifikationer som syftar till att bl.a. beskriva efterfrågade egenskaper hos upphandlingsföremålet. För koncessionsupphandling har unionslagstiftaren i stället valt att använda det vidare uttrycket tekniska krav och

funktionskrav i bestämmelserna om krav på koncessionsföremålets egenskaper. Dessa bestämmelser finns i artikel 36 i direktivet och innehåller vissa likheter med bestämmelserna i artikel 42.1 första och andra styckena, 42.4 och 42.5 i LOU-direktivet och artikel 60.1 första och andra styckena, 60.4 och 60.5 i LUF-direktivet samt delar av bilaga VII till LOU-direktivet och bilaga VIII till LUF-direktivet.

I artikel 36.1 första stycket i LUK-direktivet föreskrivs att tekniska krav och funktionskrav ska ange vilka egenskaper den byggtreprenad eller de tjänster som är föremål för koncessionen ska ha. Någon förteckning med definitioner av tekniska krav och funktionskrav på motsvarande sätt som i bilaga VII till LOU-direktivet och bilaga VIII till LUF-direktivet finns dock inte i LUK-direktivet. Några av de specifikationer som finns med i uppräkningsen i bilagorna till LOU-direktivet och LUF-direktivet tas i artikel 36.1 i LUK-direktivet upp som exempel på vilka typer av egenskaper som den upphandlande myndigheten eller enheten kan ställa krav på. Kraven kan sålunda enligt andra stycket i artikeln avse produktionsprocessen eller tillhandahållandet av de efterfrågade byggtreprenaderna eller tjänsterna. Egenskaperna kan t.ex. omfatta kvalitetsnivåer, miljö- och klimatprestanda, formgivning för alla användningsområden (inklusive tillgänglighet för personer med funktionshinder), bedömning av överensstämmelse, bruksegenskaper, säkerhet eller dimensioner, terminologi, symboler, provning och provningsmetoder, märkning och etikettering eller bruksanvisningar. Uppräkningsen är exemplifierande och behöver enligt utredningens mening inte tas in i lagen (jfr mål nr C-478/99, *kommissionen mot Sverige*, punkt 23).

Tekniska krav och funktionskrav är begrepp som är vidare än tekniska specifikationer och torde innebära att andra krav på tekniska egenskaper och funktioner än de som specificeras i bilagorna till LOU-direktivet och LUF-direktivet kan ställas på de byggtreprenader och tjänster som är föremål för koncessionen. En förutsättning är dock att kraven är kopplade till föremålet för kontraktet och står i proportion till dess värde och mål. Väsentligt är vidare, som framhålls i skäl 67 i direktivet, att kraven följer principerna om likabehandling och om öppenhet samt att de utformas på sätt som inte begränsar konkurrensen t.ex. genom krav som gynnar en viss ekonomisk aktör genom att de avspeglar viktiga

egenskaper hos de varor, tjänster eller byggtreprenader som den ekonomiska aktören brukar erbjuda.

I artikel 36.2 anges vissa uppgifter som kraven inte får omfatta, bl.a. uppgifter om tillverkning, ursprung eller särskilt framställningsförfarande som karakteriserar de varor eller tjänster som tillhandahålls av en specifik leverantör. Detta överensstämmer med vad som anges i artikel 42.4 i LOU-direktivet och artikel 60.4 i LUF-direktivet och bör genomföras i lagen på motsvarande sätt som i LOU och LUF.

Vidare föreskrivs i LUK-direktivet att ett anbud inte får förkastas med motiveringen att de tekniska kraven eller funktionskraven inte är uppfyllda, om anbudsgivaren visar att de föreslagna lösningarna på ett likvärdigt sätt uppfyller kraven. Bestämmelsen motsvarar bestämmelser i LOU-direktivet och LUF-direktivet och bör genomföras i lagen på samma sätt som i LOU och LUF.

Bestämmelserna i artikel 36.1 första stycket och andra stycket första meningen, artikel 36.2 och 36.3 i direktivet bör enligt utredning införas genom bestämmelser i lagen. De exempel på egenskaper som kraven kan omfatta som anges i artikel 36.2 andra meningen behöver däremot inte införas i lagen.

7.5 Annonsering

Utredningens förslag: Lagen ska innehålla bestämmelser om annonsering av koncessionsmeddelande. Direktivets begrepp koncessionsmeddelande ska användas i lagen. Lagen ska även innehålla bestämmelser om efterannonsering.

Bestämmelser om annonsering för sociala och andra särskilda tjänster samt för koncessioner under tröskelvärdet bör behandlas i lagens kapitel som rör enbart sådan upphandling.

Bestämmelserna i lagen bör kompletteras med bestämmelser i förordning.

Skälen för utredningens förslag

Bakgrund

I nuvarande LOU och LUF finns bestämmelser om annonsering vid upphandling. Dessutom finns bestämmelser i upphandlingsförordningen (2011:1040). I nuvarande 13 kap. 2 § LOU finns bestämmelser om annonsering vid upphandling av byggkoncessioner. För byggkoncessioner gäller därvid endast att en upphandlande myndighet ska annonsera upphandling av sådana. Annonseringen ska göras med tillämpning av kommissionens förordning (EU) nr 842/2011 av den 19 augusti 2011 om fastställande av standardformulär. Några bestämmelser om förhandsannonsering och efterannonsering för byggkoncessionsupphandling finns inte i nuvarande upphandlingslagar. För tjänstekoncessioner finns i nuvarande upphandlingslagar över huvud taget inga regler om annonsering.

I LUK-direktivet finns bestämmelser om annonsering i artiklarna 31 och 32. Annonsering behandlas även i skäl 50 och 51. Bestämmelserna avviker en del från bestämmelserna om annonsering i LOU-direktivet och LUF-direktivet (artiklarna 48–50 i LOU-direktivet respektive artiklarna 67, 69 och 70 i LUF-direktivet). I LOU-direktivet och LUF-direktivet finns exempelvis bestämmelser om anbudsinfordran som saknar motsvarighet i LUK-direktivet. Bestämmelserna om utformning av meddelande i artikel 33 i LUK-direktivet har dock påtagliga likheter med motsvarande bestämmelser i artiklarna 51 och 52 i LOU-direktivet och artiklarna 71 och 72 i LUF-direktivet.

Annonsering av koncessionsmeddelande

Enligt artikel 31 i direktivet ska upphandlande myndigheter och enheter som önskar tilldela en koncession informera om detta genom ett offentliggörande av ett koncessionsmeddelande. I koncessionsmeddelandet ska bl.a. finnas en beskrivning av koncessionen och villkor för deltagande. Det finns till skillnad från bestämmelserna i LOU-direktivet dock inte någon skyldighet för den upphandlande myndigheten eller enheten att använda meddelandet för anbudsinfordran. Med hänsyn till hur bestämmelserna

om förfarande utan offentliggörande i artikel 31.4 och 31.5 är uppbyggda framstår det dessutom som koncessionsmeddelanden ska upprättas trots att dessa inte alltid behöver offentliggöras. I de bestämmelserna anges nämligen att de upphandlande myndigheterna och enheterna under vissa förutsättningar inte är skyldiga att offentliggöra ett koncessionsmeddelande. När det i motsvarande undantagssituationer i LOU-direktivet och LUF-direktivet beskrivs under vilka omständigheter ett upphandlingsförfarande får genomföras utan offentliggörande talas i stället om "förfarande utan föregående anbudsinfordran" (artikel 50 i LUF-direktivet) eller "förfarande utan meddelande om upphandling" (artikel 32 i LOU-direktivet). De skillnader som föreligger mellan koncessionsmeddelande i LUK-direktivet och meddelande om upphandling i LOU-direktivet och LUF-direktivet gör enligt utredningens mening att begreppet koncessionsmeddelande bör användas i LUK. Begreppet koncessionsmeddelande i LUK-direktivet bör alltså inte ersättas med begreppet annonsering på motsvarande sätt som föreslagits i LOU och LUF för meddelande om upphandling.

En annan sak är att koncessionsmeddelanden ska offentliggöras på lämpligt sätt om det inte finns ett undantag från kravet på offentliggörande. För ett sådant offentliggörande ska enligt utredningen begreppet annonsering av koncessionsmeddelandet användas. I LUK bör alltså begreppet annonsering av koncessionsmeddelande avse skyldigheten att offentliggöra koncessionsmeddelandet.

Undantag från kravet på annonsering

I vissa situationer får enligt direktivet tilldelning av koncessioner ske utan att koncessionsmeddelandet offentliggörs. Av skäl 51 i direktivet framgår att det med hänsyn till de skadliga effekterna på konkurrensen som uppstår vid tilldelning av koncessioner utan föregående offentliggörande får detta göras under speciella omständigheter och begränsas till när det från början står klart att offentliggörandet inte kommer att leda till ökad konkurrens, t.ex. om det objektivt sett finns endast en leverantör som kan utföra koncessionen. En sådan situation får dock inte ha skapats av den upphandlande myndigheten eller upphandlande enheten själv med

tanke på det framtida tilldelningsförfarandet. Dessutom bör det nog utvärderas om det inte finns tillgång till några lämpliga alternativa lösningar.

Undantag från kravet på offentliggörande finns i artikel 31.4 och 31.5 i direktivet. Dessa bestämmelser liknar bestämmelserna i artikel 32 i LOU-direktivet och artikel 50 i LUF-direktivet. I LOU-direktivet och LUF-direktivet finns emellertid fler undantag än vad som gäller beträffande koncessionsupphandling, bl.a. vid synnerlig brådska eller vid vissa fall av upprepning av tidigare tjänster eller byggtreprenader. De situationer som får föranleda undantag från annonseringskravet vid koncessionsupphandling är dels när endast en leverantör kan tilldelas koncessioner på grund av att den rör konstnärliga produkter eller koncessioner eller för att det finns en ensamrätt, dels när den upphandlande myndigheten eller enheten tidigare annonserat ett koncessionsmeddelande och inga eller inga lämpliga anbud eller inga eller inga lämpliga anbudsansökningar kommit in.

Bestämmelser om undantag från annonseringskravet bör enligt utredningen införas i det avsnitt i LUK som handlar om annonsering vilket överensstämmer med bestämmelsernas placering i direktivet men avviker från placeringen av motsvarande bestämmelser i LOU och LUF. Eftersom det i LUK inte finns några regler om olika förfaranden och undantaget således gör sig gällande vid all upphandling av koncessioner är det enligt utredningens mening lämpligare att placera dessa bestämmelser i avsnittet om annonsering.

Efterannonsering

Efter tilldelning av en koncession ska enligt artikel 32 i direktivet ett meddelande om koncessionstilldelning skickas inom 48 dagar. Andra regler gäller beträffande tilldelning av koncessioner avseende sociala och andra särskilda tjänster vilket behandlas i avsnitt 9. Regleringen motsvarar delvis bestämmelserna om meddelande om kontraktstilldelning som finns i artikel 50 i LOU-direktivet och artikel 70 i LUF-direktivet, men tidsfristen är i de direktiven bestämd till 30 dagar. Bestämmelserna i LUK-direktivet om meddelande om tilldelning av koncessioner bör genomföras i lagen på liknande sätt som i LOU och LUF. Härvid bör i LUK i stället

för begreppet meddelande användas begreppet annons (efterannonser) på samma sätt som i LOU och LUF eftersom det för sådana meddelanden saknas skäl att frånga den ordning som gäller vid annan upphandling.

Utformning och offentliggörande av annonser

I artikel 33 i direktivet finns bestämmelser om utformning och offentliggörande av meddelande och offentliggörande på nationell nivå. Enligt artikeln ska i koncessionsmeddelanden, meddelanden om koncessionstilldelning (efterannonser) och sådana meddelanden som avses i artikel 43.1 andra stycket i direktivet (meddelande om ändring av en koncession under löptiden) lämnas sådana upplysningar som anges i bilagorna V, VII och VIII till direktivet. Av artikeln framgår vidare att upplysningar ska anges i samma format som standardformulären, vilka ska fastställas av kommissionen. Bestämmelserna motsvarar i tillämpliga delar artiklarna 51.1, 51.2, 51.3, 51.5 andra stycket, 52.1 och 52.2 i LOU-direktivet och artiklarna 71.1, 71.2, 71.3, 71.5 andra stycket, 72.1 och 72.2 i LUF-direktivet.

I bilagorna V, VII och VIII till direktivet anges vilken information som ska lämnas i koncessionsmeddelanden, meddelanden om koncessionstilldelning och meddelanden om koncessionstilldelning som avser sociala och andra särskilda tjänster. De uppgifter som ska lämnas är färre än vad som gäller enligt motsvarande bilagor till LOU-direktivet och LUF-direktivet. En del avvikelser framstår som naturliga med anledning av den enklare regleringen inom koncessionsområdet, exempelvis att det inte ska anges vilket förfarande som ska användas. En annan tydlig skillnad är att den annars gällande skyldigheten att i en annons ange vilket språk anbuden ska avfattas på inte verkar finnas.

Bestämmelserna i artikel 33 och de angivna bilagorna bör genomföras genom bestämmelser i förordning i likhet med vad som föreslås i departementspromemorian beträffande genomförande av motsvarande bestämmelser i LOU-direktivet och LUF-direktivet (se Ds 2014:25 s. 490). Artikeln innehåller även bestämmelser som riktar sig till EU-kommissionen och för dessa behövs inga genomförandeåtgärder.

7.6 Tidsfrister

Utredningens förslag: Lagen ska innehålla bestämmelser om tidsfrister som delvis motsvarar bestämmelserna om tidsfrister i LOU och LUF.

Skälen för utredningens förslag

Grundläggande bestämmelser om tidsfrister

I LUK-direktivet finns på samma sätt som i LOU-direktivet och LUF-direktivet bestämmelser om tidsfrister för mottagande av ansökningar och anbud. Till skillnad från bestämmelserna i de direktiven är tidfristbestämmelserna i LUK-direktivet samlade i en enda artikel, artikel 39, vilket beror på att det i LUK-direktivet inte finns några detaljerade regler om olika förfaranden vid upphandling.

Artikel 39.1 innehåller generella bestämmelser om hur tidsfristerna ska bestämmas. Det anges i artikeln att den upphandlande myndigheten eller enheten ska ta hänsyn till hur komplex koncessionen är och hur lång tid som behövs för att utarbeta anbud eller ansökningar när tidsfrister för mottagande av ansökningar och anbud bestäms. Bestämmelsen överensstämmer med artikel 47.1 i LOU-direktivet och artikel 66.1 i LUF-direktivet och bör genomföras i lagen på samma sätt som de bestämmelserna genomförs i LOU och LUF.

Minimitidsfrister

I artikel 39.3 och 39.4 i direktivet finns vidare bestämmelser om minimitidsfrister för mottagande av ansökningar och anbud. Av dessa framgår att minimitidsfristen för att komma in med ansökningar, oavsett om de innehåller anbud eller inte, ska vara 30 dagar från den dag koncessionsmeddelandet skickades samt att i de fall förfarandet äger rum i successiva steg ska minimitidsfristen för mottagande av anbud vara 22 dagar från den dag inbjudan att lämna anbud avsändes. Tidsfristen för anbudsinlämning är några dagar kortare än vad som gäller vid upphandling i enlighet med bestäm-

melserna om öppet förfarande i LOU-direktivet och LUF-direktivet där minimitidsfristen för inlämnande av anbud är 35 dagar (artikel 27.1 respektive artikel 45.1). Minimitidsfristen för anbuds-inlämning när förfarandet sker i successiva steg såsom vid selektivt förfarande och förhandlat förfarande är också några dagar kortare i LUK-direktivet än den ordinarie minimitidsfristen enligt reglerna i LOU-direktivet. I LOU-direktivet och LUF-direktivet finns vidare regler om att den tidsfristen för anbuds-inlämnande vid selektivt och förhandlat förfarande får bestämmas efter överenskommelse mellan den upphandlande myndigheten eller enheten och att tidsfristen i de fall en överenskommelse inte kan nå ska vara minst 10 dagar från den dag inbjudan att lämna anbud avsändes (artiklarna 28.4 och 29.1 fjärde stycket i LOU-direktivet samt artiklarna 46.2 andra stycket och 47.2 andra stycket i LUF-direktivet, vilka enligt departementspromemorian ska genomföras i LOU och LUF, se Ds 2014:25 avsnitt 18.1.7). Några motsvarande bestämmelser finns inte i LUK-direktivet.

I LUK-direktivet finns inte heller några bestämmelser om att tidsfristerna får förkortas vid tidsbrist vilket kan antas bero på att koncessionsupphandlingar sällan är av sådant brådslande slag att det är motiverat att tillåta kortare tidsfrister av det skälet. Däremot får vid upphandling enligt LUK-direktivet, på samma sätt som vid upphandling enligt LOU-direktivet och LUF-direktivet, tidsfristen för anbuds-inlämnande förkortas med fem dagar om anbudet tillåts lämnas elektroniskt. Detta framgår av artikel 39.5 som motsvarar artiklarna 27.4, 28.5 och till viss del artikel 29.1 fjärde stycket i LOU-direktivet samt artikel 45.4 i LUF-direktivet.

Bestämmelserna om minimitidsfrister och om förkortning av tidsfrister bör genomföras genom föreskrifter i lagen.

Längre minimitidsfrister i vissa fall

I artikel 39.2 finns bestämmelser om hur tidsfristen ska bestämmas när ansökningar eller anbud kan lämnas först efter ett besök på platsen eller efter granskning av underlagen för koncessionsdokumenten. Tidsfristerna för mottagande av ansökningar eller anbud ska fastställas så att alla berörda ekonomiska aktörer får möjlighet att ta del av alla uppgifter som krävs för att utarbeta ansökningar eller anbud och ska i

alla händelser vara längre än minimitidsfristerna i punkterna 3 och 4. Bestämmelsen överensstämmer ungefär med bestämmelserna i artikel 47.2 i LOU-direktivet och artikel 66.2 i LUF-direktivet. Bestämmelserna skiljer sig åt såtillvida att LOU-direktivets och LUF-direktivets bestämmelser i nämnda punkt i stället för att föreskriva att berörda ekonomiska aktörer "får möjlighet att ta del av alla uppgifter" anger att de "ska kunna få kännedom om all den information". Någon egentlig skillnad i sak mellan uttrycken föreligger inte. Bestämmelsen bör därför genomföras i LUK på samma sätt som de bestämmelserna genomförs i LOU och LUF. Tillägg ska dock göras på så sätt att bestämmelsen inte bara gäller tidsfrist för mottagande av anbud utan även för ansökningar i enlighet med vad som anges i direktivtexten.

I artikel 34.2 finns ytterligare bestämmelser om att tidsfristen ska förlängas. Enligt artikeln ska detta ske när fri, fullständig, direkt och kostnadsfri tillgång till vissa koncessionsdokument inte kan ske. Detta behandlas närmare i avsnitt 6.5.2 och i kommentaren till 9 kap. 5 § i avsnitt 13.

7.7 Skäl för uteslutning av leverantörer

Utredningens förslag: I lagen ska införas regler om uteslutning av leverantör som motsvarar de i LOU och LUF.

Skälen för utredningens förslag: En jämförelse mellan skälen i de skilda direktiven visar att uteslutningsreglerna i allt väsentligt är likadana. För LUK-direktivets del anges bakgrunden till direktiven i denna del i skäl 69–72. Reglerna om uteslutning m.m. finns i artikel 38, med underrubriken Urval och kvalitativ bedömning av anbudssökande. Artikelnen består av 10 punkter.

Motsvarande artiklar i LOU-direktivet och LUF-direktivet behandlas av utredningen i delbetänkandet SOU 2014:51, avsnitten 7.2, 8.5 och 13–19 §§ i avsnitt 14.1 och 58–65 §§ i avsnitt 14.2.

Ett genomförande av LUK-direktivets bestämmelser kan göras på motsvarande sätt som genomförandet av bestämmelserna i LOU-direktivet och LUF-direktivet. Utredningen hänvisar därför till nu angivna avsnitt i delbetänkandet. I övrigt hänvisas till författningskommentaren avseende 11 kap. LUK i avsnitt 13.

7.8 Val av leverantör

Utredningens förslag: I lagen ska införas regler för val av leverantör, på samma sätt som föreslås i LOU och LUF. Reglerna för koncessionstilldelningens vidkommande bör dock ha en lägre detaljeringsgrad.

Skälen för utredningens förslag: Vad gäller LUK-direktivet återfinns reglerna om val av leverantör i artikel 38 som har rubriken Urval och kvalitativ bedömning av anbudssökande. Artikeln behandlar alltså både valet av leverantör med utgångspunkt i ekonomisk förmåga m.m., men också med utgångspunkt i huruvida vederbörande dömts för viss angiven brottslighet m.m., dvs. uteslutningsgrunderna (se avsnitt 7.7). Motiven för artikeln finns, såvitt avser valet av leverantör, i skäl 63 och 64.

En jämförelse med vad som kan anses utgöra motsvarande bestämmelser i LOU-direktivet ger samma intryck som det slagets jämförelser också på andra områden inom regelmassan ger, dvs. att reglerna i LUK-direktivet lämnar ett förhållandevis stort handlingsutrymme för den upphandlande myndigheten/enheten.

De mera detaljerade bestämmelserna i LOU-direktivet behandlas av utredningen i delbetänkandet SOU 2014:51, avsnitt 7.3. Artiklarna i LUF-direktivet behandlas i avsnitt 8.5. Utredningens författningstext kommenteras i avsnitt 14.1 och är i departementspromemorians förslag överförd till 14 kap. LOU. Det resonemang som utredningen för i delbetänkandet såvitt avser val av leverantör i enlighet med LOU-direktivet och LUF-direktiven är visserligen inte fullt ut överförbart till LUK-direktivet. Men likväl kan resonemanget tjäna som en grund, eftersom alla tre direktiven bygger på samma tanke, dvs. att befrämja likabehandling leverantörer emellan och säkerställa så långt det går att upphandlande myndighet/enhet har objektiva verktyg för att klara urvalet.

Ett genomförande av LUK-direktivets bestämmelser kan göras på motsvarande sätt som genomförandet av bestämmelserna i LOU-direktivet, dvs. genom föreskrifter i lag. För LUK:s del återfinns motsvarande bestämmelser i utredningens förslag till 12 kap. LUK. I övrigt hänvisas till författningskommentaren till 12 kap. LUK i avsnitt 13.

7.9 Koncessionstilldelning

Utredningens förslag: I lagen ska införas regler om tilldelningskriterier, offentliggörande av dessa, viktning av dem och om att upphandlande myndighet eller enhet ska kunna kontrollera uppgifter som lämnas. Kriterierna ska avse en koncessions värde och fördelar och får innefatta miljökriterier, sociala kriterier eller kriterier avseende innovation.

Skälen för utredningens förslag

Kriterier avseende en koncessions värde och fördelar

Bestämmelser om tilldelning av koncessioner finns i direktivets avdelning II. Denna avdelning har två kapitel, där det första kapitlet handlar om allmänna principer och det andra om förfarandegarantier. En jämförelse med LOU-direktivet och LUF-direktivet visar att regleringen av tilldelningen av koncessioner är betydligt liberalare i den meningen att det saknas detaljreglering. En av de mera uppseendeväckande avvikelserna avser frånvaron av hänvisningar till det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet eller till livscykelkostnader eller till den restriktiva synen på ett onormalt lågt anbud.

Det torde finnas flera förklaringar till detta förhållningssätt till anbud och anbudsansökningar. Redan svårigheten att beräkna värdet av en koncession kan göra det svårt att precisera faktorer av nämnt slag. Därtill förutsätter en koncession ofta ett pågående samspel mellan upphandlande myndighet/enhet och leverantör vilket gör att mera handfasta tilldelningsgrunder blir svåra eller omöjliga att fastställa på samma sätt som är möjligt t.ex. när det gäller en vara eller annat föremål för upphandling som har konkreta prestanda att hänga upp tilldelningskriterierna på.

Det nu sagda vilar på utredningens egen uppfattning om vad som kan ligga bakom frånvaron av precisa bestämmelser om tilldelningskriterier. Utredningen anser sig finna stöd för denna uppfattning i t.ex. direktivets skäl 73. Där anges följande.

De upphandlande myndigheterna eller upphandlande enheterna bör bedöma anbuderna på grundval av ett eller flera tilldelningskriterier. För att säkerställa öppenhet och likabehandling bör kriterierna för till-

delning av koncessioner alltid uppfylla vissa allmänna normer. Normerna kan hänvisa till faktorer som inte är rent ekonomiska, men som påverkar värdet av ett anbud ur den upphandlande myndighetens eller upphandlande enhetens synvinkel och som gör det möjligt att fastställa allmänna ekonomiska fördelar för den upphandlande myndigheten eller upphandlande enheten. Kriterierna bör meddelas alla eventuella anbudssökande eller anbudsgivare i förväg, ha samband med kontraktets föremål och får inte medföra en obegränsad valfrihet för den upphandlande myndigheten eller upphandlande enheten. De bör möjliggöra effektiv konkurrens och åtföljas av krav som gör det möjligt att verifiera de uppgifter som anbudsgivarna lämnar på ett effektivt sätt. Tilldelningskriterierna bör kunna innefatta bland annat miljökriterier, sociala kriterier eller kriterier avseende innovation. Upphandlande myndigheter eller upphandlande enheter bör också ange tilldelningskriterierna i fallande prioritetsordning för att säkerställa likabehandling av eventuella anbudsgivare genom att ge dem möjlighet att känna till alla inslag som kommer att beaktas när de utarbetar sina anbud.

I undantagsfall, när den upphandlande myndigheten eller upphandlande enheten mottar ett anbud där det föreslås en innovativ lösning med funktionell prestanda på en exceptionell nivå, som en omdömesgill upphandlande myndighet eller upphandlande enhet inte hade kunnat förutse, bör den upphandlande myndigheten eller upphandlande enheten kunna ändra ordningen mellan tilldelningskriterierna för att beakta de nya möjligheter som denna innovativa lösning medför, förutsatt att det genom en sådan ändring säkerställs likabehandling av alla faktiska eller potentiella anbudsgivare genom att en ny inbjudan att lämna in anbud utfärdas eller, i förekommande fall, genom att ett nytt koncessionsmeddelande offentliggörs.

Ytterligare stöd finns också i det förhållandet att artikel 41 är allmänt hållen.

Av citatet framgår vad unionslagstiftaren anser vara viktiga inslag i tilldelningen av koncessioner. För det första ska myndigheten/enheten fastställa tilldelningskriterier. Däremot anges inte närmare bestämmelser utöver att dessa ska säkerställa öppenhet och likabehandling. Normerna eller kriterierna behöver för det andra inte vara ekonomiska, men ska påverka värdet av ett anbud ”ur den upphandlande myndighetens eller enhetens synvinkel”. Men detta är inte tillräckligt utan dessa regler ska för det tredje ”göra det möjligt att fastställa allmänna ekonomiska fördelar för myndigheten eller enheten”. Dessa tämligen obestämda hållpunkter för tilldelningskriterierna följs upp senare i skälen genom att krav på att de likväl ska förhindra godtycklighet och ska säkerställa effektiv konkurrens samt möjliggöra kontroll av de

uppgifter som leverantörerna lämnar. Kriterierna får innefatta bland annat miljökriterier, sociala kriterier eller kriterier avseende innovation.

Den citerade texten ovan är tydlig på också en annan punkt, nämligen att det ekonomiska resultatet av koncessionen ska bedömas ur myndighetens eller enhetens synvinkel och ska göra det möjligt att fastställa allmänna ekonomiska fördelar för denna. Man kan alltså se att upphandlande myndighet eller enhet också i detta centrala moment av en upphandling anförtrots ett betydligt större handlingsutrymme än i fråga om t.ex. varu-upphandling enligt LOU. Det torde inte vara att gå för långt att påstå att det är fråga om en frihet under ansvar, dvs. att utrymmet uppenbart måste ha begränsningar. Det är däremot inte angivet mera exakt hur dessa begränsningar ska bestämmas.

Offentliggörande

Ett återkommande krav i skälen och i direktivet i övrigt är att myndigheten eller enheten ska offentliggöra sin önskan att anskaffa något genom en koncession. Genom offentliggörandet tillgodoses öppenhet och får antas att också likabehandlingen säkerställs eftersom en genomförd öppenhet gör det svårare att olikbehandla någon av leverantörerna. En sådan särbehandling blir ju lättare att uppdaga i ett öppet system och därmed lättare att angripa genom överprövning. Det är alltså fråga om att offentliggörandet dels bidrar till konkurrensen, dels också bidrar till att minska risken för osakliga hänsynstaganden.

Onormalt lågt anbud

LOU-direktivets och LUF-direktivets regler om onormalt lågt anbud har inte någon motsvarighet i LUK-direktivet. Detta har troligen främst att göra med svårigheterna att avgöra vad som kan anses onormalt lågt i förhållande till t.ex. en tjänst som en leverantör endast delvis tar betalt för från myndigheten för att i stället debitera dem som utnyttjar tjänsten. Särskilt tydligt kan ju detta bli i en situation där ersättningen över huvud taget inte belastar myndigheten till någon del, utan i stället enbart beror på

nyttjandet. Uppenbart är dock att leverantören har en kostnad, men tar hem den genom avgifter. Om ett sådant arrangemang i det enskilda fallet förefaller rimligt och genomförbart, bör det alltså kunna godtas. Vad som dock likväl skulle kunna läggas arrangementet till last är ifall myndigheten inges en misstanke om att det inte håller och alltså att koncessionen inte kan fullföljas av leverantören.

Enligt utredningens uppfattning torde det alltså vara möjligt för en myndighet eller enhet att, även i frånvaro av regler om onormalt låga anbud, avväga ett sådant nu exemplifierat anbud mot kravet på att koncessionen ska medföra allmänna ekonomiska fördelar för myndigheten. Om myndigheten anser sig kunna ifrågasätta en koncessionsstruktur ligger det nära till hands att anbudet inte ger några sådana fördelar "ur myndighetens synvinkel". Men frånvaron av särskilda regler om onormalt låga anbud innebär också att det saknas regler som undersökningsplikt m.m. Det torde dock vara en del av ett normalt förhållningssätt i affärsmässiga sammanhang att parterna i ett kommande avtal mer eller mindre formlöst tar upp sådana saker och diskuterar dem sinsemellan. Men om en sådan diskussion inte leder till att myndigheten övertygas torde myndigheten kunna avstå från anbudet med hänvisning till att man anser sig inte få några ekonomiska fördelar av anbudet.

Se vidare 13 kap. LUK jämte författningskommentaren i avsnitt 13.

8 Fullgörande av koncessioner

Utredningens förslag: Lagen ska innehålla bestämmelser om fullgörande av kontrakt som motsvarar de i LOU och LUF.

Skälen för utredningens förslag: I alla tre upphandlingsdirektiv finns artiklar som avser fullgörande av kontrakt och ändring och uppsägning av kontrakt.

För LUK-direktivets del anges bakgrunden till artiklarna i direktivets skäl 72 och 75–80. Artiklarna finns i direktivets avsnitt III, Bestämmelser om utförande av koncessioner. Avsnittet är indelat i underavsnitt genom underrubrikerna Anlitande av underleverantör (artikel 42), Ändringar av kontrakt under löptiden (artikel 43), Uppsägning av koncessioner (artikel 44) samt Övervakning och rapportering (artikel 45).

Artiklarna motsvarar i sak den reglering som finns i LOU-direktivet och LUF-direktivet, med endast redaktionella avvikelser. Angående artiklarna i LOU och LUF se SOU 2014:51 avsnitt 10.

I ett avseende är det dock fråga om en avvikelse som utredningen uppfattar som väsentlig. I LOU-direktivet återfinns reglerna i avdelning II, Bestämmelser om offentliga kontrakt och närmare bestämt i Kapitel IV, Villkor för fullgörande av kontrakt. Det kapitlet omfattar artiklarna 70–73. Artikel 70 har underrubriken Villkor för fullgörande av kontrakt och reglerar just sådana villkor. Artikeln föreslås genomförd genom 17 kap. 1 § i förslaget till LOU i Ds 2014:25. Såvitt utredningen kan bedöma hade också reglerna om upphandling av koncessioner varit betjänta av en motsvarande artikel. Då emellertid en sådan saknas i LUK-direktivet har utredningen funnit att den, i enlighet med den angivna arbetsmetoden för genomförandet, inte kan föreslå en sådan avvikelse från LUK-direktivet. Det kan dock antecknas att avvikelsen kanske inte är så

materiellt betydelsefull, eftersom det både i LOU-direktivet och LUK-direktivet finns bestämmelser som tydligt ålägger medlemsstaterna att se till att säkerställa att underleverantörer iakttar de skyldigheter som anges i artikel 18.2 (LOU-direktivet) respektive artikel 30.3 (LUK-direktivet). Därigenom säkerställs att underleverantörerna iakttar tillämpliga miljö-, social- och arbetsrättsliga villkor som fastställts i unionsrätten, nationell rätt, kollektivavtal eller i vissa internationella miljö-, social- och arbetsrättsliga bestämmelser.

Motsvarande skillnad finns beträffande LUF-direktivet, se artiklarna 87–90 i LUF-direktivet och 16 kap. LUF.

Utöver den skillnad som utredningen uppmärksammat ovan finns ytterligare en skillnad. Den har däremot en naturlig anledning och föranleder inte några särskilda överväganden. Skillnaden består av att det i artikel 71.7 i LOU-direktivet anges att *”Medlemsstaterna får införa strängare ansvarsregler enligt nationell rätt eller gå längre enligt nationell rätt om direktbetalning till leverantörer, exempelvis genom att föreskriva direktbetalning till underleverantörer utan att de behöver begära sådan direktbetalning.”* Den kursiverade texten saknas i LUK-direktivet, vilket har att göra med att betalning av koncessionerna utförs på ett annat sätt än mera gängse betalning när en vara m.m. levereras. I LUF-direktivet saknas också, av samma skäl, bestämmelser om direktbetalning.

Utredningen vill här också uppmärksamma en i det närmaste redaktionell skillnad direktiven emellan. I LOU-direktivet och LUF-direktivet hänvisas i artiklarna 73 c respektive 90 c till att det för en ändring av kontrakt krävs att EU-domstolen har fastställt ett visst missförhållande i enlighet med artikel 258 i EUF-fördraget. Den motsvarande artikeln i LUK-direktivet – artikel 44 c – har fått en tydligare utformning. Utredningen har därför valt att föreslå att artikel 44 c genomförs så direktivnära som möjligt. Därmed uppkommer alltså en skillnad i förhållande till motsvarande bestämmelser i förslagen till LOU och LUF, men någon ändring i sak uppkommer inte.

Utredningen har i sitt delbetänkande SOU 2014:51 redovisat sin analys och sina överväganden vad avser genomförandet av motsvarande bestämmelser i LOU-direktivet och LUF-direktivet. Utredningen hänvisar därför till avsnitt 10 och kommentaren till 95 § och följande paragrafer i avsnitt 14.1 i delbetänkandet

respektive kommentaren till motsvarande bestämmelser för LUF på s. 505 ff i delbetänkandet. Utredningens författningsförslag återfinns i 17 kap. LOU och 16 kap. LUF i departementspromemorian. Bestämmelserna i övrigt i de kapitlen behandlas i avsnitt 10 i Ds 2014:25 och i promemorians författningskommentarer.

Utredningens förslag till lagtext finns i 14 kap. LUK och kommenteras ytterligare i författningskommentaren i avsnitt 13.

9 Regler för det ej direktivstyrda området och för sociala tjänster och andra särskilda tjänster

9.1 Inledning

LUK-direktivet reglerar i likhet med LOU-direktivet och LUF-direktivet upphandlingar vars kontraktsvärden uppgår till minst det belopp (tröskelvärde) som fastställs av EU-lagstiftaren. Enligt artikel 8 i LUK-direktivet är direktivet tillämpligt vid tilldelning av koncessioner vars värden uppgår till minst 5 186 000 EUR. Upphandlingar som inte uppgår till detta belopp faller således utanför LUK-direktivets tillämpningsområde.

Såvitt gäller genomförandet av LOU-direktivet och LUF-direktivet har frågan om vilka regler som ska gälla för upphandlingar som understiger tillämpliga tröskelvärden lösts med en ordning som motsvarar den som finns i nuvarande lagar om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna. Den innebär att sådana upphandlingar inte är helt oreglerade. För dessa gäller i stället en begränsad uppsättning regler som har samlats i ett och samma kapitel (se 15 kap. i nuvarande LOU och LUF och 19 kap. i förslagen till LOU och LUF).

På samma sätt som LOU-direktivet och LUF-direktivet, medger LUK-direktivet dessutom att vissa närmare angivna tjänster – sociala tjänster och andra särskilda tjänster – upphandlas enligt färre regler än vad som tillåts för övriga tjänster. Vad gäller LOU-direktivet och LUF-direktivet har sådana tjänster föreslagits kunna upphandlas enligt i princip samma regler som de som gäller för upphandlingar vars värden inte överstiger tillämpliga tröskelvärden (se 2 kap. 1 § och 19 kap. LOU och LUF). Detta motsvarar

den ordning som gäller i dag för upphandling rörande s.k. B-tjänster enligt nuvarande 1 kap. 2 § och 15 kap. LOU och LUF.

Som framgått anser utredningen att det inte är något alternativ att i lagen om upphandling av koncessioner lämna området som rör upphandlingar vars värden understiger tröskelvärdet oreglerat (se avsnitt 5.2.5). Det ska sålunda i den nya lagen finnas ett kapitel med regler för det ej direktivstyrda området. Hur detta kapitel närmare bör utformas är bl.a. avhängigt huruvida upphandlingar vars värden inte överstiger tillämpligt tröskelvärde och upphandlingar av sociala tjänster och andra särskilda tjänster bör regleras i ett och samma kapitel efter mönster i de nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna eller genom någon annan lagteknisk lösning. Det finns därvid enligt utredningens mening anledning att särskilt uppmärksamma frågan hur handlingsutrymmet som LUK-direktivet lämnar för nationella regler bör utnyttjas.

9.2 Bör samma regler gälla för upphandlingar vars värden understiger tröskelvärdet och för upphandlingar som avser sociala tjänster eller andra särskilda tjänster?

Utredningens bedömning: För upphandlingar vars värden understiger tröskelvärdet och för upphandlingar som avser sociala tjänster eller andra särskilda tjänster bör i princip samma uppsättning regler gälla.

Skälen för utredningens bedömning: Som konstaterats ovan ska LUK innehålla bestämmelser som reglerar upphandlingar vars värden understiger tröskelvärdet. Bestämmelserna bör samlas i ett och samma kapitel.

Med ovanstående utgångspunkt för regleringen på det ej direktivstyrda området finns det anledning att hänvisa till utredningens resonemang i delbetänkandet när det gäller bestämmelser som rör upphandling av sociala tjänster eller andra särskilda tjänster. Av resonemanget (SOU 2014:51 s. 325–326) framgår att utredningen ansåg att regleringen i LOU och LUF skulle bli

mindre överskådlig om det inom ramarna för lagarna fanns fler än två olika regleringssystem.

Enligt utredningen bör man i fråga om LUK föra samma resonemang som i delbetänkandet. Det innebär att också i denna lag bör i princip samma regler gälla för upphandlingar vars värden understiger tröskelvärdet och för upphandlingar som avser sociala tjänster eller andra särskilda tjänster.

Med en sådana lagteknisk lösning handlar det om att hitta en rimlig regleringsnivå som tillgodoser de krav som följer av LUK-direktivet och EU-rätten i övrigt när det gäller upphandlingar vars värden understiger tröskelvärdet och upphandlingar som avser sociala tjänster eller andra särskilda tjänster. Tekniken innebär att regler som erfordras för ett korrekt genomförande av LUK-direktivets bestämmelser om sociala tjänster och andra särskilda tjänster kan bli tillämpliga på upphandlingar vars värden understiger tröskelvärdet och vice versa. Att det beträffande den ena eller andra typen av upphandling kommer att tillämpas regler som på någon punkt går utöver vad som erfordras enligt EU-rätten är något som kan accepteras för att undvika att skapa fler än två regleringssystem inom ramen för LUK.

Det kan här anmärkas att LUK-direktivet lämnar ett betydande handlingsutrymme för hur ovan berörda upphandlingar bör regleras i den nationella rätten. Det tycks således finnas goda möjligheter att vid genomförandet av LUK-direktivet formulera ändamålsenliga gemensamma bestämmelser för upphandlingar vars värden understiger tröskelvärdet och för upphandlingar som avser sociala tjänster eller andra särskilda tjänster. Hur detta handlingsutrymme bör utnyttjas återkommer utredningen till i avsnittet närmast nedan.

Sammanfattningsvis bedömer alltså utredningen att samma uppsättning regler i princip bör gälla för upphandlingar vars värden understiger tröskelvärdet och för upphandlingar som avser sociala tjänster eller andra särskilda tjänster.

9.3 Hur bör det nationella utrymmet utnyttjas vid genomförandet?

Utredningens förslag: För upphandlingar inom det ej direktivstyrda området eller som avser sociala tjänster eller andra särskilda tjänster ska ett enklare system med gemensamma bestämmelser gälla. I detta enklare system ska bestämmelserna som genomför artiklarna 31.2, 46 och 47 i LUK-direktivet om offentliggörande genom förhandsmeddelande och om rättsmedel gälla. För upphandlingar som avser sociala tjänster eller andra särskilda tjänster ska dessutom bestämmelserna som genomför artikel 32 i LUK-direktivet gälla. Bestämmelserna inom det enklare systemet ska dessutom ange att lagens bestämmelser om principer för upphandling av koncessioner ska tillämpas vid upphandling enligt systemet. Vidare ska regelsystemet innefatta bestämmelser om dokumentation, under rättelse, förvaring av handlingar och blandade kontrakt.

Det enklare systemet ska inte innehålla några särskilda bestämmelser om direktupphandling.

Skälen för utredningens förslag

Det ej direktivstyrda området

Av skäl 1 i LUK-direktivet framgår att de regler som ska gälla för upphandlingar av koncessioner bör regleras av en ”lämplig, balanserad och flexibel rättslig ram”. Det anges vidare i skäl 8 i LUK-direktivet att det för koncessioner som uppgår till eller överstiger ett visst värde är lämpligt att föreskriva en lägsta grad av samordning av förfarandena för tilldelning av sådana kontrakt i enlighet med EUF-fördragets principer. En sådan reglering syftar enligt skälet till att garantera att tilldelning av koncessioner öppnas för konkurrens och att skapa rättssäkerhet. Det betonas vidare att samordningsbestämmelserna inte bör gå utöver vad som är nödvändigt för att uppnå nyss nämnda syften och för att trygga ett visst mått av flexibilitet. Det anges avslutningsvis i skälet att medlemsstaterna bör få komplettera och vidareutveckla bestämmelserna om de anser det vara lämpligt, särskilt för att se till att

EUF-fördragets principer följs på ett bättre sätt. När det gäller möjligheterna för en upphandlande myndighet eller enhet att anpassa förfarandet för att tilldela en koncession bör även uttalandena i skäl 68 i LUK-direktivet nämnas. Där anges med hänvisning till koncessionernas särskilda karaktär bl.a. följande.

Om inte annat följer av detta direktiv och principerna om öppenhet och insyn samt likabehandling bör därför upphandlande myndigheter och upphandlande enheter ges avsevärd flexibilitet när det gäller att fastställa och organisera förfarandet för val av koncessionshavare. För att säkerställa likabehandling och öppenhet under hela tilldelningsförfarandet bör man emellertid fastställa grundläggande garantier i fråga om tilldelningsförfarandet, däribland information om koncessionens beskaffenhet och omfattning, begränsning av antalet anbudssökande, informationsspridning till anbudssökande och anbudsgivare samt tillgång till lämpliga dokument. Det krävs också regler om att de ursprungliga villkoren i koncessionsmeddelandet inte får frångås, för att förhindra orättvis behandling av potentiella anbudssökande.

Det framgår sålunda redan av skälen att även det område som omfattas av bestämmelserna om upphandling av koncessioner vars värden uppgår till eller överstiger tröskelvärdet förutsätter att upphandlande myndigheter och enheter ges möjlighet att anpassa förfarandet för varje enskild upphandling. Att en upphandlande myndighets utrymme att anpassa förfarandet vid upphandling förutsätts vara betydligt större enligt LUK-direktivet än vad det är vid upphandling enligt LOU-direktivet står klart.

Enligt utredningens mening får nämnda utrymme enligt LUK-direktivet också anses vara större än vid upphandling enligt LUF-direktivet. Visserligen kan diskuteras skillnaderna mellan hur möjligheterna att anpassa förfarandena beskrivs i ovan nämnda skäl i LUK-direktivet och skälen i LUF-direktivet (se framför allt skäl 2 och 92 i LUF-direktivet). Det står dock enligt utredningens mening klart vid en jämförelse mellan LUK-direktivets 55 artiklar och LUF-direktivets 110 artiklar, att en upphandlande myndighet eller enhet förutsätts ha ett betydligt större handlingsutrymme enligt LUK-direktivet än enligt LUF-direktivet.

Av det ovan anförda kan slutsatsen dras, att EU-lagstiftaren förutsätter att regleringen som gäller för upphandlingar vars värden uppgår till minst tröskelvärdet ska medge att upphandlande

myndigheter eller enheter i betydande mån anpassar förfarandet till förutsättningarna i varje enskild upphandling. Hur EU-lagstiftaren ser på handlingsutrymmet för myndigheter och enheter när det gäller upphandlingar vars värden uppgår till minst tröskelvärdet påverkar enligt utredningens mening också hur man bör se på behovet av lagreglering för upphandlingar som understiger tröskelvärdet. Utredningen anser därvid att någon annan slutsats inte bör dras än att varken LUK-direktivet eller EU-rätten i övrigt kräver något annat än ett minimum av regler för den sistnämnda typen av upphandlingar.

Sociala tjänster och andra särskilda tjänster

Utredningen har alltså ovan konstaterat att LUK-direktivet och EU-rätten i övrigt inte kräver några omfattande detaljregler för upphandlingar av koncessioner som understiger tröskelvärdet. Frågan blir då vad LUK-direktivet ställer för krav när det gäller upphandling av koncessioner som avser sociala tjänster eller andra särskilda tjänster.

Vad gäller sociala tjänster och andra särskilda tjänster, introduceras i skäl 36 i LUK-direktivet begreppet ”det enklare systemet”. När sedan dessa tjänster behandlas ytterligare i skälen, skäl 53 och 54, används dock inte begreppet. I stället beskrivs vilka moment i en upphandling av sådana tjänster som bör regleras i direktivet. Det förs vidare en argumentation till stöd för att upphandling av tjänsterna i fråga bör undantas från den fulla tillämpningen av direktivet och att det beträffande sådana upphandlingar bör gälla ett särskilt system. Beträffande införandet av ett sådant särskilt system, framhålls att det bör beaktas att förfarandet för att tilldela koncessioner har samordnats först i och med LUK-direktivet. I nämnda skäl betonas även vikten av att medlemsstaterna ges en stor frihet att organisera valet av tjänsteleverantör på det sätt som de finner lämpligast.

Det som EU-lagstiftaren har anfört i skälen har i artikeltexten resulterat i att sociala tjänster och andra särskilda tjänster regleras särskilt i en artikel, nämligen i artikel 19 i LUK-direktivet. I artikeln anges att med sociala tjänster och andra särskilda tjänster avses sådana tjänster som förtecknas i bilaga IV till direktivet.

Förutom att rubrikerna över respektive kolumn tycks ha kastats om i bilagan till LUK-direktivet finns det två skillnader mellan denna bilaga till direktivet och bilagorna till LOU-direktivet och LUF-direktivet (bilaga XIV till LOU-direktivet och bilaga XVII till LUF-direktivet).

Den ena skillnaden får enligt utredningen antas sakna betydelse. Beträffande hälsovård, socialtjänst och närbesläktade tjänster nämns särskilt CPV-koden 85143000-3 (ambulanstjänster) i bilagan till LUK-direktivet. Detta får dock anses sakna betydelse då den ingår i det intervall som nämns både närmast före koden i fråga (85000000-9–85323000-9) och i bilagorna till LOU-direktivet och LUF-direktivet.

Den andra skillnaden synes dock ha en materiell betydelse. I både LOU-direktivet och LUF-direktivet anges i bilagorna intervallet 92000000-1–92700000-8 beträffande tjänstebenämningarna administration inom socialtjänsten, utbildningsadministration, hälsovårdsförvaltning och administration avseende kultur. I LUK-direktivet har intervallet däremot delats upp i två olika intervaller, nämligen 92000000-1–92342200-2 och 92360000-2–92700000-8. Som sociala tjänster eller andra särskilda tjänster räknas enligt LUK-direktivet således inte tjänster med CPV-koderna 92350000-9–92352200-5 (spel- och vadhållningstjänster). Sådana tjänster ska dock, som framgått, räknas som sociala tjänster och andra särskilda tjänster enligt både LOU-direktivet och LUF-direktivet. Det kan här noteras att det nyss angivna intervallet i LUK-direktivet, spel och vadhållningstjänster, inrymmer lotteritjänster (92351100-7). Av artikel 10.9 i LUK-direktivet framgår att direktivet inte ska tillämpas på koncessioner som avser sådana tjänster. Det finns dock i LUK-direktivet inte något undantag som är knutet till övriga tjänster i intervallet spel- och vadhållningstjänster.

När det gäller frågan hur förfarandet vid upphandling av koncessioner som avser sociala tjänster eller andra särskilda tjänster bör te sig, anges i artikel 19 i LUK-direktivet att upphandling av sådana koncessioner ”endast omfattas av de skyldigheter som följer av artiklarna 31.3, 32, 46 och 47”.

Bestämmelserna i artiklarna 31.3 och 32 i LUK-direktivet innehåller bestämmelser om offentliggörande av förhandsmeddelanden och om meddelanden om koncessionstilldelning. Vad sådana meddelanden ska innehålla framgår av bilagorna VI och VIII

till direktivet. I fråga om förhandsmeddelanden framgår av artikel 31.3 i direktivet att upphandlande myndigheter eller enheter ska tillkännage sin avsikt att tilldela koncessioner för sociala tjänster eller andra särskilda tjänster genom ett offentliggörande av ett förhandsmeddelande (se även bilaga VI till direktivet). Vad avser meddelanden om koncessionstilldelning som gäller sociala tjänster eller andra särskilda tjänster, följer det av artikel 32 och av den artikel till vilken artikel 32 hänvisar, artikel 33, att sådana meddelanden kan samlas och sändas in kvartalsvis till EU:s publikationsbyrå (se även bilaga VIII till direktivet).

Värt att notera är att förhandsmeddelanden enligt artikel 31.3 i LUK-direktivet inte tycks omfattas av de regler om utformning och offentliggörande av meddelanden som finns i artikel 33 i direktivet. En sådan tolkning av artikel 33 i direktivet vinner enligt utredningen stöd av att varken begreppet ”förhandsmeddelanden” eller den för förhandsmeddelanden relevanta bilagan (bilaga VI till direktivet) nämns i artikeln.

När det gäller bestämmelser i andra artiklar i LUK-direktivet än de som berörts ovan, framgår det av artikel 19 i direktivet att dessa inte är tillämpliga. Detta följer av ordalagen i artikel 19. I artikeln anges ju att upphandlingar av sådana koncessioner som avses i artikeln ”ska endast omfattas av de skyldigheter som följer av artiklarna 31.3, 32, 46 och 47”. Det innebär bl.a. att direktivens bestämmelser om elektronisk tillgång till koncessionsdokument (artikel 34) och om offentliggörande av ändring av en koncession (artikel 43.1 andra stycket) inte är tillämpliga.

Bestämmelserna i artiklarna 46 och 47 i LUK-direktivet innebär att rättsmedelsdirektiven görs tillämpliga på tilldelning av koncessioner. Hur nämnda artiklar bör genomföras behandlas i avsnitt 10. Som framgår av avsnittet innebär artiklarna att det i LUK ska finnas ett kapitel med bestämmelser om avtalsspärr, överprövning och skadestånd och ett kapitel med bestämmelser om upphandlingsskadeavgift (16 och 17 kap.). Kapitlena motsvarar 20 och 21 kap. i LOU och LUF.

Samma bestämmelser för det ej direktivstyrda området och för sociala tjänster och andra särskilda tjänster

Som framgått ställer alltså LUK-direktivet inte några mer omfattande krav på detaljregler när det gäller upphandling av koncessioner vars värden understiger tröskelvärdet eller som avser sociala tjänster eller andra särskilda tjänster. De krav på offentliggörande genom förhandsmeddelande och på tillgång till rättsmedel som följer av reglerna om sociala tjänster och andra särskilda tjänster, kan enligt utredningens mening även tillämpas på upphandlingar som understiger tröskelvärdet. För upphandlingar inom det ej direktivstyrda området eller som avser sociala tjänster eller andra särskilda tjänster bör sålunda gälla samma bestämmelser om offentliggörande genom förhandsmeddelande (artikel 31.3 i och bilaga VI till LUK-direktivet) och om rättsmedel (artiklarna 46 och 47 i LUK-direktivet). I likhet med vad utredningen ansett beträffande det i direktivet använda begreppet ”koncessionsmeddelande” (se avsnitt 7.6) anser utredningen att även begreppet ”förhandsmeddelande” bör användas i den svenska lagtexten.

Skyldigheten i artikel 32 att meddela EU-kommissionen om koncessionstilldelningar bör enbart gälla upphandlingar som avser sociala tjänster eller andra särskilda tjänster och vars värden uppgår till minst tröskelvärdet.

Att bestämmelserna beträffande de ovan berörda upphandlingarna inte blir särskilt detaljrika innebär dock inte att området i övrigt ska vara oregrerat. De från EUF-fördraget härledda principerna och som kommer till uttryck i skäl 4 och artikel 3.1 i LUK-direktivet bör nämligen göras tillämpliga på samtliga sådana upphandlingar. Detta görs lagtekniskt lämpligast genom att det nu aktuella enklare systemet tillförs regler som motsvarar de som i lagen har samlats under rubriken principer för upphandling av koncessioner (se 4 kap. 1–4 §§ LUK). Det framstår därvid enligt utredningen som lämpligt att låta nu aktuella upphandlingar även omfattas av bestämmelser om miljöhänsyn och sociala hänsyn och om miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter (jfr 4 kap. 3 och 4 §§ LUK).

Det är vidare angeläget att reglerna om blandade kontrakt görs tillämpliga också i det enklare systemet eftersom annars en inkonsekvens hade uppkommit, se avsnitt 5.4.

Det är dock inte tillräckligt att det enklare systemet enbart innehåller sådana bestämmelser som har berörts ovan. Enligt utredningens mening förutsätter nämligen bestämmelserna om rättsmedel (se 16 och 17 kap. i lagförslaget) att det finns uttryckliga bestämmelser om dokumentation, underrättelse och förvaring av handlingar i LUK. Systemet bör därför tillföras sådana bestämmelser. Bestämmelserna bör enligt utredningens mening kunna utformas med motsvarande bestämmelser i LOU och LUF som förebilder (se 19 kap. 26 § första stycket, 27 och 28 §§ LOU och 19 kap. 27 § första stycket, 28 och 29 §§ LUF).

Direktupphandling

När det gäller behovet av bestämmelser om direktupphandling för nu aktuella typer av upphandlingar, finns det enligt utredningens mening anledning att framhålla regleringsnivån beträffande upphandlingarna i fråga. Som framgått kommer det att röra sig om enbart ett fåtal detaljbestämmelser. Behovet av särskilda bestämmelser om direktupphandling framstår därför som högst begränsat. Enligt utredningens mening kan ett krav på offentliggörande genom förhandsmeddelande knappast vara ett betungande krav för en upphandlande myndighet eller enhet oaktat det rör som en upphandling vars värde är lågt.

Det kan också antecknas att en beloppsgräns på viss nivå kombinerad med en dokumentationsskyldighet på en lägre nivå är en ordning som passar mindre väl för ett system med så få detaljregler som det nu aktuella. Ordningen enligt 15 kap. 3 och 18 §§ i nuvarande LOU och LUF och enligt 19 kap. 6 och 26 §§ och 19 kap. 7 och 27 §§ i föreslagna LOU och LUF är sålunda en ordning som svårigen låter sig anpassas till det enklare system av bestämmelser som utredningen förordar.

Sammanfattningsvis bör det alltså inte finnas några särskilda regler om direktupphandling i LUK. Om en upphandlande myndighet eller enhet önskar tillämpa särskilda direktupphandlingsregler, är den hänvisad till att utforma kontraktet så att det inte faller inom tillämpningsområdet för LUK utan enbart inom tillämpningsområdet för LOU, LUF eller LUFs.

10 Rättsmedel, tillsyn och övervakning

Utredningens förslag: I lagen ska införas bestämmelser om överprövning m.m. som motsvarar de i LOU och LUF.

I lagen ska även finnas motsvarande uppgiftsskyldighet som i LOU och LUF samt också en upplysning om att regeringen kan meddela verkställighetsföreskrifter om upplysningsskyldigheten såvitt avser statistikinsamling.

Skälen för utredningens förslag

Bakgrund

LUK-direktivet innebär att ett område inom upphandlingen som hittills inte reglerats i sekundärrätten nu får en sådan reglering. I sekundärrätten finns också särskilda rättsmedel, som för upphandlingens del befinner sig i två direktiv, ett för den klassiska sektorn, ett för försörjningssektorn. I nuvarande 16–18 kap. LOU och LUF finns regler som dels genomför rättsmedelsdirektiven, dels innefattar regler om tillsyn m.m.

I LUK-direktivets skäl 81 anges att de nu nämnda rättsmedelsdirektiven ska gälla också för tjänste- och byggkoncessioner som tilldelas av upphandlande myndigheter eller enheter. Anledningen till detta anges vara att säkerställa ett lämpligt rättsligt skydd för anbudssökande och –givare i koncessionstilldelningsförfarandet och att säkerställa en effektiv kontroll av att detta direktiv och principerna i EUF-fördraget efterlevs. I skäl 83 anges vidare att medlemsstaterna konsekvent och systematiskt ska övervaka hur reglerna om tilldelning av koncessioner genomförs och fungerar, för att säkerställa att unionsrätten tillämpas effektivt och enhetligt.

Dessa nu citerade skäl utgör grunden för LUK-direktivets avdelning IV, som innehåller artiklarna 46 och 47. Dessa artiklar innehåller ändringar av berörda artiklar i respektive rättsmedelsdirektiv. Ändringarna utgör följdändringar och innebär att de båda rättsmedelsdirektiven blir tillämpliga också för upphandling av bygg- och tjänstekoncessioner.

De regler om överprövning m.m. som i dag återfinns i 16–18 kap. i nuvarande LOU och LUF har föreslagits få sina motsvarigheter i 20–22 kap. i föreslagna LOU och LUF. Inget av de nya upphandlingsdirektiven innefattar någon ändring i sak av rättsmedelsdirektiven. Dessa har relativt nyss varit föremål för en översyn vilken i sin tur resulterade i nya rättsmedel och ändringar av då gällande rättsmedel. Bland nyheterna kan upphandlings-skadeavgiften nämnas och möjligheten till ogiltigförklaring av ett ingånget avtal. Reglerna infördes genom ändringar år 2010, SFS 2010:571 respektive 2010:572. Förarbetena utgjordes av bl.a. prop. 2009/10:180. I avsnitt 4.5 i den propositionen anges följande.

4.5 Rättsmedel

Överprövning – under pågående upphandling

Överprövning enligt LOU och LUF kan ske av samtliga beslut under upphandlingsprocessen. Enligt 16 kap. 1 § första stycket LOU och LUF får en leverantör som anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada enligt 2 § hos allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärder enligt den paragrafen. Ansökan görs enligt 16 kap. 3 § LOU respektive 16 kap. 4 § LUF, hos den förvaltningsrätt i vars domkrets den upphandlande myndigheten eller enheten har sitt hemvist. Av 16 kap. 1 § andra och tredje styckena LOU och LUF framgår att domstolen inte får pröva en ansökan om överprövning efter en viss tidpunkt. Vid direktupphandling får en ansökan inte prövas efter den tidpunkt då det finns ett avtal om upphandlingen. Vid tillämpning av ett annat upphandlingsförfarande får en ansökan som huvudregel inte prövas efter den tidpunkt då det finns ett kontrakt. Att bestämmelserna skiljer sig åt i detta hänseende beror på att det vid direktupphandlingar inte finns något krav på upphandlingskontrakt och ett avtal kan därför vara slutet även om det inte finns något skriftligt undertecknat avtal (prop. 2001/02:142 s. 100). En ansökan som gäller annan upphandling än direktupphandling får dock prövas till dess att tio dagar gått från det att den upphandlande myndigheten eller enheten lämnat underrättelse om tilldelningsbeslut eller beslut om att sluta ramavtal eller rätten, om den har fattat ett interimistiskt beslut, upphävt det beslutet. Från denna s.k. tiodagarsregel görs i 16 kap. 1 § fjärde stycket LOU och LUF vissa undantag.

Om den upphandlande myndigheten eller enheten har brutit mot någon bestämmelse och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten enligt 16 kap. 2 § första stycket LOU och LUF besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Av RÅ 2005 ref. 47 framgår att domstolen ska välja vilken av dessa åtgärder som ska vidtas oavsett hur yrkandet utformats. I det refererade målet yrkade en leverantör att upphandlingen skulle göras om men Regeringsrätten beslutade om rättelse. Domstolen är således inte bunden av vilken åtgärd som yrkas.

Även om en rättelse kan avse olika delar av förfarandet innebär ett avgörande om rättelse normalt att den upphandlande myndigheten eller enheten måste fatta ett nytt tilldelningsbeslut.

Inom försörjningssektorerna får rätten enligt 16 kap. 2 § första stycket LUF förbjuda den upphandlande enheten vid vite att fortsätta upphandlingen utan att avhjälpa bristerna.

Enligt 16 kap. 4 § LOU och 16 kap. 5 § LUF får ett beslut som respektive lag är tillämplig på inte överklagas med stöd av kommunallagen (1991:900).

Skadestånd – efter avslutad upphandling

En upphandlande myndighet eller enhet som inte följt bestämmelserna i LOU eller LUF ska, enligt 16 kap. 5 § LOU och 16 kap. 6 § LUF, ersätta därigenom uppkommen skada för en leverantör.

En anbudssökande eller anbudsgivare som har deltagit i en upphandling är, enligt 16 kap. 7 § LUF, berättigad till ersättning för kostnader för att förbereda anbud och i övrigt delta i upphandlingen, om åsidosättandet av bestämmelserna i LUF menligt har påverkat möjligheterna att tilldelas kontraktet. Högsta domstolen har bedömt storleken av skadestånd vid brott mot [1992 års LOU] och uttalat sig om vad som bör gälla vid skadestånd dels på grund av fel vid en genomförd upphandling, dels när beställaren inte infordrat något anbud (NJA 2007 s. 349). Av 16 kap. 6 § LOU och 16 kap. 8 § LUF framgår att talan om skadestånd ska väckas vid allmän domstol inom ett år.

Tillsyn

Konkurrensverket utövar tillsyn över den offentliga upphandlingen. Konkurrensverket får hämta in alla nödvändiga upplysningar från upphandlande myndigheter eller enheter och dessa är skyldiga att tillhandahålla de upplysningar som tillsynsmyndigheten begär för sin tillsyn (16 kap. 7 och 8 §§ LOU respektive 16 kap. 9 och 10 §§ LUF).

Granskning och medling enligt LUF

I 16 kap. 11 § LUF finns bestämmelser om oberoende granskning av upphandlingsrutiner på begäran av en upphandlande enhet. Bestämmelser om ett särskilt medlingsförfarande för försörjnings-sektorerna finns i 16 kap. 12–14 §§ LUF.

I avsnitt 5.1 i samma proposition anges vidare följande.

5.1 Inledning

Det finns två rättsmedelsdirektiv som syftar till att säkerställa efterlevanden av upphandlingsreglerna. Det första direktivet avser upphandling inom den klassiska sektorn – rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten (första rättsmedelsdirektivet). Det andra avser upphandling inom försörjningssektorerna – rådets direktiv 92/13/EEG av den 25 februari 1992 om samordning av lagar och andra författningar om gemenskapsregler om upphandlingsförfaranden tillämpade av företag och verk inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna (andra rättsmedelsdirektivet).

Rättsmedelsdirektiven har genomförts i svensk rätt genom bestämmelserna om överprövning m.m. som finns i 16 kap. LOU och 16 kap. LUF. Sedan genomförandet av direktiven har bestämmelserna i svensk rätt ändrats vid ett flertal tillfällen, bl.a. på grund av utvecklingen av EU-domstolens praxis. Ett direktiv om ändring av de båda rättsmedelsdirektiven har beslutats. Detta direktiv, Europaparlamentets och rådets direktiv 2007/66/EG av den 11 december 2007 om ändring av rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG vad gäller effektivare förfaranden för prövning av offentlig upphandling (ändringsdirektivet), skulle ha varit genomfört i svensk rätt senast den 20 december 2009.

Det övergripande syftet med ändringsdirektivet är att komma till rätta med två väsentliga problem. Det första problemet är att en upphandlande myndighet eller enhet skyndar sig att teckna ett upphandlingskontrakt, dvs. ingår avtal för att på så sätt stänga möjligheten till överprövning ("race to signature"). Genom ändringsdirektivet införs bestämmelser som innebär att upphandlande myndigheter och enheter förbjuds att ingå avtal inom en viss tid efter det att underrättelse om tilldelningsbeslutet har skickats till berörda anbudssökande och anbudsgivare (avtalsspärr). Det andra problemet är att det saknas effektiva rättsmedel mot otillåtna direktupphandlingar av kontrakt, dvs. upphandlingar som sker utan vederbörlig annonsering. För att komma till rätta med detta införs bestämmelser om ogiltighet av avtal som påföljd vid otillåten direktupphandling.

Ändringsdirektivet är uppbyggt på så sätt att det har ett antal gemensamma beaktandesatser som följs av ändringar i respektive rättsmedelsdirektiv. Ändringarna är sakligt sett i allt väsentligt desamma i

båda rättsmedelsdirektiven. Vissa ändringar görs i befintliga artiklar, men de viktigaste förändringarna görs genom att sex nya artiklar, 2a–2f införs i båda rättsmedelsdirektiven. För det fall inget annat anges avser ändringarna i det följande – även när endast en artikel anges – båda rättsmedelsdirektiven.

Rättsmedel för koncessionsupphandling

LUK-direktivet är entydigt och skälen är tydliga. För att säkra effektivitet och tillsyn över den nya upphandling som regleras i LUK-direktivet och därmed i LUK ska rättsmedel m.m. införas. De befintliga rättsmedelsdirektiven görs tillämpliga på koncessionsupphandling endast genom att rättsmedelsdirektiven följdändras genom hänvisningar till LUK-direktivet.

En naturlig följd av en sådan hänvisningsteknik är att de nationella reglerna för överprövning m.m. som i dag finns i LOU och LUF görs tillämpliga också för koncessionsupphandling.

Tillsyn

Det är en angelägen del av tillsynen på upphandlingsområdet att tillsynsmyndigheten har möjlighet att skaffa sig de uppgifter och upplysningar den behöver för att fullgöra sitt uppdrag. I LOU-direktivet och LUF-direktivet anges tämligen utförligt vad som förväntas av en medlemsstat i detta hänseende. Utredningen har diskuterat de frågorna i delbetänkandet, SOU 2014:51 avsnitt 12. De bedömningar som görs där äger i sak motsvarande relevans också i förhållande till LUK-direktivet, som dock innehåller färre regler med betydligt lägre detaljeringsgrad.

Motiven anges i skäl 83 som endast säger att medlemsstaterna konsekvent och systematiskt ska övervaka hur reglerna för tilldelning av koncessioner genomförs och fungerar, för att säkerställa att unionsrätten tillämpas effektivt och enhetligt. I direktivet återfinns bestämmelserna i artikel 45, men det är fråga om en endast rudimentär reglering. Det överlämnas alltså åt medlemsstaterna att själva avgöra hur och på vilket sätt övervakningen bör genomföras, både i syfte att staten själv får ett instrument att använda för att bedöma hur resurser bör allokeras till upphandlingen inom landet, men också för att kunna förse kommissionen med de

uppgifter den behöver för sin övervakning. Såvitt utredningen kan bedöma bör bestämmelserna om tillsyn och om tillsynsmyndighetens befogenheter utformas på samma sätt som beträffande LOU och LUF.

Statistikinsamling

Frågan om statistikinsamling är inte reglerad eller annars omnämnd i något av upphandlingsdirektiven. Den togs däremot upp av Upphandlingsutredningen 2010 i betänkandet SOU 2013:12 Goda affärer – en strategi för hållbar offentlig upphandling. Upphandlingsutredningens förslag har tagits om hand i departementspromemorian, Ds 2014:25 avsnitt 22.2. I det avsnittet görs bedömningen att det i LOU och LUF ska införas en skyldighet för den upphandlande myndigheten eller enheten att lämna uppgift om den totala summan av de utbetalningar som gjorts under ett år enligt kontrakt som upphandlats enligt de nya reglerna. En sådan bestämmelse föreslås alltså i LOU och LUF. I promemorian föreslås också att det ska införas en bestämmelse som innehåller upplysning om att regeringen eller den myndighet som regeringen bestämmer kan meddela verkställighetsföreskrifter om uppgiftsskyldigheten.

Utredningen kan inte se annat än att en motsvarande bestämmelse angående insamling av statistik bör införas också vad avser koncessioner. Det är uppenbart att sådan statistik är lika angelägen inom det området som den bedömts vara inom andra upphandlingsområden. En svårighet är dock att med någorlunda precision avgöra vilka uppgifter som kan vara relevanta i detta perspektiv. Svårigheterna har att göra med att en koncessions värde inte låter sig entydigt bestämmas. Man kan visserligen tänka sig att utgå från myndigheten utbetalningar. Men just på grund av koncessionens särart är ju en myndighets egen kostnad inte nödvändigtvis en relevant indikation på en koncessions värde. Men å andra sidan kan ju en statistik avseende nettokostnaden för den offentliga sektorn likväl vara av värde.

Denna och liknande svårigheter bör ankomma på den fortsatta beredningen av lagstiftningsärendet att analysera. Det framgår nämligen av departementspromemorian (Ds 2014:25 s. 546) att frågan om vilken myndighet som kommer att ansvara för den

nationella upphandlingsstatistiken kommer att beredas i särskild ordning. Det förefaller lämpligt att detaljföreskrifter avseende vilka statistiska uppgifter som bör samlas in utreds i det sammanhanget.

Utredningen har därför utfört sitt förslag i detta hänseende på motsvarande sätt som i förslagen till LOU och LUF. Utredningens förslag finns i 18 kap. 1–5 §§ LUK såvitt avser tillsynmyndighetens möjligheter att samla och erhålla sådana uppgifter som avser tillsynsfunktionen. I 18 kap. 6 § LUK finns den bestämmelse som avser statistikinsamling. Utredningen har valt att föreslå att myndigheten eller enheten ska uppge den totala summan av de utbetalningar den gjort under året. Den bestämmelsen ligger närmast de motsvarande bestämmelserna i LOU och LUF. Men på ovan angivna skäl är det lämpligt att det i den fortsatta beredningen närmare utreds vilka närmare uppgifter som den ansvariga statistikmyndigheten anser sig behöva för att kunna producera vederhäftig och relevant statistik inom upphandlingsområdet. En möjlig väg att gå vad gäller koncessioner är att hämta ledning från de olika metoder för beräkning av tröskelvärdet som anvisas i direktivet och som utredningen förslår ska genomföras genom 5 kap. LUK.

11 Följdändringar

11.1 Hänvisningar till lagen om upphandling av koncessioner

Utredningens förslag: Några av de författningar som föreslås följdändrade i departementspromemorian ska kompletteras med en hänvisning också till LUK.
--

Skälen för utredningens förslag

Det är nödvändigt att det i förekommande fall görs en hänvisning också till LUK i de olika författningar där fråga om upphandling av en koncession kan uppkomma.

Som tidigare angetts i detta betänkande har utredningen avstått från att genom självständiga författningsförslag föreslå de ändringar i andra författningar som beror på att LUK införs.

Det är i de flesta fall fråga om endast att hänvisningar ska göras till LUK i de lagar där hänvisningar i dag görs till LOU och LUF. I Ds 2014:25 har sådana följdändringsförslag utförts med anledning av de föreslagna LOU och LUF, under promemorians rubrik Lagtext. Utredningen kommer i det följande att hänföra sig till de förslagen i den mån de är tillämpliga även i fråga om LUK och kommer i förekommande fall föreslå att de ändringar som anges i departementspromemorian tillförs också en hänvisning till LUK.

Departementspromemorians förslag till ändringar i författningar som berörs av LUK

1. *Lagen (1971:289) om allmänna förvaltningsdomstolar (1.3 i Ds 2014:25)*
 - 18 § punkt 5 ska tillföras en hänvisning till lagen (0000:000) om upphandling av koncessioner.
2. *Lagen (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet (1.4 i Ds 2014:25)*
 - 39 § andra stycket ska tillföras en hänvisning till lagen (0000:000) om upphandling av koncessioner och ytterligare en strecksats av följande lydelse: ”– 11 kap. 4 § lagen om upphandling av koncessioner.”

Det kan här antecknas att utredningen inte föreslår någon hänvisning till det kapitel som gäller det inte direktivstyrda området, dvs. 15 kap. LUK. Detta har delvis sin grund i att utredningen inte föreslår direktupphandlingsregler som motsvarar reglerna i LOU och LUF. Men grunden för ställningstagandet står också delvis att finna i ordalydelsen av 39 §. Där hänvisas till ”de omständigheter som anges i” angivna lagrum. Det är utredningens uppfattning att det i en sådan situation inte behövs någon hänvisning till båda de i det närmaste likalydande lagrum där dessa omständigheter återfinns. Det bör vara tillräckligt att det görs en hänvisning till endast en av de paragrafer där omständigheterna anges. Därigenom lämnar ju 39 § tillräcklig upplysning om vad slags omständigheter som ska förklaras, dvs. oavsett om upphandlingen är direktivstyrd eller ej eller om den avser vissa sociala tjänster m.m.

- 40 § första stycket ska tillföras ytterligare en strecksats av följande lydelse: ”– 11 kap. 4 § lagen om upphandling av koncessioner.”
3. *Kulturmiljölagen (1988:950) (1.5 i Ds 2014:25)*
 - 2 kap. 11 § andra stycket och 13 § andra stycket ska tillföras en hänvisning till lagen (0000:000) om upphandling av koncessioner.
 4. *Offentlighets- och sekretesslagen (2009:400) (1.10 i Ds 2014:25)*
 - 31 kap. 3 § ska tillföras en hänvisning till lagen (0000:000) om upphandling av koncessioner.

I departementspromemorian föreslås en följdändring också vad avser sekretess vid elektroniska auktioner enligt LOU och LUF. Eftersom sådana auktioner som avses där inte förekommer i LUK behövs ingen följdändring av 19 kap. 3 §.

5. *Lagen (2010:1350) om uppgiftsskyldighet i fråga om marknads- och konkurrensförhållanden (1.13 i Ds 2014:25)*
– 2 § 2 och 4 § ska tillföras en hänvisning till lagen (0000:000) om upphandling av koncessioner.
6. *Lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet (1.16 i Ds 2014:25)*
– 1 kap. 3 § ska tillföras en hänvisning till lagen (0000:000) om upphandling av koncessioner.

Departementspromemorians förslag till ändringar i författningar som inte berörs av LUK

I avsnittet närmast ovan har utredningen föreslagit att vissa av de följdändringsförslag som lagts fram i departementspromemorian ska kompletteras med en hänvisning också till LUK. Dessa följdändringar avser dock endast vissa av de förslag som finns i promemorian.

I avsnitt 5.2.1 har utredningen för sin del satt i fråga hur LUK-direktivet förhåller sig till valfrihetssystem. Utredningen har därvid antecknat att frågan för närvarande utreds inom regeringskansliet. Utredningen avstår därför från att lägga fram förslag till ändringar i lagen (2008:962) om valfrihetssystem och till lagen anslutna författningar dvs. lagen (2010:197) om etableringsinsatser för vissa nyanlända invandrare och för lagen (2013:311) om valfrihetssystem i fråga om tjänster för elektronisk identifiering. Vad gäller de övriga förslagen finner utredningen att författningarna i fråga inte blir tillämpliga för upphandling av koncessioner. Såvitt utredningen bedömt kommer alltså upphandling av koncessioner inte i fråga vid tillämpning av lagen (1993:1651) om läkarvårdsersättning och lagen (1993:1652) om ersättning för fysioterapi.

6 kap. 4 § lagen (2009:47) om vissa kommunala befogenheter avser inköpscentraler och är därmed inte tillämplig för upphandling med stöd av LUK.

På grund av att LUK avser koncessioner kan upphandling av bilar inte omfattas av LUK. Därför och då LUK också innehåller ett undantag för kollektivtrafik i 3 kap. 10 § kan det inte bli aktuellt att hänvisa dit i lagen (2010:1065) om kollektivtrafik eller i lagen (2011:846) om miljökrav vid upphandling av bilar och vissa kollektivtrafiktjänster.

Varken bygg- eller tjänstekoncessioner avses i lagen (2011:721) om märkning av energirelaterade produkter. Någon följdändring i den lagen behövs alltså inte.

11.2 Föreskrifter i förordning

Utredningens bedömning: På grund av att det är fråga om ett omfattande lagstiftningsärende, som LUK är endast en del av, är det inte ändamålsenligt att särskilt utföra följdändringar i förordning endast avseende LUK. Föreskrifter avseende förordning bör därför tas upp i ett annat sammanhang.

Skälen för utredningens bedömning: Genom förslaget i detta slutbetänkande och förslagen i delbetänkandet och departementspromemorian föreligger ett komplett ”paket” i fråga om de nya upphandlingslagar som enligt förslagen ska träda i kraft den 1 april 2016.

Det är alltså fråga om ett i sina detaljer omfattande projekt som uppenbart föranleder följdändringar också i den till dagens regler anslutande upphandlingsförordningen (2011:1040) och då särskilt bestämmelserna om annonsering i den förordningen. Den är uppbyggd så att den huvudsakligen kan sägas precisera innehållet i upphandlingslagarna och alltså till sin utformning är helt beroende av dessa.

Motsvarande kan sägas gälla för kommissionens genomförandeförordning (EU) nr 842/2011 om fastställande av standardformulär för offentliggörande av meddelanden om offentlig upphandling, och om upphävande av förordning (EG) nr 1564/2005. Detta dokument består av standardformulär för alla de olika offentliggöranden som ska göras enligt gällande direktiv och innefattar format för annonserna i fråga. Men dokumentet innehåller också

materiellt bundna uppgifter om vad respektive offentliggörande ska innehålla.

Således kan konstateras att både den svenska förordningen från år 2011 och genomförandeförordningen måste uppdateras så att de motsvarar innehållet i de nya upphandlingslagarna respektive de nya upphandlingsdirektiven. Ett sådant uppdateringsarbete bör utföras i det större sammanhang som erbjuds under det fortsatta arbetet, såväl nationellt som på EU-nivå.

12 Konsekvenser

Utredningens bedömning: De nya reglerna om koncessionsupphandling kan antas öka användningen av sådan upphandling och därmed också effektivisera den. Förslagen kan antas påverka förtroendet hos leverantörerna för sådan upphandling i gynnande riktning, inte minst på grund av detaljerade regler om möjligheten till överprövning och om tillsyn m.m.

Antalet mål i domstolarna kan förväntas öka till följd av förslagen. Förslagen kan också förväntas leda till ökade kostnader hos Konkurrensverket. Då kostnadsökningarna dock bedöms vara marginella får dessa rymmas inom befintliga budgetramar.

Förslagen bör sammantaget inte leda till ökade kostnader för staten i övrigt eller för kommunerna och inte heller för företagen.

Skälen för utredningens bedömning: Inledningsvis hänvisar utredningen till avsnitten om konsekvenser i delbetänkandet och departementspromemorian (SOU 2014:51 avsnitt 13 och Ds 2014:25 avsnitt 27). Den analys som görs där är i huvudsak tillämplig också beträffande det förslag som nu läggs fram i slutbetänkandet.

Dock kan vissa särskilda omständigheter lyftas fram. Den främsta av dessa anser utredningen vara att det är fråga om en reglering av ett område som hittills varit i huvudsak oreglerat dock att EUF-fördragets allmänna principer alltid ansetts gälla också för de annars oreglerade tjänstekoncessionerna, åtminstone de av gränsöverskridande slag. Vad avser byggkoncessioner har det också tidigare funnits en viss reglering i direktiv, låt vara att det varit fråga om endast grundläggande krav på en sådan upphandling.

Genom det lagförslag som nu läggs fram slås vissa grundregler fast och anges vissa tämligen konkreta riktlinjer för hur en upphandling av koncessioner ska gå till. Unionslagstiftaren har inte detaljreglerat förfarandet i samma utsträckning som man gjort beträffande annan upphandling. Således innehåller utredningens lagförslag inte några detaljregler. Det överlämnas i stället i hög grad till den upphandlande myndigheten eller enheten att själv bestämma upphandlingsförfarandet, med iakttagande av vissa grundläggande principer och vissa grundläggande skyldigheter m.m. Utredningen avser här särskilt reglerna om annonsering, uteslutning av leverantörer och val av leverantörer.

Regler av nyss nämnt slag får antas innebära att leverantörernas förtroende för det slagets upphandling ökar och att således intresset för att lämna anbud också ökar. Från upphandlarnas horisont kan förutsättas att man inte avskräcks av de nya reglerna och av det skälet avhåller sig från att upphandla genom koncessioner. Tvärtom ger ju dessa regler en betydande rörelsefrihet för upphandlarna att välja och utforma förfarandet på ett sätt som rimligen bör underlätta användandet av koncessioner som ett alternativ för anskaffning. Leverantörerna kan förväntas få ett ökat förtroende för upphandlingen också eftersom koncessionsupphandlingen tillförts samma regler för överprövning m.m. som tidigare gällt för annan upphandling. Tillsynsmyndigheten får nu ett tydligt mandat att utöva tillsyn över också dessa upphandlingar. Till frågan om förtroende för upphandling och dess effektivitet hör också den preventiva effekt som reglerna om upphandlings-skadeavgift m.m. är avsedda att ha.

Sammantaget bedömer utredningen att dessa omständigheter ger fog för antagandet att koncessionsupphandling kommer att effektiviseras och således att leda till kostnadsminskningar. Å andra sidan innefattar reglerna en viss ytterligare administrativ pålaga för upphandlande myndigheter och enheter för att genomföra en upphandling och avsluta den t.ex. genom krav på annonsering. På samma sätt kan tänkas att leverantörerna får vidkännas en viss belastning genom de i praktiken ökade kraven på anbudens utformning m.m. i förhållande till den i princip oreglerade situation som gäller i dag. Samtidigt bör de positiva konsekvenserna kunna uppväga den ytterligare administrationen, särskilt med tanke på reglernas flexibilitet.

Som framgått innebär genomförandet av LUK-direktivet att den ordning med rättsmedel som är tillämplig vid offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna också blir tillämplig vid upphandling av koncessioner. Rätten att anlita dessa rättsmedel även vid upphandling av koncessioner är alltså en nyhet i svensk rätt. Då regleringen innebär att de ”traditionella” upphandlingsrättsliga rättsmedlen kan anlitas beträffande koncessioner, kan också en ökning av antalet mål hos domstolarna, framförallt hos de allmänna förvaltningsdomstolarna, förutses med anledning av lagen om upphandling av koncessioner.

En utgångspunkt för bedömningen av ökningen är antalet upphandlingar som i dag genomförs genom tilldelning av tjänstekoncessioner. Såvitt utredningen har erfarit är tjänstekoncessioner inte någon särskilt vanlig kontraktstyp när upphandlande myndigheter och enheter upphandlar i dag. Att det i absoluta tal rör sig om en relativt sällan förekommande kontraktstyp vinner stöd i den rapport om tjänstekoncessioner som Konkurrensverket presenterade i maj 2012¹.

När det gäller hur stor ökningen av antalet mål kan förväntas bli, kan vidare antecknas att, i den utsträckning det rör sig om växling från andra typer av upphandlingskontrakt till koncessioner, det sammantaget inte blir fråga om någon ökning av antalet mål. De upphandlingar som utgör byggkoncessioner i dag innebär inte heller att antalet mål ökar, då sådana upphandlingar redan i dag omfattas av upphandlingsregleringen. Vidare ska även beaktas att vissa mål i allmän förvaltningsdomstol redan i dag avser tjänstekoncessioner där frågan i målet gäller huruvida det rör sig om upphandling av tjänstekoncessioner som är undantagna från regelverkets tillämpningsområde.

I vilken utsträckning lagens rättsmedel kan komma att anlitas när upphandling sker genom tilldelning av koncessioner kan enligt utredningen bedömas i ljuset av den statistik som rör offentlig upphandling. Det framstår sålunda som rimligt att utgå ifrån att

¹ Tjänstekoncessioner: när, var, hur?, Konkurrensverket, Stockholm, 2012
http://www.konkurrensverket.se/upload/Filer/Trycksaker/Rapporter/rapport_2012-4.pdf, avsnitten 1.2, 4 och 7

cirka 7 procent av upphandlingarna av koncessioner kan komma att överprövas².

Sammantaget bedömer utredningen att den nettoökning av antalet mål som kan förutses är av marginell betydelse och att eventuella kostnadsökningar ryms inom befintliga budgetramar.

Som framgått kommer även Konkurrensverket att påverkas av lagen om upphandling av koncessioner. Genom lagen tillförs verket formellt ytterligare ett tillsynsområde. Tillsynsområdet rör dock upphandlingar som avser en relativt sällan förekommande kontrakts-typ. Till detta bör även läggas att verket redan i dag till följd av ansvaret för tillsynen på upphandlingsområdet bedriver verksamhet på koncessionsområdet. Detta framgår inte minst av Konkurrens-verkets ovan berörda rapport om tjänstekoncessioner. Mot denna bakgrund bedömer utredningen att lagen inte kommer att leda till några kostnadsökningar hos Konkurrensverket som inte kan rymmas inom befintliga budgetramar.

Vad gäller de nya reglernas påverkan på övriga områden, kommunal självstyrelse m.m., anser utredningen att den analys som gjorts i delbetänkandet och departementspromemorian kan vara motsvarande tillämplig även för koncessionernas del.

² se Jönsson, s. & Backgård, B. (red.), Siffror och fakta om offentlig upphandling: statistik om upphandlingar som genomförts under 2012, Konkurrensverket, Stockholm, 2013, http://www.kkv.se/upload/Filer/Trycksaker/Rapporter/rapport_2013-9.pdf, avsnitt 5

13 Författningskommentar

13.1 Förslaget till lag om upphandling av koncessioner

1 kap. Lagens innehåll och definitioner

Lagens innehåll

1 § *I denna lag finns bestämmelser om upphandling av koncessioner.*

Innehållet i lagen är uppdelat enligt följande.

1 kap. – Lagens innehåll och definitioner

2 kap. – Lagens tillämpningsområde

3 kap. – Undantag från lagens tillämpningsområde

4 kap. – Allmänna bestämmelser

5 kap. – Tröskelvärde

6 kap. – Förfarandet vid upphandling

7 kap. – Tekniska krav och funktionskrav

8 kap. – Annonsering av upphandling

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

10 kap. – Kommunikation, information till leverantörer och dokumentation

11 kap. – Uteslutning av leverantörer

12 kap. – Val av leverantörer

13 kap. – Tilldelning av koncessioner

14 kap. – Fullgörande av koncessioner

15 kap. – Upphandling som inte omfattas av direktivet samt upphandling av vissa sociala tjänster och andra särskilda tjänster

16 kap. – Avtalsspärr, överprövning och skadestånd

17 kap. – Upphandlingsskadeavgift

18 kap. – Tillsyn

Till lagen hör följande bilagor

Bilaga 1 – Förteckning över byggentreprenad

Bilaga 2 – Förteckning över verksamheter som utövas av upphandlande enheter

Bilaga 3 – Förteckning över sociala tjänster och andra särskilda tjänster

Paragrafen beskriver lagens innehåll. Den motsvarar 1 kap. 1 § LOU och 1 kap. 1 § LUF.

Var finns definitioner och förklaringar?

2 § *I detta kapitel finns definitioner av begrepp som används i lagen. Det finns definitioner också i andra kapitel.*

Bestämmelser om betydelsen av följande begrepp finns i nedan angivna paragrafer.

Anknutet företag i 3 kap. 22 §.

CPV-nomenklaturen i 4 kap. 5 §.

Interna koncessioner i 3 kap. 13 §.

Upphandling av koncession i 2 kap. 1 §.

Paragrafen anger kapitlets innehåll. Den motsvarar delvis 1 kap. 2 § LOU och LUF. De definitioner som behandlas i kapitlet motsvarar de som finns i artikel 5, 6 och 7 i direktivet. Begreppen anbudsgivare, skriftlig och innovation definieras inte i kapitlet. Dessa begrepp definieras inte i LOU och LUF och det saknas anledning att definiera dem här. Vissa definitioner som har en tydlig anknytning till ett visst kapitel eller en viss bestämmelse placeras på motsvarande sätt som i LOU och LUF i stället i det kapitlet eller i anslutning till den bestämmelsen.

Definitioner

3 § *Med anbudssökande avses den som har ansökt om att få eller inbjudits att delta i ett förfarande för koncessionstilldelning.*

Paragrafen genomför artikel 5.3 i direktivet och liknar 1 kap. 3 § LOU och LUF.

I paragrafen anges vad som avses med begreppet anbuds-sökande. Definitionen i direktivet motsvarar den i LOU-direktivet och LUF-direktivet. Paragrafen har utformats på samma sätt som motsvarande bestämmelser i LOU och LUF, se vidare författningskommentarerna i avsnitt 28.1 och 28.2 i Ds 2014:25.

4 § *Med utförande av byggtreprenad enligt en byggkoncession avses*

1. utförande eller både projektering och utförande av arbete som är hänförligt till en verksamhet som avses i bilaga 1,

2. utförande eller både projektering och utförande av ett byggnadsverk, eller

3. att ett byggnadsverk realiserar, oavsett hur kontraktet utformas, enligt krav som ställs upp av en upphandlande myndighet eller enhet som utövar ett avgörande inflytande över typen eller projekteringen av byggnadsverket.

Paragrafen genomför artikel 5.7 och motsvarar delvis 1 kap. 4 § LOU och LUF.

Paragrafen innehåller definitionen av utförande av byggtreprenad. Paragrafen har utformats på liknande sätt som motsvarande bestämmelser i LOU och LUF, se vidare författningskommentarerna i avsnitt 28.1 och 28.2 i Ds 2014:25.

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

Paragrafen genomför artikel 5.8 i direktivet och motsvarar 1 kap. 5 § LOU och LUF.

I paragrafen anges definitionen av byggnadsverk. Definitionen i direktivet överensstämmer med den i LOU-direktivet och LUF-direktivet och paragrafen har utformats på samma sätt som motsvarande bestämmelser i LOU och LUF, se vidare författningskommentarerna i avsnitt 28.1 och 28.2 i Ds 2014:25.

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

Paragrafen genomför artikel 5.9 i direktivet och motsvarar 1 kap. 7 § LOU och 1 kap. 6 § LUF.

I paragrafen anges definitionen av elektroniska medel och på samma sätt som i motsvarande bestämmelser i LOU och LUF ansluter sig denna till definitionen av elektroniskt kommunikationsnät i 1 kap. 7 § lagen (2003:389) om elektronisk kommunikation. Definitionen i direktivet överensstämmer med den i LOU-direktivet och LUF-direktivet och paragrafen har utformats på samma sätt som motsvarande bestämmelser i LOU och LUF, se vidare författningskommentarerna i avsnitt 28.1 och 28.2 i Ds 2014:25.

7 § Med koncession avses byggkoncession eller tjänstekoncession enligt definitionerna i 8-9 §§.

Paragrafen genomför tillsammans med 8–10 §§ artikel 5.1 i direktivet. Paragrafen har ingen motsvarighet i LOU och LUF. Övervägandena finns i avsnitt 5.2.1.

I paragrafen anges definitionen av koncessioner i lagen. Med koncession avses byggkoncession eller tjänstekoncession. Av bestämmelsen med dess hänvisning till 8–9 §§ följer att det inte är frågan om sådana koncessioner som utgör en form av nödvändigt tillstånd att bedriva viss verksamhet såsom nätkoncessioner för anslutning till elnät. Den närmare innebörden byggkoncession och tjänstekoncession beskrivs i 8–10 §§.

8 § Med byggkoncession avses ett skriftligt kontrakt med ekonomiska villkor genom vilket en eller flera upphandlande myndigheter eller enheter anförtrot utförande av byggentreprenad till en eller flera leverantörer, där ersättningen för arbetet utgörs av endast rätten att utnyttja det byggnadsverk som är föremål för kontraktet eller av dels en sådan rätt, dels betalning.

Tilldelning av byggkoncessioner ska innefatta att sådan verksamhetsrisk som avses i 10 § överförs till koncessionshavaren.

Paragrafen genomför artikel 5.1 första stycket a i direktivet. Paragrafen, som beskriver definitionen av byggkoncession, har ingen motsvarighet i LOU och LUF. Övervägandena finns i avsnitt 5.2.1.

Av *första stycket* i paragrafen framgår den första delen av definitionen av en byggkoncession, nämligen att en eller flera leverantörer anförtros att utföra en byggentreprenad men ersättningen består inte av pengar som vid ett kontrakt avseende byggentreprenader utan av en rätt att utnyttja byggnadsverket eller av både en sådan rätt och betalning. Det första villkoret för att ett kontrakt om utförande av byggentreprenad ska anses utgöra en byggkoncession är alltså att ersättningen åtminstone delvis består av rätten att utnyttja anläggningen. Exempel på byggkoncessioner är bygandet av en väg eller bro där koncessionshavaren har rätt att ta ut avgifter från användarna. Definitionen är omformulerad och förtydligad i förhållande till den som finns i nuvarande LOU och LUF, men motsvarar i sak i denna del väsentligen nuvarande definition. Det framgår inte uttryckligen av definitionen i direktivet om det måste vara fråga om en upplåtelse av mark som myndigheten eller enheten redan äger. EU-domstolen har dock i mål C-451/08 Helmut Müller (punkt 72–74) ansett att det är i princip uteslutet för en upphandlande myndighet att tilldela en koncession med avseende på nyttjande av mark till en aktör som äger den mark på vilken en anläggning ska uppföras om leverantören redan har rätt att nyttja marken i fråga. Detta eftersom ersättningen för arbetet att uppföra en anläggning måste bestå av en rätt att utnyttja densamma. Om leverantören är ägare till marken har denne rätt att utnyttja marken och den upphandlande myndigheten kan inte överlåta förfogandet över nyttjanderätten till marken på avtalsparten.

I *andra stycket* anges den andra delen i definitionen av byggkoncession, nämligen att verksamhetsrisken vid nyttjandet ska ligga hos leverantören och inte hos den upphandlande myndigheten eller enheten. Om myndigheten eller enheten behåller verksamhetsrisken ligger det nämligen närmast till hands att avtalet inte kan anses utgöra en koncession.

Övergången av verksamhetsrisken är det viktigaste kännetecknet för en koncession och detta krav tas nu in i lagtexten, se vidare 10 §.

9 § *Med tjänstekoncession avses ett skriftligt kontrakt med ekonomiska villkor genom vilket en eller flera upphandlande myndigheter eller enheter anförtrot tillhandahållande och förvaltning av tjänster*

som inte avser utförande av byggentreprenad till en eller flera leverantörer, där ersättningen för tjänsterna utgörs av endast rätten att utnyttja de tjänster som är föremål för kontraktet eller av dels en sådan rätt, dels betalning.

Tilldelning av tjänstekoncessioner ska innefatta att sådan verksamhetsrisk som avses i 10 § överförs till koncessionshavaren.

Paragrafen genomför artikel 5.1 första stycket b i direktivet. Bestämmelsen, som beskriver definitionen av en tjänstekoncession, saknar motsvarighet i LOU och LUF. Övervägandena finns i avsnitt 5.2.1.

Av första stycket i paragrafen framgår den första delen av definitionen av en tjänstekoncession, nämligen att en eller flera leverantörer anförtros att tillhandahålla förvaltning av andra tjänster än utförande av byggentreprenad, men ersättningen består inte av pengar som vid ett tjänstekontrakt utan av en rätt att utnyttja de tjänster som är föremål för kontraktet eller av både en sådan rätt och betalning. Det första kriteriet för att ett kontrakt om utförande av tjänster ska anses utgöra en tjänstekoncession är alltså att ersättningen åtminstone delvis består av rätten att utnyttja tjänsten. Leverantörens rätt att utnyttja tjänsten innebär att samma tjänst eller tillhörande tjänster kan säljas till andra än den upphandlande myndigheten eller enheten. Exempel på tjänstekoncessioner är drift av parkeringsplats där koncessionshavaren får ersättning från de som använder parkeringsplatsen (se t.ex. mål C-458/03 Parking Brixen), bedrivande av restaurang- och caféverksamhet i lokaler som tillhandahålls av en myndighet (se t.ex. HFD 2012 ref. 29) och tillhandahållande av telefonkatalog där koncessionshavaren får ersättning i form av reklamintäkter (se mål C-324/98 Telaustria och Telefonadress).

Definitionen är omformulerad och förtydligad i förhållande till den som finns i nuvarande LOU och LUF, men motsvarar i sak i denna del väsentligen nuvarande definition.

På samma sätt som i 8 § anges i paragrafens *andra stycke* den andra delen i definitionen av tjänstekoncession, nämligen att verksamhetsrisken vid nyttjandet ska ligga hos leverantören och inte hos den upphandlande myndigheten eller enheten. Om myndigheten eller enheten behåller verksamhetsrisken ligger det

nämligen närmast till hands att avtalet inte kan anses utgöra en koncession.

Övergången av verksamhetsrisken är det viktigaste kännetecknet för en koncession och detta krav tas nu in i lagtexten, se vidare 10 §.

10 § *Med verksamhetsrisk avses efterfrågerisk eller utbudsrisk eller båda.*

En koncessionshavare ska anses överta verksamhetsrisken om denne, vid normala verksamhetsförhållanden, inte är garanterad att kompenseras för de investeringar som gjorts och de kostnader som uppstått vid utnyttjandet av det byggnadsverk eller tillhandahållandet av de tjänster som är föremål för koncessionen. Den del av risken som överförs på koncessionshavaren ska omfatta verklig exponering för skiftningar på marknaden på så sätt att eventuella uppskattade förluster för koncessionshavaren ska vara inte endast nominella eller försumbara.

Paragrafen genomför artikel 5.1 andra stycket och definierar vad som avses med begreppet verksamhetsrisk. Övervägandena finns i avsnitt 5.2.1.

Av 8 och 9 §§ framgår att en förutsättning för att ett kontrakt ska avse en byggkoncession eller en tjänstekoncession är att verksamhetsrisk överförs till koncessionshavaren. I paragrafen beskrivs vad som avses med verksamhetsrisk. Det ska vara frågan om risker som ligger utanför parternas kontroll. I skäl 20 i direktivet framhålls att det ska vara frågan om risk att utsättas för marknadens nycker, vilket kan innefatta antingen en efterfrågerisk eller utbudsrisk, eller båda. I lagtexten har i stället för ”marknadens nycker” angetts ”skiftningar på marknaden”, men någon skillnad i sak är inte avsedd.

Risk som är relaterad till efterfrågan tar sikte på den risk som faktiskt hör samman med själva efterfrågan av de byggentreprenader och tjänster som kontraktet omfattar. Med risk i fråga om utbud ska förstås risken vid tillhandahållandet av de byggentreprenader eller tjänster som är föremål för kontraktet, framför allt risken för att tjänsteutbudet inte överensstämmer med efterfrågan. Det ska vara fråga om risker som kan förutses, men som ligger utanför parternas kontroll och som är osäkra. Den risk som nu

avses är alltså risk som kopplad till koncessionsföremålet. Andra risker som alltid gör sig gällande i avtalsförhållanden såsom risker för avtalsbrott eller omständigheter som kan hänföras till force majeure är alltså inte avgörande för klassificeringen som en koncession (se skäl 20 i direktivet).

För att det ska vara frågan om en övergång av verksamhetsrisk krävs att risken är verklig. I EU-domstolens praxis har tidigare uppställts krav på att hela eller åtminstone en betydande del av den risk som är förenad med utnyttjandet av tjänsten finns hos leverantören för att det ska vara frågan om en koncession (se t.ex. mål C-206/08 Eurawasser, punkt 77 och C-274/09 Stadler punkt 29). Något sådant krav återfinns emellertid inte i definitionen i direktivet och har således inte heller överförs till nu aktuell bestämmelse. Hur stor del av risken som överförs synes således inte vara avgörande för om verksamhetsrisken ska anses ha övergått på leverantören. Det väsentliga är i stället att risken är verklig. Detta torde innebära att det inte får finnas en garanti för koncessionshavaren att uppnå t.ex. minst ett noll-resultat i verksamheten. Risken får heller inte vara bara nominell eller försumbar (jfr skäl 19 i direktivet).

I direktivet används uttrycket ”eventuella uppskattade förluster”. I enlighet med den metod för genomförandet som utredningen antagit, se avsnitt 2.2, har uttrycket alltså genomförts ordagrant till förevarande bestämmelse. Men enligt utredningens mening kan det med fog sättas i fråga att båda orden uppskattade och eventuella är nödvändiga för förståelsen av vad som avses. Rimligen torde ordet ”uppskattade” kunna utgå som överflödigt.

11 § Med leverantör avses den som på marknaden tillhandahåller varor eller tjänster eller utför byggentreprenader.

Med leverantör avses också grupper av leverantörer.

Paragrafen genomför artikel 5.2 och motsvarar 1 kap. 10 § LOU och 1 kap. 9 § LUF.

I paragrafen definieras begreppet leverantör. Begreppet ersätter, liksom i LOU och LUF, det i direktiven använda begreppet ”ekonomisk aktör”. Definitionen i direktivet överensstämmer med den i LOU-direktivet och LUF-direktivet och paragrafen har utformats på samma sätt som motsvarande bestämmelser i LOU och LUF, se

vidare författningskommentarerna i avsnitt 28.1 och 28.2 i Ds 2014:25.

12 § *Med koncessionshavare avses en leverantör som har tilldelats en koncession.*

Paragrafen genomför artikel 5.5 i direktivet och har ingen motsvarighet i LOU och LUF.

I paragrafen anges vad som avses med koncessionshavare i lagen. När en koncession tilldelats en leverantör benämns leverantören koncessionshavare.

13 § *Med offentligt styrda organ avses sådana juridiska personer som tillgodoser behov i det allmännas intresse, under förutsättning att behovet inte är av industriell eller kommersiell karaktär, och*

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

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

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

Paragrafen genomför artikel 6.4 i direktivet och motsvarar 1 kap. 12 § LOU och 1 kap. 11 § LUF.

Definitionen i direktivet överensstämmer med den i LOU-direktivet och LUF-direktivet och paragrafen har utformats på samma sätt som motsvarande bestämmelser i LOU och LUF, se vidare författningskommentarerna i avsnitt 28.1 och 28.2 i Ds 2014:25.

14 § *Med ensamrätt avses en rättighet som beviljats enligt lag eller annan författning och som begränsar rätten att utöva en verksamhet till ett enda företag och som väsentligt påverkar andra företags möjligheter att bedriva sådan verksamhet.*

Paragrafen genomför artikel 5.10 i direktivet. Bestämmelsen motsvarar delvis 1 kap. 13 § LUF.

I paragrafen anges definitionen av en ensamrätt. Bestämmelsen skiljer sig något från motsvarande bestämmelse i LUF eftersom det varken i LUF-direktivet eller LUF görs någon uppdelning mellan ensamrätter och särskilda rättigheter.

För att en ensamrätt ska vara för handen ska rätten att utöva den verksamhet som rättigheten avser vara begränsad till ett enda företag. Om däremot flera företag har rätt att utöva verksamheten är det frågan om en särskild rättighet. Den viktigaste gemensamma faktorn mellan de två rättigheterna är att rättigheten väsentligt påverkar andra företags möjligheter att bedriva den verksamhet inom den försörjningssektor som rättigheten har beviljats för. Definitionerna av ensamrätt och särskild rättighet i upphandlingslagarna skiljer sig vidare åt på så sätt att det inte är frågan om en ensamrätt eller särskild rättighet enligt LUF-direktivet och LUF när rättigheten har beviljats genom ett förfarande som offentliggjorts på lämpligt sätt och där beviljandet har grundats på objektiva kriterier. Något motsvarande undantag finns inte i LUK-direktivet.

Det bör här antecknas att det i samband med att begreppet används för att definiera vad som utgör en upphandlande enhet (artikel 7.2) dock förklaras att ensamrätter eller särskilda rättigheter som beviljats genom ett sådant förfarande inte utgör en sådan rättighet som medför att ett företag som bedriver verksamhet inom försörjningssektorerna på grundval av en ensamrätt eller särskild rättighet ska anses utgöra en upphandlande enhet.

15 § Med särskild rättighet avses en rättighet som beviljats enligt lag eller annan författning och som begränsar rätten att utöva en verksamhet till två eller flera företag och som väsentligt påverkar andra företags möjligheter att bedriva sådan verksamhet.

Paragrafen genomför artikel 5.11 i direktivet och motsvarar delvis 1 kap. 13 § LUF.

I paragrafen anges definitionen av begreppet särskild rättighet, se vidare kommentaren till 14 §.

16 § Med upphandlande myndighet avses statliga och kommunala myndigheter.

Vid tillämpning av denna lag ska med myndighet jämföras

1. beslutande församlingar i kommuner och landsting, och
2. offentligt styrda organ som avses i 13 §, samt
3. sammanslutningar av en eller flera myndigheter enligt första stycket eller församlingar enligt 1 eller sammanslutningar av ett eller flera organ enligt 2.

Myndigheter som bedriver någon av de verksamheter som avses i bilaga 2 och tilldelar en koncession för bedrivande av sådan verksamhet utgör dock inte upphandlande myndigheter enligt denna lag.

Paragrafen genomför artikel 6.1 i direktivet. Första och andra styckena motsvarar 1 kap. 15 § LOU och 1 kap. 16 § LUF. Tredje stycket har ingen motsvarighet i LOU och LUF. Övervägandena finns i avsnitt 5.2.2.

Definitionen överensstämmer med den i LOU och LUF utom såvitt avser myndigheter eller därmed jämställda organ som bedriver verksamhet inom försörjningssektorerna och tilldelar en koncession för sådan verksamhet. Sådana myndigheter utgör i stället upphandlande enheter enligt 17 §. Se vidare författningskommentarerna till de angivna paragraferna i LOU och LUF i avsnitt 28.1 och 28.2 i Ds 2014:25 samt ytterligare kommentaren till 17 § nedan.

Det bör här anmärkas att det i definitionen i den svenska språkversionen av artikeltexten görs undantag för sådana myndigheter, organ eller sammanslutningar som bedriver någon av de verksamheter som avses i bilaga II till direktivet *eller* tilldelar en koncession för bedrivande av sådan verksamhet. I andra språkversioner, bl.a. den engelska och danska, har härvid i stället angetts *och* som sammanbindningsord. Med hänsyn till hur upphandlande enheter definieras i artikel 7.1 i direktivet framstår det enligt utredningen som rimligt att undantaget avser myndigheter som bedriver *och* tilldelar en koncession för bedrivande av verksamhet som anges i bilaga II. Utredningen har därför genomfört bestämmelsen på det sättet.

17 § *Med upphandlande enheter avses enheter som bedriver någon av de verksamheter som avses i bilaga 2 och tilldelar en koncession för bedrivande av sådan verksamhet och som är*

1. statliga och kommunala myndigheter, beslutande församlingar i kommuner och landsting, och offentligt styrda organ som avses i 13 §

eller sammanslutningar av en eller flera myndigheter eller församlingar eller sammanslutningar av ett eller flera offentligt styrda organ,

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

3. andra enheter än de som anges i 1 och 2, och som bedriver sin verksamhet med stöd av en ensamrätt enligt 14 § eller en särskild rättighet enligt 15 § vilken beviljats för bedrivande av någon av de verksamheter som avses i bilaga 2.

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

Sådana enheter som anges i första stycket 3 utgör inte upphandlande enheter om de beviljats särskilda rättigheter eller ensamrätter genom ett förfarande som offentliggjorts på lämpligt sätt och om beviljandet av dessa rättigheter har grundats på objektiva kriterier.

Paragrafen genomför artikel 7 i direktivet och motsvarar delvis 1 kap. 15 § LUF. Övervägandena finns i avsnitt 5.2.2.

I paragrafen anges definitionen av upphandlande enheter. Definitionen skiljer sig från definitionen av upphandlande enheter i LUF på så sätt att upphandlande myndigheter som bedriver verksamhet inom försörjningssektorerna som anges i bilaga 2 till lagen och avser tilldela en koncession för bedrivande av sådan verksamhet inte utgör upphandlande myndigheter utan endast upphandlande enheter. Skillnaden mellan lagarna består i hur myndigheter/enheter benämns. Någon skillnad i sak torde dock inte vara avsedd eftersom myndigheterna respektive enheterna oavsett deras benämningar ska tillämpa LUF eller LUK. Skillnaden motiveras av att direktivet och LUK behandlar upphandlande myndigheters och upphandlande enheters upphandling av koncessioner inom såväl den klassiska sektorn som försörjningssektorerna i samma direktiv och lag.

Vad som utgör en upphandlande enhet enligt LUK-direktivet och LUK skiljer sig vidare från definitionen i LUF-direktivet och LUF på så sätt att enheter som bedriver verksamhet inom och upphandlar en koncession för bedrivande av verksamhet inom

vattensektorn inte utgör upphandlande enheter. Detta eftersom verksamhet inom vattensektorn inte är en sådan verksamhet som omfattas av LUK-direktivets tillämpningsområde enligt bilaga II.

Av *tredje stycket* framgår att vissa företag som bedriver verksamhet inom försörjningssektorerna på grundval av en ensamrätt eller särskild rättighet utgör inte en upphandlande enhet i vissa fall. I artikel 7.2 i direktivet finns exempel på förfaranden för beviljande av särskilda rättigheter eller ensamrätter som inte ska föranleda att en enhet som har en sådan rättighet ska anses utgöra en upphandlande enhet. Förfarandena, som är desamma som i motsvarande bestämmelse i LUF-direktivet, är dels upphandlingsförfaranden med föregående annonsering i enlighet med LOU-direktivet, LUF-direktivet, LUK-direktivet eller LUFSS-direktivet, dels förfaranden i enlighet med vissa unionsrättsakter som förtecknas i bilaga III till direktivet. Förfarandena i bilaga III omfattar exempelvis konkurrensutsatt anbuds-förfarande i enlighet med artikel 5.3 i kollektivtrafik-förordningen. Förteckningen över förfarandena i bilaga III kan ändras av kommissionen. Eftersom uppräkningsen är exemplifierande har den inte förts in i lagtexten. Se angående särskilda rättigheter m.m. kommentarerna till 1 kap. 13 § i avsnitt 28.2 i Ds 2014:25.

18 § *Med koncessionsdokument avses alla dokument som utarbetas av den upphandlande myndigheten eller enheten eller som denna hänvisar till för att beskriva eller fastställa innehållet i upphandlingen av koncessionen.*

Paragrafen genomför artikel 5.12 i direktivet och motsvarar delvis 1 kap. 16 § LOU och 1 kap. 17 § LUF.

Definitionen utgör en samlande beteckning för de olika typer av dokument som en upphandlande myndighet eller enhet tar fram eller hänvisar till för att beskriva eller fastställa innehållet i koncessionen eller förfarandet. Begreppet omfattar enligt direktivet bl.a. koncessionsmeddelande, tekniska krav och funktionskrav, förslag till koncessionsvillkor och upplysningar om allmänt tillämpliga skyldigheter samt eventuella kompletterande dokument. Genom att ange att alla dokument som en upphandlande myndighet eller enhet utarbetar eller hänvisar till för att beskriva eller fastställa innehållet i upphandlingen av koncessionen innefattas enligt utredningen dokument med angivna uppgifter och dokument som rör förfarandet.

2 kap. Lagens tillämpningsområde

Lagens tillämpningsområde och vad som avses med upphandling av koncessioner

1 § *Denna lag gäller för upphandling av koncessioner som görs av upphandlande myndigheter och enheter.*

Med upphandling i denna lag avses att en upphandlande myndighet eller enhet anskaffar byggentreprenader eller tjänster genom en koncession från en vald leverantör, oberoende av om det som anskaffas är avsett för ett offentligt ändamål eller inte.

Bestämmelserna i 15 kap. gäller för

1. upphandlingar av koncessioner som avser sociala tjänster eller andra särskilda tjänster enligt bilaga 3, och

2. upphandlingar av koncessioner vars värde beräknas understiga det tröskelvärde som gäller enligt bestämmelserna i 5 kap.

Paragrafens första och andra stycken genomför artikel 1.2 i direktivet och anger lagens tillämpningsområde. Första punkten i tredje stycket genomför, tillsammans med bestämmelserna i 15 kap., artikel 19 i direktivet. Bestämmelsen motsvarar delvis 2 kap. 1 § LOU och 2 kap. 1 § LUF. Övervägandena finns i avsnitt 5.1.

I första stycket anges att lagen gäller för upphandlande myndigheters och enheters upphandling av koncessioner. I andra stycket anges en definition av upphandling av koncessioner. I direktivet används begreppet upphandling endast i begränsad omfattning och utan det definieras. Den formulering som används där är i stället "tilldelning av koncessioner". Utredningen har valt att inte använda detta begrepp som definition av upphandling eftersom tilldelning är ett begrepp som har sin egen och avgränsade betydelse inom upphandlingsrätten och som i direktivet används för bestämmelser som rör själva tilldelningen på samma sätt som i LOU-direktivet och LUF-direktivet. Där definieras upphandling som upphandlande myndigheters anskaffning genom ett offentligt kontrakt av varor, tjänster eller byggentreprenader från utvalda ekonomiska aktörer (se artikel 1.2 i båda direktiven). Någon sådan definition av upphandling finns inte i LUK-direktivet. Av artikel 1.1 i direktivet framgår att direktivet innehåller regler om upphandlingsförfaranden och i artikel 1.2 anges att direktivet gäller för tilldelning

av byggkoncessioner eller tjänstekoncessioner till ekonomiska aktörer, av upphandlande myndigheter eller upphandlande enheter förutsatt att byggentreprenaderna eller tjänsterna är avsedda för utförandet av någon av de verksamheter som avses i bilaga II till direktivet.

Även om reglerna för förfarandet skiljer sig åt är det i sak inte någon egentlig skillnad mellan att tilldela en koncession och att tilldela ett kontrakt. Det är i båda fallen fråga om en anskaffning. Huruvida det är en koncession eller ett kontrakt som tilldelas är beroende av ersättningsformen och vem som bär verksamhetsrisken. Det är alltså fråga om en anskaffning oavsett om den kallas upphandling eller tilldelning (se skäl 11 i LUK-direktivet).

Mot denna bakgrund och också i enhetlighetens intresse (jfr 2 kap. 1 § LOU och LUF) har utredningen valt att i definitionen använda begreppet ”upphandling av koncessioner” i stället för direktivets ”tilldelning av koncessioner”.

Att upphandlande enheters upphandling av koncessioner måste avse sådana byggentreprenader eller tjänster som är avsedda för utförandet av någon av de verksamheter som anges i bilaga II till direktivet (bilaga 2 till lagen) för att omfattas av direktivet/lagen följer redan av definitionen av upphandlande enheter, som i lagen finns i 1 kap. 17 §. Detta behöver därför inte anges särskilt i denna paragraf.

I *tredje stycket* regleras lagens omfattning för upphandling av sociala och andra särskilda tjänster samt upphandling av koncessioner vars värde understiger tröskelvärdet. För sådan upphandling gäller ett enklare system. Sådan upphandling omfattas framförallt av regler rörande annonsering och rättsmedel.

Blandade kontrakt inom ramen för samma verksamhet

Blandade kontrakt som avser flera typer av koncessioner

2 § Om en koncession avser både byggentreprenader och tjänster ska koncessionen upphandlas i enlighet med bestämmelserna för den typ av koncession som utgör huvudföremålet för det berörda kontraktet.

För koncessioner som består av dels sådana tjänster som anges i bilaga 3, dels andra tjänster ska huvudföremålet bestämmas utifrån vilket av de uppskattade värdena för respektive tjänster som är det högsta.

Paragrafen genomför artikel 20.1 i direktivet och motsvarar delvis 2 kap. 3 § LOU och 2 kap. 11 § LUF. Övervägandena finns i avsnitt 5.4.1.

Paragrafen innehåller regler om vilka bestämmelser i LUK som ska tillämpas när ett kontrakt innehåller olika typer av koncessioner (det kan här antecknas att uttrycket typer av koncession är det uttryck som motsvarar direktivets ordalydelse).

I *första stycket* i bestämmelsen redogörs för vilka regler som ska tillämpas i lagen när en koncession innefattar både byggtreprenader och tjänster. I dessa fall ska på samma sätt som i LOU och LUF huvudsaksprincipen användas för att avgöra tillämpliga bestämmelser. Bestämmelsen grundas på EU-domstolens praxis (se t.ex. C-196/08 Acoset SpA punkt 45).

Det nu sagda ska jämföras med den praxis om huvudsaksprincipen när det gäller blandade kontrakt utan inslag av koncessioner som utvecklats av EU-domstolen som diskuteras i kommentaren till 2 kap. 3 § LOU i avsnitt 28.1 i Ds 2014:25 och som ligger till grund för regleringen i LOU och LUF. Vid denna bedömning saknar det betydelse om det är fråga om sådana tjänster som omfattas fullt ut av den direktivstyrd regleringen eller om det är fråga om sådana tjänster som omfattas av den enklare upphandlingsregleringen i 15 kap.

I *andra stycket* anges hur huvudföremålet för en koncession ska bestämmas när koncessionen är en tjänstekoncession och avser såväl sociala tjänster och andra särskilda tjänster som andra tjänster. I dessa fall ska den s.k. överviktsprincipen tillämpas. Vilka regler som ska tillämpas vid tilldelning av sådana blandade koncessioner beror alltså på vilken av tjänsterna som har det högsta värdet.

I motsvarande bestämmelser i LOU och LUF anges även att överviktsprincipen ska tillämpas för blandade kontrakt som består av varor och tjänster. En motsvarande bestämmelse finns i LUK-direktivet, se 2 kap. 11 § *andra stycket* LUK.

Det kan här antecknas att utredningen i sitt delbetänkande SOU 2014:51 för ett allmänt hållet resonemang om uppdelning av kontrakt i delar, se avsnitt 6.2. Det resonemanget är i och för sig inte tillämpligt i de detaljerade situationer som avses i förevarande författningskommentar som ju dessutom främst avser koncessioner, men förtjänar likväl att uppmärksammas som allmän bakgrund till bestämmelserna om uppdelning av kontrakt i delar.

Delbara blandade kontrakt

3 § Om ett delbart blandat kontrakt avser såväl upphandling av koncessioner som omfattas av denna lag som upphandling som inte gör det, får den upphandlande myndigheten eller enheten tilldela separata kontrakt för de olika delarna. Myndigheten eller enheten får också tilldela ett enda kontrakt.

Paragrafen genomför artiklarna 20.2 första stycket, 20.3 första stycket första meningen och 21.2 första stycket i direktivet. Den motsvarar 2 kap. 5 § LOU och 2 kap. 12 § LUF. Övervägandena finns i avsnitt 5.4.2.

Paragrafen innehåller bestämmelser om vad som ska gälla när ett kontrakt innehåller delar som omfattas av olika upphandlingsreglerverk och de olika delarna är möjliga att särskilja. Med upphandlingsreglerverk avses LOU, LUF, LUFs och LUK. Det står den upphandlande myndigheten eller enheten fritt att dela upp ett blandat kontrakt och tilldela separata kontrakt för de olika delarna. Myndigheten eller enheten kan även välja att tilldela ett enda kontrakt. Om kontraktet innehåller delar med inslag av koncessioner och delar med inslag av försvar eller säkerhet som omfattas av artikel 346 i EUF-fördraget eller LUFs krävs dock att valet att tilldela ett enda kontrakt kan motiveras av objektiva skäl, se vidare 2 kap. 10 och 19 §§.

Paragrafen har utformats på samma sätt som motsvarande bestämmelser i LOU och LUF, se vidare författningskommentarerna i avsnitt 28.1 och 28.2 i Ds 2014:25.

När ett delbart blandat kontrakt tilldelas som separata kontrakt

4 § Om den upphandlande myndigheten eller enheten tilldelar separata kontrakt ska den för varje separat kontrakt tillämpa de bestämmelser som det kontraktets egenskaper motiverar.

Paragrafen genomför artiklarna 20.3 första stycket andra meningen och 21.2 andra stycket i direktivet. Den motsvarar 2 kap. 6 § LOU och 2 kap. 13 § LUF. Övervägandena finns i avsnitt 5.4.2.

I bestämmelsen regleras vilka regler som ska tillämpas när separata kontrakt tilldelas. Om ett separat kontrakt med utgångspunkt

från sina egenskaper omfattas av ett annat upphandlingsregelverk ska det regelverket tillämpas för det kontraktet.

Paragrafen har utformats på samma sätt som motsvarande bestämmelser i LOU och LUF, se vidare författningskommentarerna i avsnitt 28.1 och 28.2 i Ds 2014:25.

När ett delbart blandat kontrakt tilldelas som ett enda kontrakt

5 § *Om den upphandlande myndigheten eller enheten tilldelar ett enda kontrakt ska, om inte något annat följer av 6–11 §§, denna lag tillämpas på hela kontraktet.*

Paragrafen genomför artikel 20.3 andra stycket i direktivet och motsvarar 2 kap. 7 § LOU och 2 kap. 14 § LUF. Övervägandena finns i avsnitt 5.4.2.

Paragrafen anvisar tillämplig lag när den upphandlande myndigheten och enheten väljer att inte tilldela ett delbart kontrakt i delar utan som ett enda kontrakt. Bestämmelsen tar sikte på kontrakt som överstiger tröskelvärdet och innebär att lagen ska tillämpas om en del av kontraktet avser en koncession medan den andra delen eller de andra delarna av kontraktet omfattas av andra regler, såvida inte annat följer av vissa andra bestämmelser. I artikeln i direktivet anges att detta gäller oberoende av värdet av de delar som annars skulle ha omfattats av andra regler och av vilka regler som de delarna annars skulle ha omfattats av.

Paragrafen har utformats på samma sätt som motsvarande bestämmelser i LOU och LUF, se vidare författningskommentarerna i avsnitt 28.1 och 28.2 i Ds 2014:25.

6 § *Om det delbara blandade kontraktet består av dels koncessioner, dels kontrakt som omfattas av lagen (0000:000) om offentlig upphandling, ska bestämmelserna i lagen om offentlig upphandling tillämpas vid tilldelningen av kontraktet om värdet av den del av kontraktet som omfattas av den lagen överstiger det tröskelvärde som gäller enligt den lagen.*

Om det delbara blandade kontraktet består av dels koncessioner, dels kontrakt som omfattas av lagen (0000:000) om upphandling inom försörjningssektorerna, ska bestämmelserna i lagen om

upphandling inom försörjningssektorerna tillämpas vid tilldelningen av kontraktet om värdet av den del av kontraktet som omfattas av den lagen överstiger det tröskelvärde som gäller enligt den lagen.

Paragrafen genomför artikel 20.4 i direktivet och är skriven med utgångspunkt i samma teknik för lagval som anges i 2 kap. 8 § LOU och 2 kap. 15 § LUF. Övervägandena finns i avsnitt 5.4.2.

Paragrafen reglerar vilken lag som ska tillämpas när den upphandlande myndigheten eller enheten väljer att tilldela ett enda kontrakt och detta blandade kontrakt, utöver inslag av koncessioner, innehåller en eller flera delar som omfattas av de direktivstyrda delarna i LOU eller LUF. Vid tilldelning av sådana kontrakt ska bestämmelsen LOU eller LUF tillämpas och inte LUK. Detta gäller oberoende av värdet av koncessionerna. Bestämmelsen ger uttryck för principen att den striktast möjliga regeln ska tillämpas.

Bestämmelsen utgör ett undantag från 5 §, som genomför artikel 20.3 andra stycket i direktivet. Av bestämmelsen i direktivet följer att LUK-direktivet ska tillämpas när ett delbart blandat kontrakt tilldelas som ett enda kontrakt. Detta gäller emellertid inte om en del av kontraktet omfattas av LOU-direktivet eller LUF-direktivet utan då ska enligt artikel 20.4 något av de direktiven tillämpas i stället. Om den del av kontraktet som består av kontrakt avseende varor, tjänster eller byggentreprenader understiger tillämpligt tröskelvärde är de direktiven inte tillämpliga (jfr artikel 3.4 tredje stycket LOU-direktivet respektive artikel 5.4 tredje stycket LUF-direktivet). Vid tilldelning av ett sådant kontrakt är i stället LUK-direktivet tillämpligt om det beräknade värdet på koncessionen överstiger tröskelvärdet enligt det direktivet. Detta följer av artikel 20.3 i direktivet. Bestämmelserna innebär alltså att om värdet på den del av kontraktet som omfattas av LOU eller LUF understiger tröskelvärdet enligt respektive lag ska tilldelning av det blandade kontraktet ske enligt LUK och inte enligt bestämmelserna i 19 kap. i LOU respektive LUF. Om samtliga delar understiger respektive tröskelvärde ska dock tillämplig lag bestämmas med stöd av 7 §.

För ytterligare kommentarer, se författningskommentarerna i avsnitt 28.1 och 28.2 i Ds 2014:25.

7 § Ett delbart blandat kontrakt som avser upphandling av dels koncessioner vars värde beräknas understiga det tröskelvärde som gäller enligt 5 kap., dels kontrakt som omfattas av lagen (0000:000) om offentlig upphandling och vars värde beräknas understiga det tröskelvärde som gäller enligt den lagen, ska tilldelas enligt bestämmelserna i lagen om offentlig upphandling.

Ett delbart blandat kontrakt som avser upphandling av dels koncessioner vars värde beräknas understiga det tröskelvärde som gäller enligt 5 kap., dels kontrakt som omfattas av lagen (0000:000) om upphandling inom försörjningssektorerna och vars värde beräknas understiga det tröskelvärde som gäller enligt den lagen, ska tilldelas enligt bestämmelserna i lagen om upphandling inom försörjningssektorerna.

Paragrafen genomför inte någon artikel i direktivet. Den är skriven med utgångspunkt i samma teknik för lagval som anges i 2 kap. 8 § andra stycket LOU och 2 kap. 15 § andra stycket LUF. Övervägandena finns i avsnitt 5.4.4.

I paragrafen regleras vilken lag som ska tillämpas när varje del av kontraktet understiger det tillämpliga tröskelvärdet. Bestämmelsen avser alltså förhållanden som inte regleras av direktivet. Samma rangordning avseende tillämpligt regelverk bör dock gälla även utanför det direktivstyrda området. När ett delbart blandat kontrakt med inslag av såväl koncessioner som varor, tjänster eller byggentreprenader vars värde understiger respektive tröskelvärde ska sålunda LOU respektive LUF tillämpas och inte den här lagen.

För ytterligare kommentarer. se författningskommentarerna i avsnitt 28.1 och 28.2 i Ds 2014:25.

Delbara blandade kontrakt med inslag av försvar eller säkerhet

8 § Den upphandlande myndigheten eller enheten får tilldela ett delbart blandat kontrakt som till en del omfattas av artikel 346 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (EUF-fördraget) utan tillämpning av denna lag.

Det som sägs i första stycket gäller också om kontraktet innehåller delar som omfattas av artikel 346 EUF-fördraget och lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

Paragrafen genomför, tillsammans med 10 §, artikel 21.2 tredje stycket b i direktivet och motsvarar 2 kap. 9 § LOU och 2 kap. 16 § LUF. Övervägandena finns i avsnitt 5.4.2.

Av första stycke framgår att det inte finns någon skyldighet att upphandla ett kontrakt enligt denna lag, om det innehåller en del som omfattas av artikel 346 i EUF-fördraget. I andra stycket anges att detsamma gäller om kontraktet dessutom innehåller en del som omfattas av LUF. Paragrafen har utformats på samma sätt som motsvarande bestämmelser i LOU och LUF, se vidare författningskommentarerna i avsnitt 28.1 och 28.2 i Ds 2014:25.

Paragrafen har utformats på samma sätt som motsvarande bestämmelser i LOU och LUF, se vidare författningskommentarerna i avsnitt 28.1 och 28.2 i Ds 2014:25.

9 § Den upphandlande myndigheten eller enheten får tilldela ett delbart blandat kontrakt som till en del avser upphandling som omfattas av lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet med tillämpning av den lagen eller med tillämpning av denna lag.

Paragrafen genomför, tillsammans med 10 §, artikel 21.2 tredje stycket a i direktivet och motsvarar delvis 2 kap. 10 § LOU och 2 kap. 17 § LUF. Övervägandena finns i avsnitt 5.4.2.

Av paragrafen framgår att myndigheten eller enheten får tillämpa bestämmelserna i LUF vid upphandling av hela kontraktet när en del av kontraktet avser sådan verksamhet som omfattas av den lagen. Myndigheten eller enheten har också möjlighet att välja att tilldela kontraktet enligt LUK. I motsvarande paragrafer i LOU och LUF finns ett andra stycke där det föreskrivs att bestämmelserna om tröskelvärden och undantag i LUF inte påverkas av första stycket. Detta innebär att de tröskelvärden som anges i LUF är styrande för om de direktivstyrda reglerna ska tillämpas i den lagen eller inte, samt att de undantag som anges i den lagen avgör om kontraktet faller utanför tillämpningsområdet så att hela det blandade kontraktet tilldelas utan upphandlingsförfarande (se Ds 2014:25 s. 614). De artiklar i LOU-direktivet och LUF-direktivet som motsvarar bestämmelserna i LOU och LUF har ingen motsvarighet i artikel 21.2 i LUK-direktivet. Däremot

innehåller den artikel i LUK-direktivet som reglerar tillämpliga bestämmelser vid tilldelning av blandade kontrakt som avser både verksamhet med försvars- eller säkerhetsaspekter och verksamheter inom försörjningssektorerna (artikel 23.2 ii) en sådan bestämmelse. Den bestämmelsen genomförs genom 2 kap. 18 § LUK. Någon förklaring till varför en bestämmelse om att möjligheten att tilldela kontraktet enligt LUFs-direktivet inte ska påverka de tröskelvärden och de undantag som föreskrivs i det direktivet inte tagits in i artikel 21.2 i LUK-direktivets ges inte. Det framstår därför inte som helt klart vilka regler som gäller i den här delen. Tröskelvärdet i LUK-direktivet är såvitt avser byggtreprenader detsamma som tröskelvärdet i LUFs-direktivet, medan tröskelvärdet i det direktivet såvitt avser andra kontrakt är betydligt lägre än tröskelvärdet för upphandling av tjänstekoncessioner. De undantag från direktivets tillämpningsområde som föreskrivs i LUK-direktivet överensstämmer inte helt med de undantag som föreskrivs i LUFs-direktivet. Det har således betydelse vilka regler som ska tillämpas i dessa fall. En rimlig tolkning är att reglerna om tröskelvärde och undantag i den lag som tillämpas ska användas oavsett att paragrafen inte innehåller någon uttrycklig regel om att de tröskelvärden och undantag som anges i LUFs inte påverkas.

Sammanfattningsvis betyder det sagda alltså att om den upphandlande myndigheten eller enheten väljer att tilldela kontraktet i enlighet med bestämmelserna i LUFs bör bestämmelserna i den lagen vara avgörande för om LUFs-delen i kontraktet överstiger tillämpligt tröskelvärde eller inte liksom om kontraktet innehåller någon verksamhet som är undantagen från direktivets tillämpningsområde. Väljer den upphandlande myndigheten i stället att tilldela kontraktet enligt LUK ska bestämmelserna om tröskelvärde och undantag i LUK tillämpas.

Paragrafen har utformats med utgångspunkt i motsvarande bestämmelser i LOU och LUF, se vidare författningskommentarerna i avsnitt 28.1 och 28.2 i Ds 2014:25.

10 § *Det som sägs i 8 och 9 §§ gäller bara om tilldelning av ett enda kontrakt är berättigat av objektiva skäl.*

Ett beslut att tilldela ett enda kontrakt får inte fattas för att undvika att upphandlingen omfattas av denna lag eller lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

Första stycket genomför, tillsammans med 8 och 9 §§, artikel 21.2 tredje stycket a och b i direktivet. Andra stycket genomför artikel 21.2 fjärde stycket i direktivet. Paragrafen motsvarar 2 kap. 11 § LOU och 2 kap. 18 § LUF. Övervägandena finns i avsnitt 5.4.2.

Paragrafen innehåller bestämmelser om under vilka förutsättningar ett blandat kontrakt kan tilldelas i enlighet med vad som anges i 8 och 9 §§. I första stycket uppställs krav på att den upphandlande myndigheten eller enheten har objektivt godtagbara skäl för att tilldela ett enda kontrakt utan tillämpning av bestämmelserna i den här lagen. Vad som utgör objektivt godtagbara skäl får avgöras från fall till fall. Av andra stycket framgår att syftet med att tilldela ett enda kontrakt inte får vara att undvika att denna lag eller LUFs blir tillämplig.

Paragrafen har utformats på samma sätt som motsvarande bestämmelser i LOU och LUF, se vidare författningskommentarerna i avsnitt 28.1 och 28.2 i Ds 2014:25.

Odelbara blandade kontrakt

11 § *Om de olika delarna av ett blandat kontrakt objektivt inte kan särskiljas ska den upphandlande myndigheten eller enheten välja tillämpliga bestämmelser på grundval av kontraktets huvudföremål.*

Om ett sådant kontrakt innehåller inslag av både tjänstekoncession och varukontrakt ska huvudföremålet bestämmas utifrån vilket av de uppskattade värdena för tjänster respektive varor som är det högsta.

Om ett sådant kontrakt som avses i första stycket innehåller delar som omfattas av artikel 346 i EUF-fördraget får myndigheten eller enheten dock tilldela det utan tillämpning av denna lag. Om kontraktet delvis avser upphandling som omfattas av lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet får det tilldelas med tillämpning av den lagen eller denna lag.

Första och andra styckena genomför artikel 20.5 i direktivet. Tredje stycket genomför artikel 21.3. Första och tredje stycket motsvarar 2 kap. 12 § LOU och 2 kap. 19 § LUF. Andra stycket motsvarar delvis 2 kap. 3 § andra stycket LOU och 2 kap. 11 § andra stycket LUF. Övervägandena finns i avsnitt 5.4.2.

Paragrafen innehåller bestämmelser om vilka regler som ska tillämpas när ett kontrakt består av flera delar som på objektivet godtagbara skäl inte kan särskiljas. Huruvida de olika delarna i ett kontrakt kan särskiljas eller inte får avgöras från fall till fall med beaktande av den praxis som utvecklats av EU-domstolen (se skäl 29 i direktivet). Frågan har behandlats av EU-domstolen i bl.a. mål nr C-215/09 *Mehiläinen*.

Första stycket och *andra stycket* reglerar kontrakt med enbart civila inslag. I dessa fall ska huvudsaksprincipen användas för att avgöra vilka bestämmelser som ska tillämpas. Om kontraktet innehåller inslag av en tjänstekoncession och varor bestäms det huvudsakliga föremålet utifrån överviktsprincipen. I övriga fall kan hänsyn tas till flera faktorer för att avgöra huvudföremålet.

I *tredje stycket* behandlas odelbara blandade kontrakt som utöver koncessioner innehåller delar med inslag av försvar eller säkerhet och som omfattas av artikel 346 i EUF-fördraget eller LUF. För sådana kontrakt gäller inte huvudsaksprincipen. Om kontraktet innehåller delar som omfattas av artikel 346 i EUF-fördraget får den upphandlande myndigheten eller enheten välja att tilldela kontraktet utan föregående upphandling. Om kontraktet innehåller delar som omfattas av LUF får den upphandlande myndigheten eller enheten välja att tilldela kontraktet med tillämpning av LUF eller LUK.

Paragrafen har utformats med utgångspunkt i motsvarande bestämmelser i LOU och LUF, se vidare författningskommentarerna i avsnitt 28.1 och 28.2 i Ds 2014:25.

Upphandling som rör verksamheter som avses i bilaga 2 och andra verksamheter

12 § *Om ett kontrakt är avsett för mer än en verksamhet får den upphandlande enheten tilldela separata kontrakt för varje verksamhet eller tilldela ett enda kontrakt.*

Paragrafen genomför artikel 22.1 första stycket första meningen och artikel 23.1 första stycket första meningen i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 5.4.3.

Paragrafen motsvarar 2 kap. 20 § LUF, se vidare författningskommentaren till den bestämmelsen i avsnitt 28.2 i Ds 2014:25.

13 § *Den upphandlande enheten får inte tilldela ett enda kontrakt eller tilldela separata kontrakt för att undvika att upphandlingen omfattas av denna lag, lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, lagen (0000:000) om offentlig upphandling eller lagen (0000:000) om upphandling inom försörjningssektorerna.*

Paragrafen genomför artikel 22.1 tredje stycket och artikel 23.1 tredje stycket i direktivet. Den motsvarar 2 kap. 21 § LUF. Övervägandena finns i avsnitt 5.4.3.

Paragrafen innebär ett förbud mot att tilldela ett enda kontrakt eller att tilldela ett antal separata kontrakt om syftet med den valda åtgärden är att undvika upphandlingsskyldighet enligt de angivna lagarna.

Paragrafen har utformats på samma sätt som motsvarande bestämmelse i LUF, se vidare författningskommentarerna i avsnitt 28.2 i Ds 2014:25.

Tilldelning av separata kontrakt

14 § *Om den upphandlande enheten tilldelar separata kontrakt ska den för varje separat kontrakt tillämpa de bestämmelser som det kontraktets egenskaper motiverar.*

Paragrafen genomför artikel 22.1 första stycket andra meningen och artikel 23.1 första stycket andra meningen i direktivet. Bestämmelsen motsvarar 2 kap. 22 § LUF. Övervägandena finns i avsnitt 5.4.3.

I paragrafen regleras vilka regler som ska tillämpas när separata kontrakt tilldelas. Paragrafen har utformats på samma sätt som motsvarande bestämmelse i LUF, se vidare författningskommentarerna i avsnitt 28.2 i Ds 2014:25.

Tilldelning av ett enda kontrakt

15 § *En upphandlande enhet som tilldelar ett enda kontrakt avsett för mer än en verksamhet ska tillämpa de bestämmelser som gäller för den verksamhet som kontraktet huvudsakligen är avsett för.*

Om någon av de berörda verksamheterna omfattas av artikel 346 i EUF-fördraget eller lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet ska dock 17–19 §§ tillämpas.

Första stycket genomför artikel 22.2 i direktivet. Andra stycket genomför artikel 22.1 andra stycket i direktivet. Paragrafen motsvarar 2 kap. 23 § LUF. Övervägandena finns i avsnitt 5.4.3.

Paragrafen reglerar vilka bestämmelser som ska tillämpas vid tilldelning av ett enda kontrakt som är avsett för flera verksamheter. Enligt artikel 22.2 ska det som anges i bestämmelsen gälla trots vad som sägs i artikel 20. Vid tilldelning av kontrakt som rör flera verksamheter hos enheten ska alltså denna bestämmelse tillämpas och inte 2–11 §§.

Paragrafen har utformats på samma sätt som motsvarande bestämmelse i LUF, se vidare författningskommentarerna i avsnitt 28.2 i Ds 2014:25.

16 § *Om det inte är objektivt möjligt att avgöra vilken verksamhet som kontraktet huvudsakligen är avsett för ska,*

1. om en av verksamheterna omfattas av bestämmelserna i denna lag för en upphandlande myndighet och övriga verksamheter omfattas av bestämmelserna i denna lag för en upphandlande enhet, de bestämmelser i lagen tillämpas som gäller för upphandling av upphandlande myndigheter,

2. om en av verksamheterna omfattas av lagen (0000:000) om offentlig upphandling den lagen tillämpas, eller

3. om en av verksamheterna omfattas av denna lag och den andra varken omfattas av denna lag, lagen (0000:000) om offentlig upphandling eller lagen (0000:000) om upphandling inom försörjningssektorerna denna lag tillämpas.

Paragrafen genomför artikel 22.3 i direktivet och motsvarar delvis 2 kap. 24 § LUF. Övervägandena finns i avsnitt 5.4.3.

Paragrafen reglerar vilka bestämmelser som ska tillämpas när ett blandat kontrakt avseende flera verksamheter ska tilldelas och det inte är möjligt att objektivt avgöra vilken verksamhet som kontraktet huvudsakligen är avsett för.

Första punkten genomför artikel 23.3 a. I den svenska språkversionen anges att tilldelning i den situation som avses i bestäm-

melsen ska göras i enlighet med de bestämmelser i LUK-direktivet som gäller koncessioner som tilldelas av "upphandlande myndigheter eller upphandlande enheter". I de franska, engelska och danska språkversionerna har i stället angetts att sådan tilldelning ska ske enligt de bestämmelser i LUK-direktivet som gäller för koncessioner som tilldelas av "upphandlande myndigheter". För att direktivtext och lagtext ska få ett rationellt innehåll framstår de franska, engelska och danska språkversionerna som korrekta och utredningen har valt att genomföra bestämmelsen på ett sätt som motsvarar de språkversionerna.

Av *andra punkten* framgår att i de fall en av de verksamheter som kontraktet avser omfattas av lagen (0000:000) om offentlig upphandling ska bestämmelserna i den lagen tillämpas vid tilldelningen av kontraktet. Bestämmelsen motsvarar 2 kap. 24 § 1 LUF.

Av *tredje punkten* framgår att denna lag ska tillämpas om en av verksamheterna omfattas av lagen och varken LOU eller LUF är tillämplig för de övriga verksamheterna. Bestämmelsen motsvarar 2 kap. 24 § 3 LUF.

Artikeln i direktivet innehåller inte, till skillnad från LUF-direktivet, någon bestämmelse som reglerar vilket direktiv som är tillämpligt när kontraktet avser dels verksamhet som omfattas av LUK-direktivet, dels verksamhet som omfattas av LUF-direktivet. I artikel 6.3 b LUF-direktivet, som genomförs genom 2 kap. 24 § 2 LUF, anges att i sådana fall ska kontraktet tilldelas i enlighet med LUF-direktivet. Med hänsyn till att LUF-direktivet ska tillämpas vid tilldelning av blandade kontrakt som avser en verksamhet när kontraktet innehåller inslag av såväl koncessioner som kontrakt som omfattas av LUF-direktivet och då principen om att striktast möjliga regelverk kan tillämpas vid tveksamhet bör enligt utredningens mening LUF kunna tillämpas.

Paragrafen har utformats med utgångspunkt i motsvarande bestämmelse i LUF, se vidare författningskommentarerna i avsnitt 28.2 i Ds 2014:25.

Tilldelning av ett enda kontrakt när en av verksamheterna rör försvar eller säkerhet

17 § Den upphandlande enheten får tilldela ett kontrakt avsett för en verksamhet som omfattas av denna lag samt en verksamhet som omfattas av artikel 346 i EUF-fördraget utan tillämpning av denna lag.

Det som sägs i första stycket gäller också för ett kontrakt som är avsett för en verksamhet enligt denna lag och en verksamhet som omfattas av lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet och dessutom innehåller upphandling eller andra beståndsdelar som omfattas av artikel 346 EUF-fördraget.

Paragrafen genomför, tillsammans med 18 §, artikel 23.2 första och andra styckena i direktivet och motsvarar 2 kap. 25 § LUF. Övervägandena finns i avsnitt 5.4.3.

Paragrafen anger att i de fall ett enda blandat kontrakt tilldelas och en del av kontraktet avser verksamhet som omfattas av artikel 346 i EUF-fördraget får tilldelning ske utan tillämpning av LUK. Detsamma gäller även om det finns ytterligare en del i kontraktet vilken omfattas av LUF.

Paragrafen har utformats på samma sätt som motsvarande bestämmelse i LUF, se vidare författningskommentarerna i avsnitt 28.2 i Ds 2014:25.

18 § Den upphandlande enheten får tilldela ett kontrakt som är avsett för en verksamhet som omfattas av denna lag samt en verksamhet som omfattas av lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet med tillämpning av den lagen eller med tillämpning av denna lag.

Det som sägs i första stycket påverkar inte tillämpningen av bestämmelserna om tröskelvärden och undantag i lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

Paragrafen genomför, tillsammans med 17 §, artikel 23.2 första stycket i direktivet och motsvarar delvis 2 kap. 26 § LUF. Övervägandena finns i avsnitt 5.4.3.

Av första stycket i paragrafen framgår att en upphandlande enhet som tilldelar ett enda kontrakt för flera verksamheter varav en del är avsett för verksamhet som omfattas av LUF, kan välja att till-

dela kontraktet i enlighet med bestämmelserna i LUF eller i enlighet med LUK. Paragrafen skiljer sig från motsvarande bestämmelse i LUF på så sätt att paragrafen ger enheten möjlighet att välja aningen att tillämpa LUF eller LUK. Någon motsvarande valfrihet finns inte i LUF.

I artikel 23.2 ii i direktivet anges att första stycket inte påverkar de tröskelvärden och undantag som anges i LUFs-direktivet. Detta innebär att bestämmelserna i LUF är styrande för vilka regler som ska tillämpas såväl när värdet på kontraktet överstiger tröskelvärdet enligt den lagen som när det understiger tröskelvärdet samt i frågan om kontraktet rör något som är undantaget från tillämpningsområdet.

Paragrafen har utformats med utgångspunkt i motsvarande bestämmelse i LUF, se vidare författningskommentarerna i avsnitt 28.2 i Ds 2014:25.

19 § Det som sägs i 17 och 18 §§ gäller bara om tilldelning av ett enda kontrakt är berättigat av objektiva skäl och inte beslutas för att undvika att upphandlingen omfattas av denna lag.

Paragrafen genomför artikel 23.2 tredje stycket i direktivet och motsvarar delvis 2 kap. 27 § LUF. Övervägandena finns i avsnitt 5.4.3.

Av paragrafen framgår att reglerna om tillämpliga bestämmelser vid tilldelning av ett enda kontrakt i 17 och 18 §§ gäller bara om det finns objektivt godtagbara skäl för att tilldela ett enda kontrakt och inte beslutas i illojalt syfte. Detta beror på att en tillämpning av de bestämmelserna kan leda till att upphandlingsskyldighet helt bortfaller för kontraktet. Paragrafen har utformats med utgångspunkt i motsvarande bestämmelse i LUF, se vidare författningskommentarerna i avsnitt 28.2 i Ds 2014:25.

Lagens tillämplighet vid upphandling av forsknings- och utvecklingstjänster

20 § Denna lag gäller för upphandling av tjänstekoncessioner av forsknings- och utvecklingstjänster enligt andra stycket om

1. resultaten uteslutande tillkommer den upphandlande myndigheten eller enheten i den egna verksamheten, och

2. den tillhandahållna tjänsten betalas helt och hållet av den upphandlande myndigheten eller enheten.

De forsknings- och utvecklingstjänster som avses i första stycket är tjänster som omfattas av CPV-koderna för

- 1. FoU-tjänster samt tillhörande konsulttjänster,*
- 2. forskning och experimentell utveckling,*
- 3. forskning,*
- 4. forskningslaboratorietjänster*
- 5. marin forskning,*
- 6. experimentell utveckling,*
- 7. planering och genomförande av forskning och utveckling,*
- 8. förberedande genomförbarhetsstudie och teknisk demonstration,*
eller
- 9. test och utvärdering.*

Paragrafen genomför artikel 25 i direktivet och motsvarar 2 kap. 13 § LOU och 2 kap. 28 § LUF. Övervägandena finns i avsnitt 5.2.4.

Paragrafen innehåller bestämmelser om under vilka förutsättningar lagen är tillämplig vid upphandling av tjänstekoncessioner avseende forskning och utveckling.

I 4 kap. 5 § anges att regeringen tillkännager i Svensk författningssamling CPV-koder för de FoU-tjänster som avses i denna paragraf.

De aktuella CPV-koderna är 73000000-2– 73120000-9, 73300000-5, 73420000-2 och 73430000-5.

Paragrafen har utformats på samma sätt som motsvarande bestämmelser i LOU och LUF, se vidare författningskommentarerna i avsnitt 28.1 och 28.2 i Ds 2014:25.

3 kap. Undantag från lagens tillämpningsområde

Upphandling på försvars- och säkerhetsområdet

1 § Denna lag gäller inte för upphandling av koncessioner på försvars- och säkerhetsområdet såvitt avser koncessioner

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

2. som tilldelas inom ramen för ett samarbetsprogram som avses i 1 kap. 10 § 3 lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,

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

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

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

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

4. som, av operativa skäl, måste tilldelas och utföras av en leverantör i ett område utanför EES territorium där operationen genomförs, eller

5. som på annat sätt omfattas av ett undantag i denna lag.

Uttrycket försvars- och säkerhetsområdet ska ha samma betydelse som i lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

Paragrafen genomför tillsammans med 2 § artikel 10.6 i direktivet. Paragrafen har ingen motsvarighet i LOU och LUF, men motsvarar delvis 1 kap. 10 § första stycket LUF. Övervägandena finns i avsnitt 5.3.

Av första stycket följer att LUK i och för sig är tillämplig vid upphandling av koncessioner inom försvars- och säkerhetsområdet, men att sådan upphandling är undantagen i vissa angivna fall. LUK skiljer sig i detta avseende från LOU och LUF. I de lagarna anges i stället att de lagarna inte gäller för upphandling och projekt-tävlingar som omfattas LUF eller är undantagen enligt vissa bestämmelser i den lagen (3 kap. 2 § LOU och 3 kap. 1 § LUF). Skillnaden kan antas bero på att LUF inte är tillämplig vid tilldelning av koncessioner. Vid upphandling av koncessioner inom försvars- och säkerhetsområdet ska i stället LUK tillämpas. Särskilda regler gäller vid blandade kontrakt, se 2 kap.

Begreppet försvars- och säkerhetsområdet ska i LUK-direktivet förstås på samma sätt som detta begrepp definieras i LUF-direktivet. Av detta skäl har i andra stycket en hänvisning till LUF införts.

Sekretess

2 § Denna lag gäller inte om upphandlingen och fullgörandet av den tilldelade koncessionen omfattas av sekretess eller rör rikets väsentliga intressen.

Paragrafen genomför tillsammans med 1 § artikel 10.6 a i direktivet och motsvarar 3 kap. 5 § första stycket LOU respektive 3 kap. 3 § första stycket LUF. Övervägandena finns i avsnitt 5.3.

Paragrafen möjliggör undantag från upphandlingsskyldighet på grund av sekretess eller rikets väsentliga intressen. På samma sätt som motsvarande bestämmelse i LOU och LUF riktar bestämmelsen in sig på situationer då undantag krävs utan att det är fråga om ett försvars- eller säkerhetsintresse, exempelvis upphandlingar som avser sådana säkerhets- eller bevakningsåtgärder som omfattas av sekretess enligt 18 kap. 8 § OSL.

Paragrafen har utformats på samma sätt som motsvarande paragrafer i LOU och LUF, se vidare författningskommentarerna i avsnitt 28.1 och 28.2 i Ds 2014:25.

3 § Denna lag gäller inte för koncessioner, som inte annars ska undantas enligt 1 eller 2 §, om skyddet av rikets väsentliga säkerhetsintressen inte kan garanteras .

Paragrafen genomför artikel 10.7 i direktivet och motsvarar 3 kap. 4 § 1 LOU och 3 kap. 2 § 1 LUF. Övervägandena finns i avsnitt 5.3.

Av paragrafen följer att även upphandling av andra koncessioner än de som omfattas av ett undantag från lagens tillämpningsområde enligt 1 och 2 §§ är undantagna om skyddet för väsentliga säkerhetsintressen inte kan garanteras genom mindre ingripande åtgärder.

Paragrafen har utformats på samma sätt som motsvarande paragrafer i LOU och LUF, se vidare författningskommentarerna i avsnitt 28.1 och 28.2 i Ds 2014:25.

Elektroniska kommunikationstjänster

4 § *Denna lag gäller inte för koncessioner som huvudsakligen syftar till att ge en upphandlande myndighet möjlighet att tillhandahålla eller driva allmänna kommunikationsnät, eller att för allmänheten tillhandahålla elektroniska kommunikationstjänster.*

Allmänna kommunikationsnät och elektronisk kommunikationstjänst ska ha samma betydelse som i lagen (2003:389) om elektronisk kommunikation.

Paragrafen genomför artikel 11 i direktivet och motsvarar 3 kap. 6 § LOU. Övervägandena finns i avsnitt 5.3.

Paragrafen innehåller bestämmelser om att vissa koncessioner avseende elektroniska kommunikationstjänster ska vara undantagna från lagens tillämpningsområde. Paragrafen har utformats på samma sätt som 3 kap. 6 § LOU, se vidare kommentarerna till den bestämmelsen i avsnitt 28.1 i Ds 2014:25. Det särskilda undantaget för anskaffning, utveckling och produktion m.m. av program och programmaterial som hänvisas till i kommentaren till paragrafen i LOU finns på motsvarande sätt i 3 kap. 29 § LUK.

Verksamhet i tredje land

5 § *Denna lag gäller inte för koncessioner som en upphandlande enhet tilldelar för utövande av verksamhet i ett land som inte är bundet av avtalet om Europeiska ekonomiska samarbetsområdet (EES) utan fysisk användning av något nät eller geografiskt område i ett eller flera EES-länder.*

Paragrafen genomför artikel 10.10. Bestämmelsen motsvarar delvis 3 kap. 5 § första stycket LUF. Övervägandena finns i avsnitt 5.3.

Av paragrafen framgår att koncessioner som tilldelas av en upphandlande enhet och som avser verksamhet som ska utföras utanför EES-länderna och utan användning av nät inom EES-länderna är undantagna från lagens tillämpningsområde. Till skillnad från den motsvarande bestämmelsen i LUF finns i LUK ingen skyldighet för den upphandlande enheten att anmäla de verksamheter som anses vara undantagna på grund av att verksamheten bedrivs i tredje land till kommissionen eftersom någon sådan bestämmelse inte

finns i direktivet. Paragrafen har i övrigt utformats som 3 kap. 5 § LUF, se vidare författningskommentaren i avsnitt 28.2 i Ds 2014:25.

Förfaranden enligt andra internationella regler

6 § Denna lag gäller inte koncessioner som avser försvars- och säkerhetsaspekter och som regleras av särskilda förfaranderegler

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

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

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

Paragrafen genomför artikel 10.5 i direktivet och motsvarar 1 kap. 8 § LUFS. En delvis liknande reglering finns i 3 kap. 8 § LOU och 3 kap. 7 § LUF.

Paragrafen innehåller bestämmelser om undantag från tillämpningsområdet för vissa koncessioner på försvars- och säkerhetsområdet vilka omfattas av andra särskilda förfaranderegler. Övervägandena finns i avsnitt 5.3.

Paragrafen har utformats med utgångspunkt i motsvarande paragrafer i LUFS, LOU och LUF, se vidare prop. 2010/11:150 s. 340 och författningskommentarerna i avsnitt 28.1 och 28.2 i Ds 2014:25.

7 § Denna lag gäller inte heller för andra koncessioner än sådana som avses i 6 § och som en upphandlande myndighet eller enhet är skyldig att tilldela eller anordna enligt andra bestämmelser om upphandlingsförfaranden, vilka har fastställts

1. genom ett rättsligt instrument som medför internationella skyldigheter och som har ingåtts mellan någon av staterna inom Europeiska ekonomiska samarbetsområdet (EES) och någon annan

stat, eller del av sådan, för ett projekt som är gemensamt för de avtals-slutande parterna, eller

2. av en internationell organisation.

Paragrafen genomför artikel 10.4 första stycket i direktivet och motsvarar 3 kap. 7 § LOU och 3 kap. 6 § LUF. Övervägandena finns i avsnitt 5.3.

Paragrafen innehåller bestämmelser om undantag för vissa internationella koncessioner när dessa omfattas av andra bestämmelser och följer ett annat reglerat förfarande än LUK.

I tredje stycket i artikel 10.4 i direktivet anges att sådana rättsliga instrument som avses i punkt 1 ska lämnas till kommissionen som får rådfråga den rådgivande kommittén för offentlig upphandling. Motsvarande bestämmelser finns i LOU-direktivet och LUF-direktivet och dessa genomförs inte genom föreskrifter i LOU och LUF i Ds 2014:25. Någon anledning att avvika från den ordningen för upphandling av koncessioner finns inte.

Paragrafen har utformats på liknande sätt som motsvarande paragrafer i LOU och LUF, se vidare författningskommentarerna i avsnitt 28.1 och 28.2 i Ds 2014:25.

Förfaranden som helt eller delvis finansieras av en internationell organisation eller ett internationellt finansinstitut

8 § Denna lag gäller inte för koncessioner som en upphandlande myndighet tilldelar enligt upphandlingsregler som har fastställts av en internationell organisation eller ett internationellt finansinstitut när koncessionerna helt finansieras av den organisationen eller det institutet.

Om koncessionerna till största delen finansieras av en internationell organisation eller ett internationellt finansinstitut, ska parterna komma överens om vilka regler som ska tillämpas för förfarandet.

Denna bestämmelse ska inte tillämpas på koncessioner på försvars- och säkerhetsområdet.

Paragrafen genomför artikel 10.4 andra och fjärde stycket. Paragrafen motsvarar delvis 3 kap. 9 § LOU och 3 kap. 8 § LUF. Övervägandena finns i avsnitt 5.3.

Paragrafen innehåller bestämmelser om vilka regler som ska eller får tillämpas när en koncession helt eller till största delen finansieras av en internationell organisation eller ett internationellt finansinstitut. Första och andra stycket motsvarar de angivna paragraferna i LOU och LUF, se vidare författningskommentarerna i avsnitt 28.1 och 28.2 i Ds 2014:25.

I tredje stycket anges att bestämmelsen inte ska gälla vid upphandling på försvars- och säkerhetsområdet. Med försvars- och säkerhetsområdet avses detsamma som i lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

Tjänstekoncessioner som tilldelas på grund av ensamrätt

9 § Denna lag gäller inte tjänstekoncessioner som en upphandlande myndighet eller en sådan upphandlande enhet som avses i 1 kap. 17 § första stycket 1 tilldelar en annan upphandlande myndighet eller en sådan upphandlande enhet som på grund av lag har ensamrätt att utföra tjänsten.

Denna lag gäller inte heller för tjänstekoncessioner som tilldelas en leverantör på grund av att leverantören har ensamrätt att utföra tjänsten, om ensamrätten har beviljats i enlighet med unionsrättsakter om gemensamma regler om marknadstillträde som är tillämpliga på verksamheter som avses i bilaga 2. Bestämmelserna om meddelande om tilldelning av en koncession i 8 kap. 5 § ska dock tillämpas om det inte i sådan lagstiftning finns särskild reglering om öppenhet och insyn.

När en leverantör beviljas ensamrätt att bedriva någon av de verksamheter som avses i bilaga 2 ska Europeiska kommissionen underrättas om detta inom en månad.

Bestämmelsen genomför artikel 10.1 och 10.2 i direktivet. Första stycket i paragrafen motsvarar 3 kap. 10 § LOU och 3 kap. 9 § LUF. Andra och tredje stycket saknar motsvarighet i LOU och LUF. Övervägandena finns i avsnitt 5.3.

Paragrafen innehåller ett undantag för koncessioner som tilldelas en upphandlande myndighet eller vissa upphandlande enheter eller vissa leverantörer när tilldelningen beror på att myndigheten, enheten eller leverantören har en ensamrätt att utföra tjänsten.

Första stycket som rör tilldelning av en koncession till en annan upphandlande myndighet eller sådan upphandlande enhet som avses i 1 kap. 17 § första stycket 1 motsvarar 3 kap. 10 § LOU och 3 kap. 9 § LUF, se vidare författningskommentarerna i avsnitt 28.1 och 28.2 i Ds 2014:25.

Enligt *andra stycket* ska inte heller tjänstekoncessioner som tilldelas leverantörer på grund av att denne har en ensamrätt att utföra tjänsten omfattas av lagens tillämpningsområde. En förutsättning för undantaget är enligt artikeln att ensamrätten har beviljats i enlighet med någon unionsrättsakt som innehåller gemensamma regler om marknadstillträde som är tillämplig på verksamheter inom försörjningssektorerna. Något motsvarande undantag för tjänstekontrakt som tilldelas ekonomiska aktörer på grund av sådana ensamrätter finns inte i LUF-direktivet. Av motiven till bestämmelsen (skäl 33) framgår att koncessionstilldelning som grundas på en ensamrätt av aktuellt slag undantas eftersom det ändå inte är möjligt att tillämpa ett konkurrensutsatt förfarande vid tilldelning av sådana koncessioner. De unionsrättsakter som åsyftas torde exempelvis avse reglering inom naturgas- och elmarknaden. Regler om marknadstillträde till verksamheter inom försörjningssektorerna finns i Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/73/EG av den 13 juli 2009 om gemensamma regler för den inre marknaden för naturgas och om upphävande av direktiv 2003/55/EG och i Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/72/EG av den 13 juli 2009 om gemensamma regler för den inre marknaden för el och om upphävande av direktiv 2003/54/EG. Dessa direktiv innehåller också bestämmelser som gör att ensamrätt i vissa fall kan beviljas.

I den utsträckning det inte finns specifika regler om öppenhet och insyn i lagstiftningen om marknadstillträde för de sektorerna ska dock bestämmelserna om efterannonsering av koncessionstilldelning tillämpas även när en ekonomisk aktör tilldelas en tjänstekoncession på grund av en ensamrätt. För att bestämmelserna om annonsering om koncessionstilldelning i LUK-direktivet inte ska vara tillämpliga krävs att reglerna om öppenhet och insyn i den relevanta sektorslagstiftningen tar sikte på just tilldelningen av koncessionen och inte avseende ensamrätten eller den särskilda rättigheten som sådan. I de angivna direktiven om gemensamma regler på marknaden för naturgas respektive på marknaden för el

finns regler om öppenhet och insyn som gäller vid tilldelning av kontrakt inom de sektorerna (jfr. bilaga III till LUK-direktivet).

I *tredje stycket* anges att Europeiska kommissionen ska under rättas i de fall en ensamrätt beviljas. Det bör åligga den som beviljar ensamrätten att underrätta kommissionen om att en ensamrätt har beviljats.

Lufttransport och kollektivtrafik

10 § *Denna lag gäller inte för tjänstekoncessioner för lufttransport-tjänster som grundas på beviljande av sådan operativ licens som avses i Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 1008/2008 av den 24 september 2008 om gemensamma regler för tillhandahållande av lufttrafik i gemenskapen.*

Denna lag gäller inte heller för koncessioner för kollektivtrafik i den mening som avses i Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 1370/2007 av den 23 oktober 2007 om kollektivtrafik på järnväg och väg och om upphävande av rådets förordning (EEG) nr 1191/69 och (EEG) nr 1107/70.

Paragrafen genomför artikel 10.3 i direktivet. Någon motsvarande bestämmelse finns inte LOU eller LUF, jfr dock 2 kap. 2 § LOU och LUF. Övervägandena finns i avsnitt 5.3.

Av paragrafens *första stycke* framgår att tjänstekoncessioner för lufttransporttjänster som grundas på beviljande av sådan operativ licens som avses i Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 1008/2008 av den 24 september 2008 om gemensamma regler för tillhandahållande av lufttrafik i gemenskapen är undantagna från lagens tillämpningsområde. I den förordningen finns särskilda regler om hur tilldelning av tjänstekoncessioner som grundas på en sådan operativ licens ska gå till.

Av *andra stycket* framgår att koncessioner för kollektivtrafik i den mening som avses i Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 1370/2007 (EU:s trafikförordning) ska vara undantagna från tillämpningsområdet. Den förordningen är tillämplig på nationell och internationell kollektivtrafik på järnväg och andra spårbundna transportsätt, och på väg. Enligt förordningen får medlemsstaterna välja att tillämpa förordningen på kollektivtrafik

på inre vattenvägar och nationella marina vatten. I artikel 10.3 i LUK-direktivet är EU:s kollektivtrafikförordning undantagen från direktivets tillämpning. Undantaget är utan reservationer och bör därför genomföras enligt sin lydelse. Emellertid kan därvid uppkomma en komplikation som avser hur Sverige har utnyttjat förordningens utrymme för nationell reglering. Det framgår av Ds 2014:25, särskilt avsnitt 24.5, att regeringen avser återkomma i den frågan. Genomförandeutredningen finner därför att det saknas skäl att göra annat eller mera än att genomföra undantaget enligt sin lydelse.

Vattenområdet

11 § *Denna lag gäller inte för koncessioner som avser*

1. tillhandahållande eller drift av fasta nät i syfte att tillhandahålla tjänster för allmänheten i samband med produktion, transport eller distribution av dricksvatten,

2. leverans av dricksvatten till sådana nät.

Paragrafen genomför artikel 12.1 i direktivet och har ingen motsvarighet i LOU och LUF. Övervägandena finns i avsnitt 5.3.

Paragrafen innehåller bestämmelser om att koncessioner inom vattenområdet ska vara undantagna från tillämpningsområdet i vissa fall. Undantagen gäller vid tilldelning av koncessioner som hör ihop med tillhandahållandet eller drift av publikt nät för produktion, transport eller distribution av vatten. Vidare är koncessioner avseende leverans av dricksvatten till sådana nät undantagna från lagens tillämpningsområde.

För att en koncession ska vara undantagen krävs att denna avser tillhandahållande eller drift av nät för dricksvatten eller tillhandahållande av dricksvatten. Detta behöver dock inte vara det enda syftet med koncessionen.

12 § *Denna lag gäller inte för koncessioner som har anknytning till sådan verksamhet som avses i 11 § och som avser*

1. vattenbyggnadsprojekt, konstbevattning och dränering, förutsatt att den volym vatten som avses för dricksvattenförsörjningen utgör mer än 20 procent av den totala volym vatten som tillhandahålls

genom dessa projekt eller konstbevattnings- och dräneringsanläggningar, eller

2. bortskaffande eller rening av avloppsvatten.

Paragrafen genomför artikel 12.2 i direktivet. Någon motsvarande bestämmelse finns inte i LOU och LUF. Övervägandena finns i avsnitt 5.3.

Av paragrafen framgår att lagen inte ska tillämpas vid tilldelning av koncessioner för bortskaffande eller rening av avloppsvatten när koncessionen har samband med sådan verksamhet som anges i 11 §, dvs. tillhandahållandet eller drift av publikt nät för produktion, transport eller distribution av vatten samt leverans av dricksvatten till sådana nät. Vidare framgår att lagen inte ska tillämpas vid tilldelning av koncessioner som avser vattenbyggnadsprojekt, konstbevattnings- och dräneringsanläggningar när koncessionen har samband med sådan verksamhet som avses i 11 § och den volym vatten som avses för dricksvattenförsörjningen utgör mer än 20 procent av den totala volym vatten som tillhandahålls genom de projekten eller konstbevattnings- och dräneringsanläggningarna. För att samband ska anses föreligga bör det finnas en funktionell anknytning med verksamheten som anges i 11 §.

Interna koncessioner

13 § Denna lag gäller inte för koncessioner mellan en upphandlande myndighet eller sådan upphandlande enhet som avses i 1 kap. 17 § första stycket 1 och en avtalspart som är en juridisk person eller en gemensam nämnd enligt kommunallagen (1991:900), om koncessionen är att anse som en intern koncession enligt 14–19 §§.

Med upphandlande enhet avses i 14–21 §§ endast sådana upphandlande enheter som avses i 1 kap. 17 § första stycket 1.

Paragrafen genomför, tillsammans med 14–21 §§, artikel 17 i direktivet. Första stycket motsvarar 3 kap. 11 § LOU och LUF. Övervägandena finns i avsnitt 5.3.

Första stycket i paragrafen innehåller en bestämmelse om att lagen inte ska tillämpas på koncessioner mellan en upphandlande myndighet eller en sådan upphandlande enhet som är en myndighet

och en juridisk person eller en gemensam nämnd enligt kommunallagen när koncessionen är en intern koncession enligt 14–19 §§. För ytterligare kommentarer, se kommentarerna till 105 § i avsnitt 14.1 och till 100 § i avsnitt 14.2 i SOU 2014:51.

Andra stycket i paragrafen innehåller en upplysning om vad som avses med upphandlande enhet i de paragrafer som behandlar interna koncessioner. Reglerna är endast tillämpliga på sådana upphandlande enheter som avses i 1 kap. 17 § första stycket 1 LUK, dvs. sådana enheter som är myndigheter, beslutande församlingar i kommuner och landsting, och offentligt styrda organ eller sammanslutningar sådana myndigheter, församlingar eller organ.

14 § *En koncession enligt 13 § ska anses vara en intern koncession, om*

1. den upphandlande myndigheten eller enheten utövar kontroll över avtalsparten motsvarande den som myndigheten eller enheten utövar över sin egen förvaltning,

2. avtalsparten utför mer än 80 procent av sin verksamhet för myndighetens eller enhetens räkning eller för andra sådana personer som avses i 13 § och som myndigheten eller enheten utövar kontroll över, och

3. det inte finns något sådant direkt privat ägarintresse som medför ett avgörande inflytande över avtalsparten.

Paragrafen genomför artikel 17.1 första stycket i direktivet och motsvarar 3 kap. 12 § LOU och LUF. Övervägandena finns i avsnitt 5.3.

Paragrafen anger under vilka förutsättningar en koncession ska anses utgöra en intern koncession när den upphandlande myndigheten eller enheten utövar kontroll över verksamheten, se vidare kommentarerna till 106 § i avsnitt 14.1 och till 101 § i avsnitt 14.2 i SOU 2014:51.

15 § *En koncession enligt 13 § ska också anses vara en intern koncession, om*

1. den upphandlande myndigheten eller enheten gemensamt med andra upphandlande myndigheter eller enheter utövar kontroll över avtalsparten motsvarande den som myndigheterna eller enheterna utövar över sina egna förvaltningar,

2. avtalsparten utför mer än 80 procent av sin verksamhet för myndigheternas eller enheternas räkning eller för andra sådana personer som avses i 13 § och som myndigheterna eller enheterna utövar kontroll över, och

3. det inte finns något sådant direkt privat ägarintresse som medför ett avgörande inflytande över avtalsparten.

Paragrafen genomför artikel 17.3 första stycket i direktivet och motsvarar 3 kap. 13 § LOU och LUF. Övervägandena finns i avsnitt 5.3.

Paragrafen anger under vilka förutsättningar en koncession ska anses utgöra en intern koncession när den upphandlande myndigheten eller enheten utövar kontroll över avtalsparten tillsammans med andra myndigheter eller enheter, se vidare kommentarerna till 107 § i avsnitt 14.1 och till 102 § i avsnitt 14.2 i SOU 2014:51.

16 § En koncession enligt 13 § ska också anses vara en intern koncession, om den upphandlande myndigheten eller enheten står under sådan kontroll av avtalsparten som avses i 14 § 1 och om

1. myndigheten eller enheten utför mer än 80 procent av sin verksamhet för den kontrollerande avtalspartens räkning eller andra sådana personer som avses i 13 § som den kontrollerande avtalsparten utövar kontroll över, och

2. det inte finns något sådant direkt privat ägarintresse som medför ett avgörande inflytande över avtalsparten.

Paragrafen genomför tillsammans med 17 och 18 §§ artikel 17.2 i direktivet och motsvarar 3 kap. 14 § LOU och LUF. Övervägandena finns i avsnitt 5.3.

Paragrafen innehåller bestämmelser om interna koncessioner mellan en upphandlande myndighet eller enhet och en avtalspart som kontrollerar myndigheten, se vidare kommentarerna till 108 § i avsnitt 14.1 och till 103 § i avsnitt 14.2 i SOU 2014:51.

17 § Ett koncession enligt 13 § ska också anses vara en intern koncession, om den upphandlande myndigheten eller enheten står under sådan kontroll som avses i 14 § 1 och den kontrollerande personen dessutom utövar sådan kontroll som avses i 14 § 1 över avtalsparten och om

1. myndigheten eller enheten utför mer än 80 procent av sin verksamhet för den kontrollerande personens räkning eller för sådana personer som avses i 13 § som den kontrollerande personen utövar kontroll över, och

2. det inte finns något sådant direkt privat ägarintresse som medför ett avgörande inflytande över avtalsparten.

Paragrafen genomför tillsammans med 16 och 18 §§ artikel 17.2 i direktivet och motsvarar 3 kap. 15 § LOU och LUF. Övervägandena finns i avsnitt 5.3.

Paragrafen innehåller bestämmelser om interna koncessioner mellan en upphandlande myndighet eller enhet och en avtalspart som båda kontrolleras av en och samma person, se vidare kommentarerna till 109 § i avsnitt 14.1 och till 104 § i avsnitt 14.2 i SOU 2014:51.

Bedömning av förhållanden avseende kontroll och verksamhet

18 § *En upphandlande myndighet eller enhet ska anses utöva sådan kontroll som avses i 14 § 1, om den har ett avgörande inflytande över avtalspartens strategiska mål och viktiga beslut. Kontrollen kan också utövas av en annan person som själv kontrolleras på samma sätt av myndigheten eller enheten.*

Upphandlande myndigheter och enheter ska anses utöva sådan gemensam kontroll som avses i 15 § 1, om

1. avtalspartens beslutsorgan består av representanter från samtliga myndigheter eller enheter,

2. myndigheterna eller enheterna tillsammans har ett avgörande inflytande över avtalspartens strategiska mål och viktiga beslut, och

3. avtalsparten inte har något eget intresse som strider mot myndigheternas eller enheternas intressen.

En avtalspart ska anses utöva sådan kontroll som avses i 16 § 1, om den har ett avgörande inflytande över den upphandlande myndighetens eller enhetens strategiska mål och viktiga beslut. Kontrollen kan också utövas av en annan person som själv kontrolleras på samma sätt av avtalsparten.

Paragrafen genomför artikel 17.1 andra stycket och 17.3 andra stycket i direktivet samt, tillsammans med 16 och 17 §§, artikel 17.2 i direktivet och motsvarar 3 kap. 16 § LOU och LUF. Övervägandena finns i avsnitt 5.3.

Paragrafen innehåller bestämmelser om kontrollen som avses i 13 § 1, 14 § 1 och 15 § 1, se vidare kommentarerna till 110 § i avsnitt 14.1 och till 105 § i avsnitt 14.2 i SOU 2014:51.

19 § En avtalsparts verksamhetsandel enligt 14 § 2 och 15 § 2 ska bestämmas på grundval av avtalspartens genomsnittliga totala omsättning i fråga om varor, tjänster och byggentreprenader under tre föregående år eller på grundval av ett annat lämpligt verksamhetsbaserat mått grundat på uppgifter under samma tidsperiod.

Om uppgifterna som avses i första stycket inte längre är relevanta eller inte är tillgängliga, får verksamhetsandelen bestämmas på grundval av något annat lämpligt verksamhetsmått.

Paragrafen genomför tillsammans med 21 § artikel 17.5 i direktivet och motsvarar 3 kap. 17 § LOU och LUF. Övervägandena finns i avsnitt 5.3.

Paragrafen innehåller bestämmelser om hur den verksamhetsandel som avses i 14 § 2 och 15 § 2 ska bestämmas, se vidare kommentarerna till 111 § i avsnitt 14.1 och till 106 § i avsnitt 14.2 i SOU 2014:51.

Kontrakt mellan upphandlande myndigheter och enheter

20 § Denna lag gäller inte för ett kontrakt som ingås mellan två eller flera upphandlande myndigheter eller enheter om

1. kontraktet upprättar eller reglerar formerna för ett samarbete mellan myndigheterna eller enheterna för att säkerställa att de offentliga tjänster som myndigheterna eller enheterna ska utföra tillhandahålls med målet att uppnå myndigheternas eller enheternas gemensamma mål,

2. genomförandet av samarbetet styrs endast av överväganden som hänger samman med allmänintresset, och

3. myndigheterna eller enheterna utövar verksamhet på den öppna marknaden i en omfattning som understiger 20 procent av de verksamheter som berörs av samarbetet.

Paragrafen genomför artikel 17.4 i direktivet och motsvarar 3 kap. 18 § LOU och LUF. Övervägandena finns i avsnitt 5.3.

Paragrafen innehåller bestämmelser om kontrakt mellan två eller flera upphandlande myndigheter eller enheter, se kommentarerna till 112 § i avsnitt 14.1 och till 107 § i avsnitt 14.2 i SOU 2014:51.

21 § Verksamhetsandelen enligt 20 § 3 ska bestämmas på grundval av den upphandlande myndighetens eller enhetens genomsnittliga totala omsättning i fråga om varor, tjänster och byggentreprenader under tre föregående år eller på grundval av ett annat lämpligt verksamhetsbaserat mått grundat på uppgifter under samma tidsperiod.

Om uppgifterna som avses i första stycket inte längre är relevanta eller inte är tillgängliga, får verksamhetsandelen bestämmas på grundval av något annat lämpligt verksamhetsmått.

Paragrafen genomför tillsammans med 19 § artikel 17.5 i direktivet och motsvarar 3 kap. 19 § LOU och LUF. Övervägandena finns i avsnitt 5.3.

Paragrafen innehåller bestämmelser om verksamhetsandelen som avses i 20 § 3, se vidare kommentarerna till 113 § i avsnitt 14.1 och till 108 § i avsnitt 14.2 i SOU 2014:51.

Anknutna företag och samriskföretag

22 § Med anknutet företag avses

1. företag över vilket en upphandlande enhet har ett bestämmande inflytande,

2. företag som kan utöva ett bestämmande inflytande över en upphandlande enhet, och

3. företag som tillsammans med en upphandlande enhet står under bestämmande inflytande av ett annat företag på grund av ägande eller finansiellt deltagande eller på grund av de regler företaget lyder under.

Med anknutet företag avses även alla företag vars årsräkenskaper konsolideras med den upphandlande enhetens enligt kraven i Europa-

parlamentets och rådets direktiv 2013/34/EU av den 26 juni 2013 om årsbokslut, koncernredovisning och rapporter i vissa typer av företag, om ändring av Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/43/EG och om upphävande av rådets direktiv 78/660/EEG och 83/349/EEG.

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

Paragrafen genomför artikel 13.1 och 13.2 i direktivet och motsvarar 3 kap. 20 § LUF. Övervägandena finns i avsnitt 5.3.

Paragrafen innehåller definitionen av anknutet företag. Paragrafen har utformats på samma sätt som motsvarande paragraf i LUF, se vidare författningskommentarerna i avsnitt 28.2 i Ds 2014:25.

23 § Under de förutsättningar som anges i 24 § gäller inte denna lag för koncessioner som

- 1. en upphandlande enhet tilldelar ett anknutet företag, eller*
- 2. ett samriskföretag, bildat uteslutande av flera upphandlande enheter för att bedriva verksamhet som avses i bilaga 2, tilldelar ett företag som är anknutet till någon av dem.*

Paragrafen genomför artikel 13.3 i direktivet. Paragrafen motsvarar 3 kap. 21 § LUF. Övervägandena finns i avsnitt 5.3.

Av paragrafen framgår att koncessioner som tilldelas ett anknutet företag eller ett samriskföretag är undantaget från lagens tillämpningsområde. Paragrafen har utformats på samma sätt som motsvarande paragraf i LUF, se vidare författningskommentarerna i avsnitt 28.2 i Ds 2014:25.

24 § Bestämmelserna i 23 § gäller under förutsättning att företagets tillhandahållande med anledning av tilldelningen av tjänste- eller byggkoncessioner motsvarar minst 80 procent av det anknutna företagets genomsnittliga omsättning av tjänster respektive byggentreprenader under de föregående tre åren.

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

Om mer än ett företag som är anknutet till den upphandlande enheten tillhandahåller samma eller liknande tjänster eller byggtreprenader ska andelen beräknas med hänsyn till den totala omsättning som härrör från tjänster respektive byggtreprenader från dessa anknutna företag.

Paragrafen genomför tillsammans med 23 § artikel 13.3–13.6 i direktivet och motsvarar 3 kap. 22 § LUF. Paragrafen har utformats på samma sätt, se vidare författningskommentarerna i avsnitt 28.2 i Ds 2014:25. Övervägandena finns i avsnitt 5.3.

25 § *Denna lag gäller inte för kontrakt som*

1. ett samriskföretag, bildat uteslutande av upphandlande enheter för att bedriva verksamhet som omfattas av bilaga 2, tilldelar en av dessa upphandlande enheter, eller

2. en upphandlande enhet tilldelar ett sådant samriskföretag som enheten ingår i.

Undantagen i första stycket gäller om samriskföretaget har bildats för att utföra den aktuella verksamheten under en tid av minst tre år och om det i den handling som upprättats för bildandet av företaget anges att de upphandlande enheter som det består av kommer att ingå i det under minst samma tid.

Paragrafen genomför artikel 14 i direktivet och motsvarar 3 kap. 23 § LUF. Övervägandena finns i avsnitt 5.3.

Paragrafen anger under vilka förutsättningar lagen inte ska tillämpas på koncessioner som tilldelas samriskföretag. Paragrafen har utformats på samma sätt som motsvarande paragraf i LUF, se vidare författningskommentarerna i avsnitt 28.2 i Ds 2014:25.

26 § *På begäran av Europeiska kommissionen ska en upphandlande enhet som tilldelat ett kontrakt med tillämpning av något av undantagen i 23 eller 25 § lämna uppgifter till kommissionen om namnen på de berörda företagen eller samriskföretagen och om de berörda kon-*

cessionernas art och värde samt tillhandahålla det underlag som kommissionen anser vara nödvändigt för att visa att relationerna mellan företaget eller samriskföretaget och den upphandlande enheten motsvarar kraven i 23–25 §§.

Paragrafen genomför artikel 15 i direktivet och motsvarar 2 kap. 24 § LUF.

Direkt konkurrensutsatt verksamhet

27 § Denna lag gäller inte om det fastställts enligt det särskilda förfarande som anges i artikel 35 i 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 att verksamheten är direkt konkurrensutsatt på marknader med fritt tillträde.

Paragrafen genomför artikel 16 och motsvarar 3 kap. 25 § första stycket LUF. Övervägandena finns i avsnitt 5.3.

Paragrafen innehåller en bestämmelse om att lagen inte ska tillämpas vid tilldelning av koncessioner för en verksamhet som i och för sig omfattas av lagen men som av Europeiska kommissionen har fastställts vara direkt konkurrensutsatt på marknader med fritt tillträde i enlighet med vissa bestämmelser i LUF-direktivet. Det framgår av artikel 35 i LUF-direktivet att en medlemsstat eller en upphandlande enhet kan ansöka om att kommissionen ska fastställa att verksamheten är direkt konkurrensutsatt på sätt som avses i artikel 34 i LUF-direktivet.

Särskilda undantag för vissa tjänstekoncessioner

Förvärv av fastighet m.m.

28 § Denna lag gäller inte för tjänstekoncessioner som avser förvärv av fastighet, arrenderätt, hyresrätt, bostadsrätt, tomträtt, servitutsrätt eller någon annan rättighet till fastighet.

Med fastighet enligt första stycket avses det som enligt jordabalken utgör eller tillhör en fastighet. Befintlig byggnad som tillhör någon

annan än ägaren till jorden ska också anses utgöra en fastighet. Det samma gäller sådana tillhör till byggnaden som avses i 2 kap. 2 och 3 §§ jordabalken, om de tillhör byggnadens ägare.

Paragrafens första stycke genomför artikel 10.8 a i direktivet. Paragrafen motsvarar 3 kap. 20 § LOU och 3 kap. 26 § LUF. Övervägandena finns i avsnitt 5.3.

Paragrafen innehåller bestämmelser om att lagen inte är tillämplig för tjänstekoncessioner som avser förvärv av eller rättighet till fastighet samt förklarar vad som avses med fastighet i lagen. Paragrafen har utformats på samma sätt som motsvarande paragrafer i LOU och LUF, se vidare författningskommentarerna i avsnitt 28.1 och 28.2 i Ds 2014:25.

Radio- och tv-området

29 § *Denna lag gäller inte för tjänstekoncessioner som avser*

1. anskaffning, utveckling, produktion eller samproduktion av programmaterial avsett för medietjänster och som tilldelas av en leverantör av medietjänster, eller

2. sändningstid eller tillhandahållande av program och som tilldelas en leverantör av medietjänster.

Leverantör av medietjänster och programföretag ska ha samma betydelse som i radio- och tv-lagen (2010:696).

Paragrafen genomför artikel 10.8 b i direktivet och motsvarar 3 kap. 21 § LOU och, såvitt avser första stycket 2 och andra stycket, 3 kap. 27 § LUF. Övervägandena finns i avsnitt 5.3.

Paragrafen innehåller bestämmelser om undantag från lagens tillämpningsområde för koncessioner som avser vissa medietjänster. Paragrafen har utformats på samma sätt som motsvarande paragrafer i LOU och LUF, se vidare författningskommentarerna i avsnitt 28.1 och 28.2 i Ds 2014:25.

Skiljemanna- och förlikningsuppdrag

30 § *Denna lag gäller inte för tjänstekoncessioner som avser skiljemanna- eller förlikningsuppdrag.*

Paragrafen genomför artikel 10.8 c i direktivet och motsvarar 3 kap. 22 § LOU och 3 kap. 28 § LUF, se vidare författningskommentarerna i avsnitt 28.1 och 28.2 i Ds 2014:25. Övervägandena finns i avsnitt 5.3.

Vissa juridiska tjänster

31 § *Denna lag gäller inte för tjänstekoncessioner som avser biträde till en klient av en advokat i*

1. ett skiljemanna- eller förlikningsförfarande inom riket, i någon annan stat eller inför en internationell skiljemanna- eller förlikningsinstans,

2. ett rättsligt förfarande inför domstol eller hos myndighet inom riket, eller

3. ett rättsligt förfarande inför en domstol, tribunal eller hos myndighet i någon annan stat eller inför en internationell domstol, tribunal eller institution.

Undantagen enligt första stycket gäller även för juridisk rådgivning som ges av en advokat inför ett sådant förfarande, eller när den sak som rådgivningen gäller med hög sannolikhet kommer att bli föremål för ett sådant förfarande.

Paragrafen genomför artikel 10.8 d) i och ii i direktivet och motsvarar 3 kap. 23 § LOU och 3 kap. 29 § LUF. Övervägandena finns i avsnitt 5.3.

Paragrafen innehåller bestämmelser om undantag från lagens tillämpningsområde för tjänstekoncessioner som avser biträde som en advokat ger till en klient beträffande vissa rättsliga förfaranden samt viss juridisk rådgivning. Paragrafen har utformats på samma sätt som motsvarande bestämmelser i LOU och LUF, se vidare författningskommentarerna i avsnitt 28.1 och 28.2 i Ds 2014:25.

32 § *Denna lag gäller inte för tjänstekoncessioner som avser*

1. tjänster som avser certifiering och autentisering av dokument och som måste tillhandahållas av notarius publicus,

2. juridiska tjänster som tillhandahålls av förmyndare, förvaltare eller god man,

3. juridiska tjänster som tillhandahålls av någon som är utsedd av domstol eller som enligt lag har att utföra särskilda uppdrag under överinseende av domstol, eller

4. juridiska tjänster som är förenade med offentlig maktutövning.

Paragrafen genomför artikel 10.8 d) iii–v i direktivet och motsvarar 3 kap. 24 § LOU och 3 kap. 30 § LUF. Övervägandena finns i avsnitt 5.3.

Paragrafen innehåller bestämmelser om undantag från lagens tillämpningsområde för tjänstekoncessioner som avser tjänster som måste utföras av notarius publicus, förordnanden av familjerättsliga uppdragstagare i form av förmyndare, förvaltare och god man, juridiska tjänster som utförs av någon som en domstol utsett samt juridiska tjänster som är förenade med utövande av offentlig makt. Paragrafen har utformats på samma sätt som motsvarande bestämmelser i LOU och LUF, se vidare författningskommentarerna i avsnitt 28.1 och 28.2 i Ds 2014:25.

Vissa finansiella tjänster

33 § *Denna lag gäller inte för tjänstekoncessioner som avser*

1. finansiella tjänster i anslutning till utfärdande, försäljning, förvärv eller överlåtelse av värdepapper eller andra finansiella instrument,

2. tjänster som utförs av centralbanker,

3. insatser som genomförs tillsammans med Europeiska finansiella stabiliseringsfaciliteten och Europeiska stabilitetsmekanismen, eller

4. lån, även i samband med utfärdande, försäljning, förvärv eller överlåtelse av värdepapper eller andra finansiella instrument.

Finansiella instrument har samma betydelse som i lagen (2007:528) om värdepappersmarknaden.

Paragrafen genomför artikel 10.8 e och f i direktivet och motsvarar 3 kap. 25 § LOU och delvis 3 kap. 31 § LUF. Övervägandena finns i avsnitt 5.3.

Paragrafen innehåller bestämmelser om undantag från lagens tillämpningsområde för tjänstekoncessioner som avser vissa finansiella tjänster. Paragrafen har utformats på samma sätt som motsvarande bestämmelser i LOU och LUF, se vidare författningskommentarerna i avsnitt 28.1 och 28.2 i Ds 2014:25.

Civildförsvartjänster, räddningstjänster och tjänster för förebyggande av fara

34 § *Denna lag gäller inte för tjänstekoncessioner som avser civilförsvartjänster, räddningstjänster och tjänster för förebyggande av fara, om tjänsterna tillhandahålls av icke vinstdrivande organisationer eller sammanslutningar och omfattas av CPV-koderna för*

- 1. brandkårs- och räddningstjänster,*
- 2. brandkårstjänster,*
- 3. brandsläckning,*
- 4. brandskyddstjänster,*
- 5. bekämpning av skogsbränder,*
- 6. räddningstjänster,*
- 7. civilförsvartjänster,*
- 8. nukleära säkerhetstjänster, eller*
- 9. ambulanstjänster, utom ambulanstjänster för transport av patienter.*

Paragrafen genomför artikel 10.8 g i direktivet och motsvarar 3 kap. 27 § LOU och 3 kap. 33 § LUF. Övervägandena finns i avsnitt 5.3.

Paragrafen innehåller bestämmelser om undantag för tjänstekoncessioner som avser civilförsvartjänster, räddningstjänster och tjänster för förebyggande av fara i vissa fall. Paragrafen har utformats på samma sätt som motsvarande bestämmelser i LOU och LUF, se vidare författningskommentarerna i avsnitt 28.1 och 28.2 i Ds 2014:25.

Politiska kampanjer

35 § *Denna lag gäller inte för tjänstekoncessioner som avser politiska kampanjer om de tilldelas av ett politiskt parti i samband med en valkampanj och omfattas av CPV-koderna för*

- 1. reklamkampanjer,*
- 2. produktion av propagandafilm, eller*
- 3. produktion av propagandavideor.*

Paragrafen genomför artikel 10.8 h i direktivet och motsvarar 3 kap. 28 § LOU. Övervägandena finns i avsnitt 5.3.

Paragrafen innehåller bestämmelser om undantag för vissa tjänstekoncessioner som ingår i politiska kampanjer. Paragrafen har utformats på samma sätt som motsvarande bestämmelse i LOU. För ytterligare kommentarer hänvisas till kommentarerna till den bestämmelsen i avsnitt 28.1 i Ds 2014:25.

Lotteritjänster

36 § *Denna lag ska inte tillämpas på tjänstekoncessioner för lotteritjänster som omfattas av CPV-kod 92351100-7 som staten tilldelar en leverantör på grund av en ensamrätt. Med ensamrätt avses i denna paragraf inte sådana ensamrätter som anges i 1 kap. 17 § tredje stycket.*

Beviljande av en sådan ensamrätt som avses i första stycket första meningen ska offentliggöras i Europeiska unionens officiella tidning.

Paragrafen genomför artikel 10.9. Några motsvarande bestämmelser finns inte i LOU och LUF. Övervägandena finns i avsnitt 5.3.

Paragrafen innebär att tjänstekoncessioner som avser lotteritjänster i vissa fall faller utanför lagens tillämpningsområde. De lotteritjänster som avses är sådana som omfattas av CPV-referensnummer 92351100-7 (lotteriverksamhet). Andra typer av speltjänster, såsom kasinoverksamhet och totoverksamhet, omfattas alltså inte av undantaget. För att verksamheten ska falla in under lotteriverksamhet bör vara tillräckligt att det huvudsakliga syftet med koncessionen är driften av lotteriverksamhet.

För att en tjänstekoncession som rör lotteriverksamhet ska vara undantagen från lagens tillämpningsområde krävs vidare att koncessionen tilldelas av staten, t.ex. genom en central statlig myndighet och att koncessionen tilldelas på grundval av en tidigare meddelad ensamrätt. Se vidare skäl 35 i direktivet.

4 kap. Allmänna bestämmelser

Principer för upphandling av koncessioner

1 § Upphandlande myndigheter och enheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet.

Paragrafen genomför artikel 3.1 första stycket och 3.2 i direktivet. Paragrafen motsvarar 4 kap. 1 § LOU och LUF. Övervägandena finns i avsnitt 6.1.

Paragrafen innehåller bestämmelser om de allmänna principerna för upphandling. Paragrafen har utformats på samma sätt som motsvarande bestämmelser i LOU och LUF, se vidare kommentarerna till 101 § i avsnitt 14.1 och till 96 § i avsnitt 14.2 i SOU 2014:51.

I just LUK-direktivet finns en hänvisning till att sekretess ska beaktas. Enligt utredningens mening saknas skäl att särskilt anmärka detta i förevarande paragraf, se också avsnitt 3.4 i SOU 2014:51.

2 § En upphandling får inte utformas i syfte att undanta den från denna lags tillämpningsområde och får inte heller utformas på ett sätt som otillbörligt gynnar eller missgynnar vissa leverantörer eller vissa varor, tjänster eller byggentreprenader.

Paragrafen genomför artikel 3.1 andra stycket i direktivet och motsvarar ungefär 4 kap. 2 § LOU och LUF. Övervägandena finns i avsnitt 6.1.

Paragrafen innehåller bestämmelser om att upphandlingen inte får utformas i syfte att undanta den från lagens tillämpningsområde eller att otillbörligt gynna eller missgynna vissa leverantörer eller

vissa byggentreprenader, varor eller tjänster. I artikel 3.2 i direktivet anges även att uppskattningen av värdet inte får göras i syfte undanta koncessionen från direktivets tillämpningsområde. Detta anges även i bestämmelserna om uppskattning av det beräknade värdet och behöver inte dessutom tas upp i den här bestämmelsen.

Paragrafen utgör ett i det närmaste ordagrant genomförande av artikel 3.1 andra stycket i direktivet och avviker således från lydelsen av motsvarande paragraf i LOU och LUF. Den enda anledningen till avvikelsen är artikelns utformning. Enligt utredningens mening är lydelsen i direktivet något tydligare och därmed också något bättre än den som förestavas av LOU-direktivet och LUF-direktivet. Någon ändring i sak av denna allmänna princip för upphandling torde inte uppkomma och är rimligen inte heller avsedd av unionslagstiftaren.

Dock bör här ytterligare nämnas att den föreslagna texten – i den del den innebär ett tillägg till motsvarande text i LOU-direktivet och LUF-direktivet – knappast utgör någon förbättring eller något förtydligande. Det som nu avses är den text som gäller gynnande eller missgynnande av ”varor, tjänster eller byggentreprenader”. Man kan nämligen fråga sig hur ett gynnande av t.ex. en tjänst skulle gå till i ett upphandlingsperspektiv. Utredningen utgår från att texten, som alltså är hämtad från direktivet, ska tolkas med utgångspunkt i direktivets syfte att befrämja den fria rörligheten m.m. med hänsyn till den inre marknadens funktion (skäl 1 och 4 andra stycket i direktivet). Med en sådan tämligen abstrakt utgångspunkt skulle alltså ett gynnande eller missgynnande kunna bestå av att tjänsten beskrivs på ett sådant sätt att den inre marknadens fulla potential inte utnyttjas. I enlighet med utredningens arbetsmetod har texten alltså genomförts enligt direktivets ordalydelse. Men enligt utredningens uppfattning kan det sättas i fråga att det nu citerade uttryckssättet egentligen tillför något i sak i förhållande till vad paragrafen redan inledningsvis reglerar.

För ytterligare kommentarer, se kommentarerna till 102 § i avsnitt 14.1 och till 97 § i avsnitt 14.2 i SOU 2014:51.

3 § En upphandlande myndighet eller enhet bör beakta miljöhänsyn och sociala hänsyn vid upphandling av koncessioner om upphandlingens art motiverar detta.

Paragrafen genomför inte någon artikel i direktivet men motsvarar 4 kap. 3 § LOU och LUF.

Paragrafen anger att miljöhänsyn och sociala hänsyn bör beaktas vid upphandling om upphandlingens art motiverar detta. En sådan bestämmelse infördes i LOU och LUF 2010 och behandlas i prop. 2009/10:180 del 1 s. 267 f. Samma intresse för miljöhänsyn och sociala hänsyn gäller beträffande koncessioner (jfr skäl 55 i direktivet). Paragrafen har utformats på samma sätt som motsvarande paragrafer i LOU och LUF, se vidare författningskommentarerna i avsnitt 28.1 och 28.2 i Ds 2014:25.

4 § *För att säkerställa att leverantörer som har tilldelats koncessioner enligt denna lag fullgör kontrakten i enlighet med tillämpliga miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter, ska upphandlande myndigheter och enheter vidta de särskilda åtgärder och övriga lämpliga åtgärder som är förenliga med bestämmelserna i denna lag.*

Bestämmelser om särskilda åtgärder som myndigheterna och enheterna kan vidta enligt första stycket finns i 11 kap. 4 § och 14 kap. 1 §.

Paragrafen genomför artikel 30.3 i direktivet och motsvarar delvis 4 kap. 4 § LOU och LUF. Övervägandena finns i avsnitt 6.1.

Paragrafen innehåller bestämmelser om att upphandlande myndigheter och enheter ska tillse att de leverantörer som tilldelats kontrakt fullgör dessa i enlighet med tillämpliga miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter. Paragrafen har utformats på samma sätt som motsvarande bestämmelser i LOU och LUF bortsett från att det i LOU och LUF finns fler bestämmelser om vilka särskilda åtgärder som upphandlande myndigheter och enheter kan vidta för att uppfylla sina skyldigheter enligt första stycket. I LOU och LUF görs hänvisningar till bestämmelserna om att ett anbud ska förkastas om det är orimligt lågt och att den upphandlande myndigheten eller enheten får välja att inte tilldela ett kontrakt till en leverantör vars anbud inte uppfyller skyldigheterna enligt 4 kap. 4 § LOU respektive LUF. De bestämmelser i LOU-direktivet och LUF-direktivet som ligger bakom de bestämmelserna saknar motsvarighet i LUK-direktivet. För kommentarer i övrigt, se kommentarerna till 103 § i avsnitt 14.1 och till 98 § i avsnitt 14.2 i SOU 2014:51.

CPV-nomenklaturen

5 § *Alla hänvisningar till nomenklatur inom ramen för upphandling av koncessioner ska göras genom användning av den terminologi som fastställs i Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 2195/2002 av den 5 november 2002 om en gemensam terminologi vid offentlig upphandling (CPV), i lydelsen enligt Europeiska kommissionens förordning (EG) nr 213/2008.*

Regeringen tillkännager i Svensk författningssamling CPV-koder för sådana

- 1. forsknings- och utvecklingstjänster som avses i 2 kap. 20 §,*
- 2. civilförsvarstjänster, räddningstjänster och tjänster för förebyggande av fara som avses i 3 kap. 34 §,*
- 3. politiska kampanjer som avses i 3 kap. 35 §, och*
- 4. byggtreprenadkontrakt som avses i bilaga 1.*

Paragrafens första stycke genomför artikel 27.1 i direktivet. Paragrafen motsvarar 4 kap. 5 § LOU och LUF.

Paragrafen innehåller bestämmelser om att CPV-nomenklaturen ska användas vid hänvisningar till nomenklatur vid upphandling av koncessioner. Paragrafen har utformats på samma sätt som motsvarande paragrafer i LOU och LUF, se vidare författningskommentarerna i avsnitt 28.1 och 28.2 i Ds 2014:25.

Rätten att få delta i en upphandling

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

Juridiska personer får uppmanas att i anbudet eller anbudsansökan uppge namn och yrkeskvalifikationer på de personer som ska utföra tjänsterna.

Paragrafen genomför artikel 26.1 och motsvarar delvis 4 kap. 6 § LOU och LUF.

Paragrafen innehåller bestämmelser om att det inte är tillåtet för upphandlande myndigheter och enheter att ställa krav på att en

leverantör är en fysisk eller juridisk person. Paragrafen har utformats på samma sätt som motsvarande paragrafer i LOU och LUF, se vidare författningskommentarerna i avsnitt 28.1 och 28.2 i Ds 2014:25.

7 § Grupper av leverantörer får delta i upphandlingar. En upphandlande myndighet eller enhet får inte ställa upp villkor om att sådana grupper ska ha en viss juridisk form för att få lämna en anbudsansökan eller ett anbud. Myndigheten eller enheten får dock begära att en grupp ska ha en viss juridisk form när den blivit tilldelad kontraktet, om det krävs för att kontraktet ska kunna fullgöras på ett godtagbart sätt.

Den upphandlande myndigheten eller enheten får ange i något av koncessionsdokumenten hur grupper av leverantörer ska uppfylla kraven på ekonomisk och finansiell ställning eller teknisk kunskap eller yrkeskunskap enligt 12 kap. 2 § om det är berättigat av objektiva skäl.

Den upphandlande myndigheten eller enheten får ställa upp särskilda villkor om hur grupper av leverantörer ska fullgöra kontraktet om det är berättigat av objektiva skäl.

Paragrafen genomför artikel 26.2 och 26.3 i direktivet och motsvarar 4 kap. 7 § LOU och LUF.

Paragrafen innehåller bestämmelser om att upphandlande myndigheter och enheter inte får kräva att en grupp av leverantörer har viss juridisk form för att få delta i upphandlingen, men att sådana krav kan ställas efter att koncessionen tilldelats. Ett sådant krav får dock bara ställas om det är nödvändigt att gruppen av leverantörer har en viss juridisk form för att koncessionen ska kunna fullgöras på ett tillfredsställande sätt. Paragrafen har utformats på samma sätt som motsvarande paragrafer i LOU och LUF, se vidare författningskommentarerna i avsnitt 28.1 och 28.2 i Ds 2014:25.

Reserverade koncessioner

8 § En upphandlande myndighet eller enhet får

1. reservera deltagandet i en upphandling för skyddade verkstäder eller för leverantörer vars främsta syfte är social och yrkesmässig

integration av personer med funktionsnedsättning eller av missgynnade personer, eller

2. föreskriva att en koncession ska fullgöras inom ramen för ett program för skyddad anställning, om minst 30 procent av arbetstagarerna i sådana verkstäder, hos sådana leverantörer eller i sådana program är personer med funktionsnedsättning eller missgynnade personer.

När en upphandlande myndighet eller enhet avser att reservera en koncession enligt första stycket, ska den i annonsen enligt 8 kap. ange att upphandlingen ska genomföras enligt bestämmelserna om reserverade koncessioner.

Paragrafen genomför artikel 24 i direktivet och motsvarar 4 kap. 9 § LOU och LUF. Övervägandena finns i avsnitt 5.2.3.

Paragrafen innehåller bestämmelser om reserverade koncessioner. Paragrafen har utformats på samma sätt som motsvarande bestämmelser i LOU och LUF, se vidare kommentarerna till 1 § i avsnitt 14.1 och till 1 § i avsnitt 14.2 i SOU 2014:51.

Koncessioners varaktighet

9 § *Koncessioner ska vara tidsbegränsade.*

Den upphandlande myndigheten eller enheten ska bedöma löptiden på grundval av de byggtreprenader eller tjänster som efterfrågas.

Paragrafen genomför artikel 18.1 i direktivet. Någon motsvarande bestämmelse finns inte i LOU och LUF. Övervägandena finns i avsnitt 6.3.

Paragrafen innehåller en bestämmelse om att koncessioner ska begränsas i tid. Varaktigheten ska bestämmas på grundval av de byggtreprenader eller tjänster som koncessionen avser.

10 § *Koncessioner med längre löptid än fem år får inte ha en längre maximal varaktighet än vad som kan förväntas rimligen gå åt för att koncessionshavaren ska kunna kompenseras för gjorda investeringar för utnyttjandet av byggnadsverken eller tillhandahållandet av tjänsterna tillsammans med en avkastning på det investerade kapitalet.*

Vid beräkningen ska beaktas de investeringar som krävs för att uppnå särskilda mål enligt avtalen. Både inledande investeringar och investeringar under koncessionens varaktighet ska beaktas vid beräkningen.

Paragrafen genomför artikel 18.2 i direktivet. Någon motsvarande bestämmelse finns inte i LOU och LUF. Övervägandena finns i avsnitt 6.3.

Paragrafen anger hur en koncessions varaktighet ska bestämmas. För koncessioner som beräknas pågå mer än fem år gäller att dessa inte får vara längre än vad som rimligen kan behövas för att koncessionshavaren ska kompenseras för gjorda investeringar. Därtill ska också läggas att koncessionshavarna ska ha rätt till avkastning på det investerade kapitalet. Det anges inte hur stor denna avkastning får vara. Det är alltså en fråga som får överlåtas till rättstillämpningen. En rimlig utgångspunkt torde vara att avkastningskravet i varje enskilt fall får avgöras t.ex. i förhållande till vad som kan utredas vara normal avkastning inom upphandlingsområdet i fråga.

Ordet ”maximal” finns i artikeltexten och är därför genomfört i LUK. Ordet förefaller dock överflödigt.

5 kap. Tröskelvärde

Tröskelvärdets storlek

1 § Denna lag ska tillämpas på koncessioner vars värde uppgår till minst det belopp (tröskelvärde) som anges i Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/23/EU av den 26 februari 2014 om tilldelning av koncessioner eller som Europeiska kommissionen vid varje tid har beslutat eller lämnat meddelande om.

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

Värdet av koncessionen ska beräknas exklusive mervärdesskatt.

Paragrafen genomför artikel 8.1 och tillsammans med 2 § artikel 8.2 första stycket i direktivet. Paragrafen motsvarar delvis 5 kap. 1 § LOU och LUF. Övervägandena finns i avsnitt 6.2.

Av paragrafen framgår att lagen gäller vid upphandling av koncessioner vars värde överstiger det av kommissionen vid varje tidpunkt fastställda tröskelvärden och att uppgift om tröskelvärdet tillkännages i Svensk författningssamling. Vidare innehåller paragrafen en bestämmelse om att värdet ska beräknas exklusive mervärdesskatt. Paragrafen har utformats på liknande sätt som 5 kap. 1 § LOU respektive LUF. Vid upphandling av koncessioner finns emellertid endast ett tröskelvärde som gäller för såväl byggkoncessioner som tjänstekoncessioner och oavsett om det är frågan om sociala och andra särskilda tjänster eller andra tjänster. I direktivet anges att tröskelvärdet är 5 186 000 euro.

Det bör för ordningens skull här antecknas att bestämmelserna i 15 kap. gäller för koncessioner vars värde inte uppgår till tröskelvärdet (se 2 kap. 1 §).

Beräkning av värdet av en koncession

2 § Den upphandlande myndigheten eller enheten ska beräkna värdet av en koncession efter en uppskattning av den sammanlagda omsättningen som uppkommer för koncessionshavaren under kontraktets varaktighet, som ersättning för de byggentreprenader och tjänster som koncessionen avser och för de varor som följer med sådana byggentreprenader och tjänster.

Paragrafen genomför artikel 8.2 första stycket i direktivet. Någon motsvarande bestämmelse finns inte i LOU och LUF, men den kan jämföras med 5 kap. 3 § LOU och 5 kap. 2 § LUF. Övervägandena finns i avsnitt 6.2.

Paragrafen innehåller bestämmelser om hur värdet på en koncession ska bestämmas. Detta ska göras med utgångspunkt i en uppskattning av koncessionshavarens sammanlagda omsättning i anledning av koncessionen. Att det är den sammanlagda omsättningen som ska beaktas innebär att i de fall koncessionen innefattar både byggentreprenader och tjänster ska värdet bestämmas med hänsyn tagen till ersättningen för samtliga byggentreprenader och tjänster som koncessionen avser. När det i lagen talas om värdet på koncessionen avses alltså en uppskattning av värdet. Det faktiska

värdet är i regel inte möjligt att fastställa förrän koncessionen är slutförd.

3 § Beräkningen av det uppskattade värdet av en koncession ska avse värdet vid den tidpunkt då koncessionsmeddelandet skickas ut eller, om annonsering inte krävs, vid den tidpunkt då den upphandlande myndigheten eller enheten påbörjat upphandlingsförfarandet.

Paragrafen genomför artikel 8.2 andra stycket i direktivet och motsvarar 5 kap. 5 § LOU och 5 kap. 4 § LUF. Övervägandena finns i avsnitt 6.2.

Paragrafen innehåller bestämmelser om vilken tidpunkt som är den relevanta vid beräkningen av en koncessions värde. Som huvudregel gäller att tidpunkten för offentliggörandet av koncessionsmeddelandet är den relevanta tidpunkten. I de fall annonsering inte är nödvändig är den relevanta tidpunkten i stället den dag då förfarandet påbörjas. I artikeln anges som exempel på när ett förfarande för koncessionstilldelning påbörjas att leverantörer kontaktas i samband med upphandlingen. Detta överensstämmer med nuvarande praxis om när ett förfarande anses ha påbörjats, se mål C-26/03 *Stadt Halle* och rättsfallet HFD 2013 ref. 31.

Paragrafen har utformats på samma sätt som motsvarande paragrafer i LOU och LUF, se vidare författningskommentarerna i avsnitt 28.1 och 28.2 i Ds 2014:25.

4 § Om värdet av koncessionen vid tidpunkten för tilldelningen är mer än 20 procent högre än det uppskattade värdet enligt 3 § ska värdet vid tilldelningen användas.

Paragrafen genomför artikel 8.2 tredje stycket i direktivet och har ingen motsvarighet i LOU och LUF. Övervägandena finns i avsnitt 6.2.

Paragrafen innehåller bestämmelser om att värdet vid tilldelningen av koncessionen ska vara avgörande för om de direktivstyrda reglerna i lagen ska tillämpas när koncessionens värde ökat med mer än 20 procent än det uppskattade värdet enligt 3 §. Regleringen innebär att om det vid tilldelningen framkommer att värdet på koncessionen överstiger det tidigare uppskattade värdet med mer än 20 procent och värdet då överstiger tröskelvärdet måste

förfarandet följa de regler i denna lag som gäller upphandling av koncessioner över tröskelvärdena. I de fall den upphandlande myndigheten eller enheten ursprungligen valt att inte tillämpa reglerna om upphandling över tröskelvärdet måste alltså förfarandet avslutas och upphandlingen göras om. Även i det här skedet är det frågan om en uppskattning av värdet, men vid den här tidpunkten har den upphandlande myndigheten eller enheten tagit del av anbudet. Om en koncession ursprungligen har uppskattats till ett värde som understiger tröskelvärdet enligt 1 § och det vid tilldelningen visar sig att värdet har ökat med mindre än 20 procent men ändå överstiger tröskelvärdet torde detta inte innebära att förfarandet måste följa de regler som gäller upphandling över tröskelvärdet. Myndighetens eller enhetens ursprungliga uppskattning måste dock ha gjorts på ett korrekt sätt och vara objektivt godtagbar.

Metod för beräkning av det uppskattade värdet

5 § *Värdet av en koncession ska beräknas med hjälp av en objektiv metod. Metoden ska anges i något av koncessionsdokumenten. Vid beräkningen ska, i tillämpliga fall, beaktas följande*

1. värdet av varje form av options- och förlängningsklausul i fråga om koncessionens varaktighet,

2. intäkter i form av betalning av avgifter och straffavgifter som tas ut från andra användare av byggnadsverken eller tjänsterna än den upphandlande myndigheten eller enheten,

3. ersättningar eller andra ekonomiska fördelar oavsett form som koncessionshavaren får av den upphandlande myndigheten eller enheten eller någon annan myndighet, inbegripet ersättning för fullgörandet av en skyldighet att tillhandahålla ett offentligt uppdrag och offentligt investeringsstöd,

4. värdet av bidrag eller andra ekonomiska fördelar oavsett form som koncessionshavaren får från tredje part för utförandet av koncessionen,

5. intäkter från försäljning av eventuella tillgångar som är en del av koncessionen, samt

6. värdet av alla varor och tjänster som görs tillgängliga för koncessionshavaren av de upphandlande myndigheterna eller enheterna

förutsatt att de är nödvändiga för att utföra byggtreprenaderna eller tjänsterna, och

7. premier eller ersättningar till anbudssökande eller anbudsgivare.

Paragrafen genomför artikel 8.3 i direktivet. Någon motsvarande paragraf finns inte i LOU och LUF. Övervägandena finns i avsnitt 6.2.

Paragrafen innehåller bestämmelser om vad som ska beaktas vid beräkningen av en koncessions värde enligt den uppskattning som den upphandlande myndigheten eller enhetens ska göra enligt 2 §. Regleringen innebär att varje form av ersättning som koncessionshavaren får i anledning av koncessionen ska beaktas vid beräkningen av värdet. Av tredje punkten följer att även andra ersättningar, bidrag och fördelar som koncessionshavaren får från den upphandlande myndigheten eller enheten eller någon annan myndighet ska beaktas.

Förbud mot att välja beräkningsmetod i avsikt att kringgå bestämmelser

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

Paragrafen genomför, tillsammans med 7 §, artikel 8.4 i direktivet och motsvarar 5 kap. 6 § LOU och 5 kap. 5 § LUF. Övervägandena finns i avsnitt 6.2.

Av paragrafen framgår att metoden för att beräkna koncessionens värde inte får väljas i syfte att kringgå bestämmelserna om tröskelvärdet. Paragrafen har utformats på samma sätt som motsvarande paragrafer i LOU och LUF, se vidare författningskommentarerna i avsnitt 28.1 och 28.2 i Ds 2014:25.

Förbud mot att dela upp en upphandling i avsikt att kringgå bestämmelser

7 § En koncession får inte delas upp i avsikt att kringgå bestämmelserna om upphandling över tröskelvärdet i denna lag, om det inte är berättigat av objektiva skäl.

Paragrafen genomför, tillsammans med 6 §, artikel 8.4 i direktivet och motsvarar 4 kap. 7 § LOU och 4 kap. 6 § LUF. Övervägandena finns i avsnitt 6.2.

Av paragrafen framgår att en koncession får delas upp vid bestämmandet av dess värde, endast om en sådan uppdelning är berättigad av objektiva skäl. Något exempel vad som utgör objektivt godtagbara skäl anges inte i direktivet. Paragrafen har utformats på samma sätt som motsvarande paragrafer i LOU och LUF, se vidare författningskommentarerna i avsnitt 28.1 och 28.2 i Ds 2014:25.

Upphandling av delkontrakt

8 § Om en planerad byggtreprenad eller ett planerat tillhandahållande av tjänster kan innebära att flera koncessioner upphandlas samtidigt i form av delkontrakt, ska det sammanlagda värdet av delkontrakten beaktas vid tillämpningen av 1 §. Om tröskelvärdet då överskrids, ska varje enskild upphandling av delkontrakt göras enligt bestämmelserna om upphandling över tröskelvärdet i denna lag.

Vid upphandling av sådana delkontrakt som undantas med stöd av första stycket ska 15 kap. tillämpas.

Paragrafen genomför artikel 8.5 och 8.6 i direktivet och motsvarar 5 kap. 8 § första och fjärde styckena LOU och 5 kap. 7 § första och fjärde styckena LUF. Övervägandena finns i avsnitt 6.2.

Paragrafen innehåller regler om att det sammanlagda värdet ska vara avgörande för om en koncessions värde överstiger tröskelvärdet när en byggtreprenad eller ett tillhandahållande av tjänster delas upp i delkontrakt som upphandlas samtidigt. Om det sammanlagda värdet av delkontrakten överstiger tröskelvärdet ska de regler i lagen som gäller för upphandling över tröskelvärdet tillämpas på samtliga delkontrakt. Paragrafen har utformats på samma sätt som motsvarande paragrafer i LOU och LUF, se vidare författningskommentarerna i avsnitt 28.1 och 28.2 i Ds 2014:25.

6 kap. Förfarandet vid upphandling

1 § *En upphandlande myndighet eller enhet ska vara fri att organisera förfarandet för val av koncessionshavare under förutsättning att principerna i 3 kap. 1 § och bestämmelserna i övrigt i denna lag följs.*

Paragrafen genomför artikel 30.1 och 30.2 första meningen i direktivet. Paragrafen har inte någon motsvarighet i LOU och LUF. Övervägandena finns i avsnitt 7.1.

Paragrafen innehåller en övergripande bestämmelse om att upphandlande myndigheter och enheter vid upphandling av koncessioner har stor frihet att själva organisera förfarandet. Detta har sin grund i att koncessioner oftast är långsiktiga och komplicerade arrangemang som kräver individuella lösningar. Principerna om öppenhet och insyn ska dock följas och det ska även finnas vissa garantier vid tilldelningsförfarandet. Garantierna avser bl.a. information om koncessionen och hur informationen ska göras tillgänglig samt regler om att villkoren inte får frångås. Reglerna syftar till att förhindra orättvis behandling av potentiella anbudssökande.

Upphandlande myndigheter och enheter har alltså fått en betydande frihet att själva organisera sin upphandling av koncessioner så länge de håller sig till de allmänna principerna och iakttar den minsta grad av samordning som direktivet är uttryck för (se skäl 8).

Minimikrav

2 § *Den upphandlande myndigheten eller enheten får ställa upp minimikrav avseende villkor och egenskaper som alla anbud ska uppfylla eller inneha. Kraven kan avse tekniska, fysiska, funktionella eller rättsliga egenskaper.*

Paragrafen genomför artikel 37.1 andra stycket i direktivet och har ingen direkt motsvarighet i LOU och LUF. Övervägandena finns i avsnitt 7.2.

Paragrafen innehåller bestämmelser om att upphandlande myndigheter och enheter får ställa upp minimikrav. I andra meningen ges exempel på vad minimikraven kan avse.

Koncessionsdokumenten

3 § *Den upphandlande myndigheten eller enheten ska i koncessionsmeddelandet tillhandahålla en beskrivning av koncessionen och villkoren för deltagande.*

Den upphandlande myndigheten eller enheten ska i koncessionsmeddelandet eller något annat koncessionsdokument tillhandahålla en beskrivning av tilldelningskriterierna enligt 13 kap. 2 § och eventuella minimikrav som ska uppfyllas.

Regler om annonsering av ett koncessionsmeddelande finns i 8 kap.

Paragrafen genomför artikel 37.2 i direktivet. Någon direkt motsvarande paragraf finns inte i LOU eller LUF, men bestämmelserna liknar 6 kap. 7 § LOU som behandlar vilken information upphandlande myndigheter ska lämna i upphandlingsdokumenten vid förhandlat förfarande med föregående annonsering. Övervägandena finns i avsnitt 7.2.

Paragrafen innehåller bestämmelser om att viss information ska lämnas i koncessionsdokumenten.

Av *första stycket* framgår att en beskrivning av koncessionen och villkoren för deltagande ska lämnas i koncessionsmeddelandet.

Den upphandlande myndigheten eller enheten ska vidare enligt *andra stycket* tillhandahålla information om tilldelningskriterier och eventuella minimikrav enligt 2 §. Den informationen behöver inte lämnas i koncessionsmeddelandet utan kan anges i något annat koncessionsdokument. Vad som avses med koncessionsdokument framgår av 1 kap. 18 §.

I tredje stycket görs en hänvisning till annonseringsreglerna i 8 kap. På samma sätt som enligt nu gällande upphandlingsregler bygger upphandling av koncession på att myndighetens eller enhetens upphandling blir känd. Det gemensamma sättet att informera på är via Europeiska Unionens officiella tidning (EUT). Därutöver får information spridas på det sätt som är lämpligt i det enskilda fallet. Till detta offentliggörande finns en hel del förfaranderegler. Vad som är utmärkande för koncessionsupphandling är dock att myndigheten eller enheten har stor frihet att själv organisera sitt förfarande (jfr 1 § och artikel 30.1) förutsatt att offentliggörande gjorts i EUT.

Begränsning av antalet anbudssökande eller anbud

4 § *Den upphandlande myndigheten eller enheten får begränsa antalet anbudssökande eller anbud till en lämplig nivå på grundval av objektiva kriterier. Antalet anbudssökande eller anbudsgivare ska vara tillräckligt stort för att effektiv konkurrens ska kunna säkerställas.*

Paragrafen genomför artikel 37.3 i direktivet. Paragrafen har ingen direkt motsvarighet i LOU och LUF men innehåller vissa likheter med 14 kap. 1 och 2 §§ LOU samt 14 kap. 10 § LUF. Övervägandena finns i avsnitt 7.2.

Paragrafen innehåller bestämmelser om begränsning av antalet anbudssökande och anbud. Antalet anbudssökande eller anbud får enligt paragrafen begränsas till en lämplig nivå. Vad som utgör en lämplig nivå framgår inte av direktivet och någon bestämmelse härom har heller inte förts in i lagen. Av bestämmelsen följer dock att detta antal vid en enskild koncessionsupphandling måste kunna motiveras objektivt och bero på vad koncessionen avser och hur marknaden för denna ser ut.

I artikel 37.3 anges, utöver det som tagits in i paragrafen, att begränsningen av antalet anbudsgivare eller anbud ska ske på ett öppet sätt. Eftersom detta redan följer av principen om öppenhet anser utredningen att det inte behöver anges särskilt i paragrafen.

Tidsplan

5 § *Den upphandlande myndigheten eller enheten ska upprätta en tidsplan för förfarandet med en preliminär tidsfrist för slutförandet. Samtliga deltagare ska få del av planen.*

Om ändringar görs i planen ska samtliga deltagare underrättas om ändringen. Om en ändring avser sådant som angetts i koncessionsmeddelandet ska detta offentliggöras.

Paragrafen genomför artikel 37.4 i direktivet. Någon motsvarande bestämmelse finns inte i LOU eller LUF. Övervägandena finns i avsnitt 7.2.

Paragrafen anger att upphandlande myndigheter och enheter ska upprätta en tidsplan över upphandlingsförfarandet med preliminära tidsfrister och att samtliga deltagare ska få ta del av planen och

ändringar i planeringen. Innebörden av sista meningen i andra stycket är något oklar. Om direktivbestämmelsen ska uppfattas så att det är fråga om en ändring som påverkar det konkurrensuppsökande skedet borde den naturliga effekten av en sådan ändring vara att förfarandet avbryts och görs om, i vilket fall informationen om de nya förhållandena blir allmänt kända genom det nya förfarandet. I ett sådant fall blir bestämmelsen i sista meningen överflödig. Det förefaller därför som om den ändring som avses är av ett annat, mindre kvalificerat, slag trots att ändringen avser koncessionsmeddelandet. En tolkning som förefaller rimlig är att ändringen visserligen avser något som angetts i koncessionsmeddelandet och att den därför bör offentliggöras, men att ändringen likväl inte är av det slaget att förfarandet måste göras om.

Förhandlingar

6 § *Den upphandlande myndigheten eller enheten får förhandla med anbudssökande och anbudsgivare.*

Föremålet för koncessionen, tilldelningskriterierna och minimikraven får inte ändras under förhandlingarnas gång.

Paragrafen genomför artikel 37.6 i direktivet. Andra stycket innehåller likheter med artikel 29.3 andra stycket LOU-direktivet som genomförs i 6 kap. 9 § LOU och artikel 49.3 andra stycket LUF-direktivet som genomförs i 6 kap. 29 § LUF. Övervägandena finns i avsnitt 7.2.

De angivna bestämmelserna i LOU och LUF reglerar vad som inte får förhandlas om vid innovationspartnerskap. En liknande bestämmelse finns även i artikel 29.3 andra stycket LOU-direktivet som reglerar vad som inte får förhandlas om vid förhandlat förfarande under konkurrens. I LUK-direktivet anges i stället vad som inte får ändras under förhandlingarnas gång, nämligen föremålet för koncessionen, tilldelningskriterierna eller minimikraven.

Det är svårt att förutse vilken praktisk betydelse denna skillnad får. Men det förefaller åtminstone klart att vad som är ett förbud mot viss förhandling enligt LOU och LUF, i LUK i stället är ett förbud mot ändring av upphandlingsföremålet m.m.

Det förbudet gäller dock endast under ”förhandlingarnas gång” och får därmed anses utgöra ett uttryck för den större flexibilitet som råder för koncessionsupphandling.

Kontroll vid tilldelning

7 § *En upphandlande myndighet eller enhet ska innan den tilldelar en koncession enligt 8 § kontrollera*

1. att anbudet, i tillämpliga fall, uppfyller de minimikrav som den upphandlande myndigheten eller enheten har fastställt,

2. att anbudet uppfyller de villkor för deltagande som den upphandlande myndigheten eller enheten har fastställt i koncessionsdokumenten, och

3. att anbudsgivaren inte ska uteslutas med stöd av bestämmelserna i 11 kap.

Paragrafen genomför tillsammans med 8 § artikel 37.1 första stycket i direktivet. Den liknar 4 kap. 14 § LOU. Övervägandena finns i avsnitt 7.2.

Paragrafen innehåller grundläggande bestämmelser om kontroll under förfarandet av de villkor en leverantör ska uppfylla och som en upphandlande myndighet eller enhet ska pröva innan en koncession tilldelas. Själva tilldelningen ska göras med stöd av bestämmelserna i 13 kap. Bestämmelsen liknar artikel 56.1 första stycket i LOU-direktivet som genomförs i 4 kap. 14 § första och andra styckena samt 4 kap. 15 § första stycket LOU, se vidare kommentarerna till 49 och 50 §§ i avsnitt 14.1 SOU 2014:51.

8 § *Koncessioner ska tilldelas enligt de kriterier som den upphandlande myndigheten eller enheten har fastställt och i enlighet med vad som anges i bestämmelserna 13 kap.*

Paragrafen genomför tillsammans med 7 § artikel 37.1 första stycket i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 7.2.

På samma sätt som i 4 kap. 15 § LOU införs det som artikeln föreskriver om tilldelningen här för att få en överensstämmelse med prövningen i en upphandling steg för steg trots att artikeln behandlar tilldelningen först. Se vidare kommentarerna till 50 § i avsnitt 14.1 i SOU 2014:51.

7 kap. Tekniska krav och funktionskrav

1 § *Tekniska krav och funktionskrav ska ingå i något av koncessionsdokumenten. De ska ange de egenskaper som krävs hos de berörda byggtreprenaderna eller tjänsterna.*

Egenskaperna får också avse den specifika processen eller metoden för att producera eller tillhandahålla byggtreprenaderna eller tjänsterna under förutsättning att de är kopplade till föremålet för kontraktet och står i proportion till dess värde och mål. Egenskaperna kan omfatta miljökrav.

Paragrafen genomför artikel 36.1 i direktivet och liknar 9 kap. 1 § LOU och LUF. Övervägandena finns i avsnitt 7.3.

I paragrafen anges att tekniska krav och funktionskrav ska ingå i något av koncessionsdokumenten. I artikeln i direktivet anges flera exempel på vad sådana tekniska krav kan avse. Det som anges är kvalitetsnivåer, miljö- och klimatprestanda, formgivning för alla användningsområden (inklusive tillgänglighet för personer med funktionshinder), bedömning av överensstämmelse, bruksegenskaper, säkerhet eller dimensioner, terminologi, symboler, provning och provsmakningsmetoder, märkning och etikettering eller bruksanvisningar). Det kan noteras att förslaget innefattar en skillnad i förhållande till en motsvarande bestämmelse i t.ex. 9 kap. 1 § andra stycket LOU, se Ds 2014:25 s. 64, där kopplingen avser endast kontraktsföremålet. Det kan finnas skäl både för och emot att det i detta förslag hänvisas också till kontraktsföremålet värde, eftersom både den kopplingen och kopplingen till föremålet kan anses framgå av de allmänna principerna för upphandling. Men eftersom det särskilt anges i artikeln och reglerna för koncessionsupphandling innefattar ett betydande bedömningsutrymme för den upphandlande myndigheten/enheten kan det finnas skäl att detta uttryckligen anges.

2 § De tekniska kraven och funktionskraven får inte innehålla uppgifter om tillverkning, ursprung, eller särskilt framställningsförfarande som karakteriserar de varor eller tjänster som tillhandahålls av en specifik leverantör och inte heller hänvisningar till varumärke, patent, typ eller tillverkning, om detta leder till att vissa företag gynnas eller missgynnas.

Sådana hänvisningar som avses i första stycket får dock förekomma om det annars inte är möjligt att beskriva föremålet för kontraktet tillräckligt preciserat och begripligt. En sådan hänvisning ska följas av orden ”eller likvärdigt”.

Paragrafen genomför artikel 36.2 och motsvarar delvis 9 kap. 6 § LOU och LUF. Övervägandena finns i avsnitt 7.3.

Paragrafen har utformats med utgångspunkt i motsvarande paragrafer i LOU och LUF, se vidare författningskommentarerna i avsnitt 28.1 och 28.2 i Ds 2014:25.

3 § Om en upphandlande myndighet eller enhet väljer att hänvisa till tekniska krav eller funktionskrav får den inte förkasta ett anbud enbart på grund av att tjänsterna eller byggentreprenaderna inte överensstämmer med dessa krav, om anbudsgivaren i sitt anbud med lämpliga medel kan visa att de föreslagna lösningarna på ett likvärdigt sätt uppfyller kraven.

Paragrafen genomför artikel 36.3 och motsvarar delvis 9 kap. 7 § LOU och LUF. Övervägandena finns i avsnitt 7.3.

En central del av bestämmelsen är att utredningen om att en alternativ lösning lämnas av anbudsgivaren ”i sitt anbud”. Därmed markeras att det är leverantörens ansvar att presentera och beskriva varför den alternativa lösningen är likvärdig med den som myndigheten eller enheten efterfrågat. Motsatsvis torde det därmed också vara möjligt att dra slutsatsen att myndigheten eller enheten inte själv får föranstalta om komplettering av ett anbud i detta hänseende.

8 kap. Annonsering av upphandling

Annons om koncessionsmeddelande

1 § En upphandlande myndighet eller enhet som avser att tilldela en koncession ska informera om detta genom ett koncessionsmeddelande. Koncessionsmeddelandet ska offentliggöras, om inte något annat följer av 3 och 4 §§.

Paragrafen genomför artikel 31.1 och 31.2 i direktivet. Paragrafen motsvarar inte några bestämmelser i LOU och LUF, men kan jämföras med bestämmelserna i 10 kap. 1 och 2 §§ LOU och LUF. Övervägandena finns i avsnitt 7.5.

Det viktigaste dokumentet för offentliggörande är vad som kallas för koncessionsmeddelande. Utredningen har därför valt att använda detta begrepp i så stor utsträckning som möjligt. Ett sedan tidigare etablerat begrepp är ”annonsering” för de olika sätt som står myndigheten till buds för offentliggörandet av sina upphandlingar. Förevarande paragraf innebär att en skyldighet att offentligöra läggs fast. Det är alltså fråga endast om själva skyldigheten och inte om hur den ska iakttas. När det i det följande uppkommer fråga om hur skyldigheten ska iakttas eller när det är fråga om undantag har utredningen därför funnit det ändamålsenligt att i förekommande fall använda uttrycket ”annons om koncessionsmeddelande” och variationer av detta uttryck, även där det ibland i direktivet endast talas om ”offentliggörande”, se t.ex. 3 och 4 §§.

Av paragrafen framgår att upphandlande myndigheter och enheter ska informera om att den avser tilldela en koncession genom att upprätta ett koncessionsmeddelande. Av vad som nyss sagts följer vidare att meddelandet ska offentliggöras genom en annons. Vad som ska ingå i koncessionsmeddelandet anges i bilaga V till direktivet. Exempelvis ska den upphandlande myndighetens eller enhetens namn anges, en beskrivning av koncessionen, dess beskaffenhet och omfattning, villkor för deltagande och tilldelningskriterier om dessa inte framgår av andra koncessionsdokument. Därutöver ska den upphandlande myndigheten eller enheten i tillämpliga fall och om myndigheten eller enheten anser att det kan vara till nytta ange andra upplysningar i enlighet med standardformulären som antas av kommissionen. Koncessionsmeddelandet ska utformas i samma format som standardformulären

(se artikel 33.1 i direktivet). Nämnade bilaga V bör kunna införas i svensk rätt genom den upphandlingsförordning som bör ersätta dagens upphandlingsförordning (2011:1040) och följa de övriga nya upphandlingsdirektiven.

2 § En upphandlande myndighet eller enhet som avser tilldela en koncession för sociala tjänster och andra särskilda tjänster som anges i bilaga 3 ska informera om detta i enlighet med bestämmelserna i 15 kap.

Paragrafen innehåller en hänvisning till 15 kap. som innehåller särskilda regler för upphandling som inte omfattas av direktivet samt upphandling av vissa sociala tjänster och andra särskilda tjänster.

Upphandling utan föregående annonsering

3 § Den upphandlande myndigheten eller enheten får upphandla en koncession utan föregående annonsering enligt 1 § om det som ska upphandlas kan tillhandahållas endast av en viss leverantör på grund av att

- 1. syftet med koncessionen är att skapa eller få ett unikt konstverk eller konstnärligt framförande,*
- 2. det av tekniska skäl inte finns någon konkurrens,*
- 3. det finns en ensamrätt, eller*
- 4. det sker för att skydda immateriella rättigheter och andra ensamrätter än de som avses i 1 kap. 14 §.*

Undantagen i första stycket 2–4 gäller endast om det inte finns något rimligt alternativ eller substitut och avsaknaden av konkurrens inte beror på en konstlad avgränsning av förutsättningarna för upphandlingen.

Paragrafen genomför artikel 31.4 i direktivet och motsvarar delvis 6 kap. 13 § LOU och 6 kap. 6 § LUF som gäller vid förhandlat förfarande utan föregående annonsering. Övervägandena finns i avsnitt 7.5.

Av bestämmelsen framgår under vilka omständigheter den upphandlande myndigheten eller enheten kan avstå från att annonsera koncessionsmeddelandet på grund av koncessionsföremålet.

Bestämmelsen syftar på situationer då det redan från början står klart att ett offentliggörande inte kommer att leda till ökad konkurrens, i synnerhet på grund av att det objektivt sett endast finns en leverantör som kan utföra koncessionen. En situation där det är omöjligt att tilldela någon annan leverantör koncessionen får inte ha skapats av den upphandlande myndigheten eller enheten själv med hänsyn till det framtida tilldelningsförfarandet. Dessutom bör det utvärderas om det inte finns tillgång till några lämpliga alternativa lösningar (se skäl 51). Av angivna motiv följer vidare att möjligheten att medge undantag bör tillämpas restriktivt mot bakgrund av de skadliga effekter på konkurrensen som uppkommer vid tilldelning av koncessioner utan föregående annonsering. Ytterligare undantag från skyldigheten att annonsera finns i 4 §.

Utredningen har valt att i första stycket 4 avvika från ordalydelsen i artikel 31.4 andra stycket. I direktivet används uttrycket "begränsning av parametrarna i koncessions tilldelningen". Detta uttryck är alltför svårtillämpat. Det torde – utan saklig ändring – kunna motsvaras av det något mer lättillämpade uttrycket "avgränsning av förutsättningarna för upphandling".

4 § Förutsatt att de ursprungliga villkoren för kontraktet inte ändrats väsentligt och att en rapport lämnas till Europeiska kommissionen om den så begär, får en upphandlande myndighet eller enhet tilldela en koncession utan annonsering av koncessionsmeddelandet enligt 1 § om det vid ett tidigare förfarande med annonsering inte lämnats några anbudsansökningar eller anbud eller inte några lämpliga anbudsansökningar eller lämpliga anbud.

Paragrafen genomför artikel 31.5 i direktivet och liknar 6 kap. 12 § LOU och 6 kap. 5 § LUF som gäller vid förhandlat förfarande utan föregående annonsering. Övervägandena finns i avsnitt 7.5.

Utredningen har uppmärksammat att det i direktivtexten talas om anbud m.m. som är "inte lämpligt" (artikel 31.5 första stycket) eller som är "olämpligt" (artikel 31.5 andra stycket). I de olika språkversionerna av direktivet förekommer olika sätt att beskriva vad som inte är lämpligt respektive olämpligt, medan ordet "lämpligt" är det gemensamma begreppet i t.ex. den franska versionen. Eftersom artikelns andra stycke använder ordet "olämpligt" för att förklara vad som i första stycket anses "inte vara lämpligt" anser

utredningen att uttrycken ska uppfattas som synonyma och har därför i kommentaren nedan behållit den svenska versionens språkbruk. Av såväl systematiken som ändamålet med bestämmelsen kan inte annat slutas än att fråga är om synonyma begrepp och alltså att någon skillnad i sak inte föreligger mellan språkversionerna. Ställningstagandet stöds också av att EU-domstolen i flera fall uttalat att den formulering som används i en av språkversionerna av en unionsrättslig bestämmelse enligt fast rättspraxis inte ensam kan ligga till grund för tolkningen av bestämmelsen ifråga eller tillmätas större betydelse än övriga språkversioner. När skillnader mellan språkversionerna finns ska enligt domstolen bestämmelsen tolkas mot bakgrund av systematiken och ändamålet med de föreskrifter i vilka den ingår (se t.ex. det nyligen avgjorda målet C-307/13 *Ivansson m.fl.* punkt 40 och även målet C-41/09 *Kommissionen mot Nederländerna* punkt 44).

Av bestämmelsen framgår under vilka omständigheter den upphandlande myndigheten eller enheten kan avstå från kravet på annonsering när inga anbudsansökningar eller anbud har getts in eller när anbudsansökningar eller anbud i och för sig har getts in, men inga av dem är lämpliga.

Enligt artikel 31.5 andra stycket ska ett anbud anses olämpligt om det är irrelevant för koncessionen och därför uppenbart inte utan väsentliga ändringar kan tillgodose den upphandlande myndighetens eller enhetens behov och krav enligt koncessionsdokumenten. En anbudsansökan ska, enligt artikel 31.5 tredje stycket, anses olämplig om den berörda leverantören kan uteslutas enligt bestämmelserna i 11 kap. eller inte uppfyller de urvalskriterier som fastställts av den upphandlande myndigheten eller enheten i enlighet med bestämmelserna i 12 kap. 1–3 §§.

Efterannons om resultatet av en upphandling

5 § *En upphandlande myndighet eller enhet som har tilldelat en koncession ska skicka en efterannons om upphandlingsresultatet senast 48 dagar efter det att koncessionen tilldelats.*

Paragrafen genomför artikel 32.1 första meningen i direktivet. Bestämmelsen motsvarar delvis 10 kap. 6 § LOU och 10 kap. 7 § LUF. Övervägandena finns i avsnitt 7.5.

I paragrafen anges att myndigheten eller enheten ska skicka en annons om upphandlingsresultatet inom 48 dagar från det att en koncession har tilldelats. Med efterannons avses på samma sätt som i LOU och LUF en annons om genomförd upphandling av en koncession, vilken ska publiceras. Detta gäller vid all upphandling som omfattas av direktivet. Vid upphandling av koncessioner som avser sociala och andra särskilda tjänster kan emellertid den upphandlande myndigheten eller enheten i stället för att skicka en annons efter varje kontraktstilldelning välja att samla ihop annonserna och skicka dem kvartalsvis, se vidare 15 kap.

Vad som ska finnas i en efterannons efter tilldelning av koncessioner framgår av bilaga VII till direktivet. Annonsen ska utformas i enlighet med standardformulär som antas av kommissionen, se artikel 33.1 andra stycket. Kompletterande bestämmelser om annonsering bör på motsvarande sätt som föreslagits i departementspromemorian meddelas i förordning, se vidare författningskommentarerna i avsnitt 28.1 och 28.2 i Ds 2014:25.

Annons om förhandsinsyn

6 § En upphandlande myndighet eller enhet som avser tilldela en koncession utan föregående annonsering enligt 3 § får skicka en annons om sin avsikt till Europeiska kommissionen (förhandsinsyn).

Paragrafen motsvarar 10 kap. 8 § LOU och 10 kap. 9 § LUF.

Av paragrafen framgår att en myndighet eller enhet kan skicka en annons om förhandsinsyn till Europeiska kommissionen om myndigheten eller enhet avser tilldela en koncession utan annonsering på grund av att det vid ett förfarande med annonsering inte lämnats några anbudsansökningar eller anbud eller inte några lämpliga anbudsansökningar eller anbud. Paragrafen genomför inte någon artikel i direktivet, men är en följd av att medlemsstaterna är skyldiga att ha bestämmelser om förhandsinsyn eftersom förhandsinsynen påverkar tillämpligheten av rättsmedel, se prop. 2009/10:180 s. 142 f.

Paragrafen har utformats på samma sätt som motsvarande paragrafer i LOU och LUF, se vidare författningskommentarerna i avsnitt 28.1 och 28.2 i Ds 2014:25.

Kompletterande föreskrifter

7 § Regeringen kan med stöd av 8 kap. 7 § regeringsformen meddela föreskrifter om utformning och offentliggörande av annonser.

Paragrafen motsvarar 10 kap. 9 § LOU och 10 kap. 10 § LUF.

Bestämmelsen tydliggör att kompletterande bestämmelser om annonsering kan finnas i en förordning.

9 kap. Tidsfrister för att komma in med ansökningar och anbud

Bestämmande av tidsfristens längd

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

Paragrafen genomför artikel 39.1 och motsvarar 11 kap. 1 § LOU och LUF. Övervägandena finns i avsnitt 7.6.

Paragrafen innehåller bestämmelser om vad som alltid ska beaktas vid fastställande av tidsfrister för inlämnande av ansökningar och anbud. Bestämmelsen är utformad på samma sätt som de motsvarande bestämmelserna i LOU och LUF, se vidare kommentarerna till de bestämmelserna i avsnitt 28.1 och 28.2 i Ds 2014:25.

2 § Tidsfristen för att komma in med ansökningar och anbud ska vara minst 30 dagar från den dag koncessionsmeddelandet skickades för publicering.

Om förfarandet sker i successiva steg ska tidsfristen för att komma in med anbud vara minst 22 dagar från den dag då inbjudan att lämna anbud skickades.

Första och andra styckena gäller inte om något annat följer av 3–5 §§.

Paragrafen genomför artikel 39.3 och 39.4 i direktivet och liknar 11 kap. 3 § LOU och 11 kap. 2 § LUF. Övervägandena finns i avsnitt 7.6.

I paragrafen anges tidfrister för att komma in med ansökningar och anbud. Tidsfristen är minst 30 dagar från det att annonsen skickades för publicering. Om den upphandlande myndigheten eller enheten valt att genomföra upphandlingen i successiva steg får tidsfristen för anbudsinlämning vara kortare.

Av *tredje stycket* framgår att minimitidsfristerna kan förlängas eller förkortas under de förutsättningar som anges i 3–5 §§.

Förkortad tidsfrist vid elektroniska anbud

3 § Om den upphandlande myndigheten eller enheten tillåter att anbudet skickas in elektroniskt får tidsfristen för att komma in med anbud förkortas med fem dagar.

Paragrafen genomför artikel 39.5 i direktivet och motsvarar 11 kap. 6 § LOU och LUF. Övervägandena finns i avsnitt 7.6.

Av bestämmelsen framgår att tidsfristen för att ge in anbud får förkortas med fem dagar om anbudet tillåts lämnas in elektroniskt. Det är endast tidsfristen för inlämnande av anbud som får förkortas på detta sätt. Bestämmelsen är inte tillämplig på ansökningar som inte innehåller anbud.

Förlängning av tidsfrister för att komma in med anbud

4 § Tidsfristen för att komma in med ansökningar eller anbud ska förlängas så att alla leverantörer ska kunna få kännedom om all den information som behövs för att utarbeta en ansökning eller ett anbud, om ansökningar eller anbud inte kan lämnas annat än efter ett besök på plats.

Paragrafen genomför artikel 39.2 i direktivet och motsvarar delvis 11 kap. 8 § LOU och LUF. Övervägandena finns i avsnitt 7.6.

Bestämmelsen anger när tidsfristen för inlämnande av anbud ska förlängas. Detta ska enligt direktivtexten göras om all information som behövs för att anbudsansökningar eller anbud avseende koncessionen ska kunna lämnas förutsätter besök på plats, antingen för att undersöka förhållandena på platsen eller för att där granska underlagen för koncessionsdokumenten. Med hur många dagar förlängningen bör ske framgår inte av artikeln utan detta får i enlighet med vad som anges i 1 § avgöras från fall till fall. Tidsfristen måste dock vara längre än 30 dagar.

I de motsvarande bestämmelserna i LOU och LUF finns samma regel om förlängning som i förevarande paragraf samt ytterligare två situationer då tidsfristen ska förlängas.

5 § Tidsfristen för att komma in med anbud ska förlängas om den upphandlande myndigheten eller enheten inte med elektroniska medel ger fri, direkt, fullständig och kostnadsfri tillgång till koncessionsdokumenten från den dag koncessionsmeddelandet skickas för publicering eller inbjudan att lämna anbud skickas till anbudssökandena.

Paragrafen genomför del av artikel 34.2 i direktivet och motsvarar 11 kap. 9 § första stycket LOU och 11 kap. 9 § LUF. Övervägandena finns i avsnitt 7.6.

Paragrafen anger att tidsfristen för inlämnande av anbud ska förlängas när sådan tillgång till något av koncessionsdokumenten som föreskrivs i 6 § inte ges. Det framgår inte av artikeln hur många dagar förlängningen bör omfatta. I de motsvarande bestämmelserna i LOU och LUF och dess direktiv har förlängningen av tidsfristen bestämts till fem dagar. En rimlig utgångspunkt kan därför vara att tidsfristen även vid upphandling av koncessioner bör förlängas med fem dagar i sådana situationer. I enlighet med vad som anges i 1 § får detta dock avgöras i det enskilda fallet. Det kan vidare noteras att utgångspunkten för den förlängda tidsfristen anges med ”från”.

För kommentar i övrigt se 11 kap. 9 § första stycket i avsnitt 28.1 i Ds 2014:25.

Elektronisk tillgång till koncessionsdokumenten vid annonsering

6 § Den upphandlande myndigheten eller enheten ska vid annonsering av koncessionsmeddelandet med elektroniska medel ge fri, direkt, fullständig och kostnadsfri tillgång till koncessionsdokumenten från den dag då koncessionsmeddelandet skickas för publicering. Den internetadress där dokumenten finns tillgängliga ska anges i koncessionsmeddelandet.

Om koncessionsmeddelandet inte innehåller någon inbjudan att lämna anbud ska sådan tillgång till koncessionsdokumenten som avses i första stycket i stället ges från den dag inbjudan att lämna anbud skickas för publicering.

Om den upphandlande myndigheten eller enheten inte kan ge elektronisk tillgång till något koncessionsdokument enligt första stycket, ska myndigheten eller enheten i koncessionsmeddelandet eller inbjudan att lämna anbud upplysa om hur tillgång kan ges till dokumentet på annat sätt. En sådan upplysning ska innehålla uppgift om tidsfristen för att begära tillgång till dokumentet.

Paragrafen genomför artikel 34.1 och del av 34.2 i direktivet och motsvarar 11 kap. 12 § LOU och 11 kap. 11 § LUF. Övervägandena finns i avsnitt 6.5.2.

I paragrafen anges den upphandlande myndighetens och enhetens skyldighet att göra koncessionsdokumenten elektroniskt tillgängliga, se vidare kommentarerna till angivna bestämmelser i LOU och LUF i avsnitt 28.1 och 28.2 i Ds 2014:25.

Tillhandahållande av kompletterande handlingar och upplysningar

7 § Den upphandlande myndigheten eller enheten ska till alla sökande eller anbudsgivare som deltar i upphandlingsförfarandet lämna ut kompletterande handlingar och kompletterande upplysningar om koncessionsdokumenten senast sex dagar före angiven sista dag för att komma in med anbud, förutsatt att sådana upplysningar har begärts i god tid.

Paragrafen genomför artikel 34.3 och motsvarar 11 kap. 13 § första stycket LOU och 11 kap. 12 § första stycket LUF. Övervägandena finns i avsnitt 6.5.2.

Paragrafen anger inom vilken tid upphandlande myndigheter och enheter ska lämna ut information om koncessionsdokumenten när sådan information begärs, se vidare – i tillämpliga delar – kommentarerna till de angivna bestämmelserna i LOU och LUF avsnitt 28.1 och 28.2 i Ds 2014:25.

10 kap. Kommunikation, information till leverantörer och dokumentation

Kommunikation med hjälp av elektroniska medel

Kommunikation mellan en upphandlande myndighet eller enhet och leverantörer

1 § *En upphandlande myndighet eller enhet ska se till att elektroniska medel används så långt det är möjligt vid kommunikation under en upphandling enligt denna lag.*

2 § *Användningen av elektroniska medel vid kommunikation ska vara icke-diskriminerande och inte begränsa leverantörernas tillträde till en upphandling.*

De elektroniska medlen ska vara allmänt tillgängliga och möjliga att använda tillsammans med sådan maskin- och programvara som används i allmänhet.

Leverantörers kommunikation med en upphandlande myndighet eller enhet

3 § *En upphandlande myndighet eller enhet ska anvisa elektroniska medel som leverantörer ska använda när de kommunicerar med myndigheten eller enheten. Leverantörerna ska vid kommunikationen använda de elektroniska medel som myndigheten har anvisat.*

De anvisade elektroniska medlen enligt första stycket ska uppfylla kraven enligt 2 §, om inte annat följer av 7 §.

Bestämmelser om undantag från första stycket finns i 4–6 §§.

4 § En upphandlande myndighet eller enhet är inte skyldig att anvisa elektroniska medel för kommunikation enligt 3 § om

1. en användning av sådana medel på grund av en upphandlings specialiserade beskaffenhet kräver särskilda utrustningar eller filformat som inte är allmänt tillgängliga eller som inte stöds av allmänt tillgängliga applikationer,

2. de filformat som är lämpliga för beskrivningen av ett anbud inte kan användas med någon annan applikation än en som

a) inte är öppen eller allmänt tillgänglig, eller

b) omfattas av en licensordning och inte kan göras tillgänglig genom nedladdning eller direktanslutning för myndigheten eller enheten,

3. en användning av sådana medel kräver specialiserad kontorsutrustning som inte är allmänt tillgänglig för myndigheten eller enheten, eller

4. det enligt koncessionsdokumenten krävs att leverantörerna lämnar in fysiska modeller till myndigheten eller enheten.

Om myndigheten eller enheten inte anvisar något elektroniskt medel för kommunikation i en upphandling för delar av eller hela kommunikationen enligt första stycket, ska motsvarande delar av eller hela kommunikationen genomföras med andra medel än elektroniska.

5 § En upphandlande myndighet eller enhet får göra undantag från 3 § och anvisa andra medel än elektroniska för kommunikation på grund av informationssäkerhetsbrister hos myndigheten eller enheten, eller om kommunikationen rör uppgifter av särskilt känslig natur.

Undantag enligt första stycket får göras endast i den utsträckning det är nödvändigt för att uppnå tillräckligt skydd mot att uppgifterna röjs obehörigen och detta inte kan uppnås genom användning av elektroniska medel som

1. är allmänt tillgängliga för leverantörer eller

2. kan göras tillgängliga för leverantörer genom alternativa medel för kommunikation enligt 7 §.

6 § Utan hinder av skyldigheten att anvisa elektroniska medel får myndigheten eller enheten kommunicera muntligt, om det är lämpligt och kommunikationen inte avser de väsentliga delarna av upphandlingen samt myndigheten eller enheten dokumenterar uppgifterna från den muntliga kommunikationen, om de har betydelse för handläggningen av upphandlingen.

7 § En upphandlande myndighet eller enhet får vid behov anvisa ett elektroniskt medel trots att det kräver användning av sådan utrustning att medlet inte är att anse som allmänt tillgängligt. Om myndigheten eller enheten anvisar ett sådant medel, ska den erbjuda lämpliga alternativa elektroniska medel för kommunikation.

Information om användning av elektroniska medel

8 § En upphandlande myndighet eller enhet ska se till att information om de specifikationer som är nödvändiga för elektronisk inlämning av anbudsansökningar och anbud, inbegripet kryptering och tidsstämpling, ska finnas tillgänglig för alla berörda parter.

Krav på den utrustning som används vid elektronisk överföring och mottagning

9 § En upphandlande myndighet eller enhet får kräva att en anbudsansökan eller ett anbud ska vara försedd med en avancerad elektronisk signatur enligt lagen (2000:832) om kvalificerade elektroniska signaturer, om det behövs.

Myndigheten eller enheten ska ha sådan utrustning att den på ett säkert sätt elektroniskt kan ta emot och fastställa tid och dag för mottagande av anbudsansökningar och anbud. Utrustningen ska vara försedd med sådana säkerhetsanordningar att vissa uppgifter går att få fram, att bara behöriga personer ska få tillgång till uppgifterna och att det ska gå att spåra om någon obehörig har tagit del av uppgifterna.

De åtgärder som en myndighet eller enhet vidtar i olika faser av kommunikationen för att tillse att hanteringen blir tillräckligt säker, ska stå i proportion till de risker som har identifierats i respektive fas.

Regeringen kan med stöd av 8 kap. 7 § regeringsformen meddela föreskrifter om säkerhetsanordningar i fråga om mottagandet av anbudsansökningar och anbud.

Uppgifter från leverantörer ska bevaras säkert

10 § *Uppgifter som har lämnats vid kommunikation under en upphandling ska bevaras säkert.*

Paragraferna, 1–10 §§, genomför tillsammans med 11 § artikel 29 i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 6.5.1.

Bestämmelserna i paragraferna motsvarar de i 12 kap. 1–10 §§ LOU och LUF. För kommentarer se 2–11 §§ i avsnitt 14.1 i SOU 2014:51.

Tidpunkten när del får tas av innehållet i anbudsansökningarna eller anbudet

11 § *En upphandlande myndighet eller enhet får inte ta del av innehållet i anbudsansökningarna och anbudet förrän tidsfristen för att komma in med anbudsansökan respektive anbud har gått ut.*

Paragrafen genomför, tillsammans med 1–10 §§ artikel 29 i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 6.5.1.

Paragrafen innehåller bestämmelser om att en upphandlande myndighet eller enhet inte får ta del av anbudsansökningar och anbud före en viss tidpunkt. Den motsvarar 12 kap. 11 § första stycket LOU och LUF. Dessa motsvarar i sin tur nuvarande 9 kap. 7 § första stycket LOU och LUF och kommenteras i 12 § i avsnitt 14.1 i SOU 2014:51.

Information till leverantörer

Underrättelse om beslut

12 § *En upphandlande myndighet eller enhet ska snarast möjligt skriftligen underrätta anbudssökandena och anbudsgivarna om de beslut som har fattats om att tilldela en koncession. Underrättelsen ska innehålla namnet på den utvalda anbudsgivaren, skälen för beslutet och uppgift om den period under vilken avtal enligt 16 kap. 1 § inte får ingås (avtalsspärr).*

En skriftlig underrättelse ska snarast möjligt lämnas till anbudssökandena och anbudsgivarna även när en upphandlande myndighet

eller enhet beslutar att avbryta en upphandling efter det att koncessionsmeddelandet annonserats samt vid beslut att göra om upphandlingen. I underrättelsen ska skälen för beslutet anges.

13 § *En upphandlande myndighet eller enhet ska till den anbudssökande eller anbudsgivare vars ansökan respektive anbud har förkastats lämna upplysningar om skälen för beslutet.*

Paragraferna genomför artikel 40.1 första stycket i direktivet och motsvarar delvis 12 kap. 13 § och 14 § första stycket LOU och LUF. Övervägandena finns i avsnitt 6.5.3.

Paragraferna innehåller bestämmelser om en upphandlande myndighet eller enhets skyldighet att skriftligen underrätta leverantörer om innehållet i tilldelningsbeslut, beslut om att avbryta en upphandling av koncessioner eller att göra om upphandlingen. I underrättelsen ska skälen för beslutet anges.

Artikel 40.1 första stycket i LUK-direktivet är annorlunda formulerad än motsvarande artiklar i LOU-direktivet och LUF-direktivet (artikel 55.1 respektive artikel 75.1) eftersom LUK-direktivet inte omfattar regler om dynamiska inköpssystem m.m. Även endast språkliga skillnader förekommer. 10 kap. 12 § LUK har därför utformats på samma sätt som 12 kap. 13 och 14 §§ LOU och LUF, men har tillförts bestämmelser om uppgifter om namn m.m. i enlighet med LUK-direktivet. För ytterligare kommentarer, se kommentarerna till de angivna paragraferna i LOU och LUF i avsnitt 28.1 och 28.2 i Ds 2014:25.

Upplysningar på begäran av en leverantör

14 § *En upphandlande myndighet eller enhet ska på begäran av en anbudsgivare som har lämnat ett godtagbart anbud lämna upplysningar om egenskaperna hos och de relativa fördelarna med det valda anbudet. Upplysningar ska lämnas snarast möjligt och senast inom 15 dagar från det att en skriftlig begäran kom in.*

Paragrafen genomför artikel 40.1 andra stycket i direktivet och motsvarar delvis 12 kap. 14 § andra stycket 1 och tredje stycket LOU och LUF. Övervägandena finns i avsnitt 6.5.3.

Bestämmelsen behandlar den upphandlande myndighetens eller enhetens skyldighet att lämna upplysningar till en leverantör som har lämnat ett godtagbart anbud. Upplysningen innebär att leverantörens anbud ställs mot det anbud som valts och att myndigheten eller enheten anger de fördelar som det senare anbudet har jämfört med det anbud som lämnats av leverantören som begärt upplysningen.

För kommentar i övrigt se 12 kap. 14 § i avsnitt 28.1 i Ds 2014:25.

Anbudsgivare är bunden av sitt anbud

15 § *En upphandlande myndighet eller enhet ska i koncessionsmeddelandet, ange den tid som en anbudsgivare ska vara bunden av sitt anbud.*

En anbudsgivare är bunden av sitt anbud även om anbudsgivaren har fått en underrättelse enligt 12 § första stycket eller upplysningar enligt 13 eller 14 §.

Paragrafen genomför inte någon artikel i direktivet. Den motsvarar i tillämpliga delar 12 kap. 15 § LOU och LUF.

Av bestämmelsen framgår att en upphandlande myndighet eller enhet ska ange den tid under vilken en anbudsgivare ska vara bundna av sitt anbud. Bundenheten gäller även om myndigheten eller enheten har fattat beslut om tilldelning av en koncession och har lämnat sådant besked som avses i 13 § första stycket eller 14 §. Se vidare kommentarerna till motsvarande paragrafer i LOU och LUF i avsnitt 28.1 och 28.2 i Ds 2014:25.

Dokumentation av förfaranden

16 § *En upphandlande myndighet eller enhet ska dokumentera genomförandet av en upphandling. Dokumentationen ska vara tillräcklig för att motivera myndighetens eller enhetens beslut under upphandlingens samtliga skeden.*

Paragrafen genomför artikel 37.5 i direktivet och motsvarar 12 kap. 16 § LOU och 12 kap. 18 § LUF. Övervägandena finns i avsnitt 7.2.

För kommentar i övrigt se kommentarerna till 93 § i avsnitt 14.1 och till 139 § i avsnitt 14.2 i SOU 2014:51.

Bevarande av handlingar

17 § 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 och liknande dokument.

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

Paragrafen genomför inte någon artikel i direktivet. Den motsvarar 12 kap. 20 § LOU och 12 kap. 21 § LUF. Övervägandena finns i avsnitt 7.2.

Paragrafen innehåller bestämmelser om bevarande av handlingar. Paragrafen har utformats på samma sätt som motsvarande bestämmelser i LOU och LUF, se vidare kommentarerna till 94 c § i avsnitt 14.1 i SOU 2014:51.

11 kap. Uteslutning av leverantörer

Omständigheter som ska medföra uteslutning av leverantörer

Brott

1 § En upphandlande myndighet eller en sådan upphandlande enhet som avses i 1 kap. 17 § första stycket 1 ska utesluta en leverantör från att delta i en upphandling, om myndigheten eller enheten får kännedom om att leverantören enligt en lagakraftvunnen dom är dömd för brott som innefattar

1. sådan brottslighet som avses i artikel 2 i rådets rambeslut 2008/841/RIF av den 24 oktober 2008 om kampen mot organiserad brottslighet,

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

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

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

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

6. människohandel enligt definitionen i artikel 2 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2011/36/EU av den 5 april 2011 om förebyggande och bekämpande av människohandel, om skydd av dess offer och om ersättande av rådets rambeslut 2002/629/RIF.

Är leverantören en juridisk person, ska leverantören uteslutas om en person som ingår i leverantörens förvaltnings-, lednings- eller kontrollorgan har dömts för brottet. Detsamma gäller om personen är behörig att företräda, fatta beslut om eller kontrollera leverantören.

Paragrafen genomför artikel 38.4 a–f andra stycket och motsvarar 13 kap. 1 § LOU och LUF. Övervägandena finns i avsnitt 7.7.

Paragrafen innehåller bestämmelser om att leverantörer ska uteslutas från en upphandling av en koncession på grund av brott. Bestämmelsen är utformad på samma sätt som motsvarande bestämmelser i LOU och LUF, se vidare kommentarerna till 13 § i avsnitt 14.1 och till 58 § i avsnitt 14.2 i SOU 2014:51.

Obetalade skatter och socialförsäkringsavgifter

2 § *En upphandlande myndighet eller en sådan upphandlande enhet som avses i 1 kap. 17 § första stycket 1 ska utesluta en leverantör från att delta i en upphandling, om myndigheten eller enheten får kännedom om att leverantören inte har fullgjort sina åligganden avseende skatter eller socialförsäkringsavgifter i det egna landet eller i det land där upphandlingen sker och detta har fastställts genom ett lagakraftvunnet och bindande domstolsavgörande eller myndighetsbeslut.*

En upphandlande myndighet eller en sådan upphandlande enhet som avses i 1 kap. 17 § första stycket 1 får utesluta en leverantör från att delta i en upphandling, om myndigheten på ett annat lämpligt sätt kan visa att de skyldigheter som avses i första stycket inte har fullgjorts.

Paragrafen genomför artikel 38.5 första och andra styckena. Den motsvarar 13 kap. 2 § LOU och LUF. Övervägandena finns i avsnitt 7.7.

Paragrafen innehåller bestämmelser om att leverantörer i vissa fall ska och i andra får uteslutas från att delta i en upphandling på grund av obetalda skatter och socialförsäkringsavgifter. Bestämmelsen är utformad på samma sätt som motsvarande bestämmelser i LOU och LUF, se vidare kommentarerna till 14 § i avsnitt 14.1 och 59 § i avsnitt 14.2 i SOU 2014:51.

Omständigheter som får medföra uteslutning av leverantörer

3 § *En upphandlande enhet som inte är en sådan enhet som avses i 1 kap. 17 § första stycket 1 får på de grunder som avses i 1 och 2 §§ utesluta leverantören från att delta i upphandlingen.*

Paragrafen genomför artikel 38.4 tredje stycket och motsvarar 13 kap. 3 § LUF. Övervägandena finns i avsnitt 7.7.

Av paragrafen framgår att de uteslutningsgrunder som anges i 1 och 2 §§ och som är i vissa fall är obligatoriska för upphandlande myndigheter och sådana upphandlande enheter som avses i 1 kap. 17 § första stycket 1 också är tillämpliga vid andra upphandlande enheters upphandling av koncessioner. Som framgår av paragrafen är det för sådana upphandlande enheter valfritt att utesluta leve-

rantörer på dessa uteslutningsgrunder. Se vidare kommentarerna till 60 § i avsnitt 14.2 SOU 2014:51.

Såvitt kan förstås av strukturen i artikel 38.4 i direktivet saknas det en möjlighet för en enhet som inte är en sådan enhet som avses 1 kap. 17 § första stycket 1 att utesluta en leverantör trots att enheten fått kännedom om betalning av skatt m.m. Detta följer av att de enheter som nu avses hanteras endast i artikel 38.4 tredje stycket som hänvisar till de grunder som anges i första stycket. Uttrycket obetalda skatter m.m. återfinns dock först i punkt 5 och följande. Effekten av ett direktivtroget införande av artikel 38.4 tredje stycket skulle bli att leverantörer med sådana brister som nu avses inte skulle kunna uteslutas. Detta kan knappast ha varit avsikten med placeringen av bestämmelsen i fråga. Utredningen har därför valt att följa den struktur som finns i LUF, som i sin tur ansluter till LUF-direktivet.

4 § *En upphandlande myndighet eller enhet får utesluta en leverantör från att delta i en upphandling, om*

1. myndigheten eller enheten på något lämpligt sätt kan påvisa att leverantören har åsidosatt tillämpliga skyldigheter som avses i 4 kap.

4 §,

2. leverantören är i konkurs eller är föremål för insolvens- eller likvidationsförfaranden, är föremål för tvångsförvaltning, har ingått ackordsuppgörelse med borgenärer, har avbrutit sin näringsverksamhet eller befinner sig i en motsvarande situation till följd av ett liknande förfarande enligt nationella lagar och andra författningar,

3. myndigheten eller enheten på lämpligt sätt kan visa att leverantören gjort sig skyldig till något allvarligt fel i yrkesutövningen som gör att leverantörens redbarhet kan ifrågasättas,

4. myndigheten eller enheten har tillräckligt sannolika indikationer på att leverantören har ingått överenskommelser med andra leverantörer som syftar till att snedvrیدا konkurrensen,

5. leverantören har visat allvarliga eller ihållande brister i fullgörandet av något materiellt krav enligt en tidigare koncession, ett tidigare kontrakt med en upphandlande myndighet eller upphandlande enhet som definieras i denna lag eller lagen (0000:000) om upphandling inom försörjningssektorerna, och detta har medfört att det tidigare kontraktet sagts upp i förtid eller lett till skadestånd eller jämförbara påföljder,

6. myndigheten eller enheten inte kan undvika en snedvridning av konkurrensen eller inte kan garantera en likabehandling av leverantörerna på grund av att det föreligger jäv och detta inte kan avhjälpas genom andra mindre ingripande åtgärder än uteslutning av leverantören,

7. leverantören i allvarlig omfattning har lämnat oriktiga uppgifter beträffande den information som kan begäras för kontroll av att det inte finns grund för att utesluta leverantören från att delta i upphandlingen enligt 1–8 §§ eller av att leverantören uppfyller uppställda krav för val av leverantörer, har undanhållit sådan information eller inte har kunnat lämna de kompletterande dokument som krävs, och

8. leverantören otillbörligt har försökt att påverka den upphandlande myndighetens eller enhetens beslutsprocess, tillägna sig sekretessbelagda uppgifter som kan ge leverantören otillbörliga fördelar i upphandlingen eller av oaksamhet har lämnat vilseledande uppgifter som kan ha en väsentlig inverkan på de beslut som fattas under upphandlingen i fråga om uteslutning av leverantörer, val av leverantörer som kan tilldelas kontrakt och tilldelning av kontrakt.

Första stycket gäller även för uteslutning av en leverantör, vid upphandling av koncessioner på försvars- och säkerhetsområdet om leverantören på grundval av någon form av bevis, inbegripet skyddade datakällor, har befunnits sakna den tillförlitlighet som krävs för att utesluta risker för rikets säkerhet. Myndigheten eller enheten får grunda sitt beslut på någon form av bevis som även kan bestå av skyddade uppgiftskällor. Uttrycket försvars- och säkerhetsområdet ska ha samma betydelse som i lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

Paragrafen genomför artikel 38.7 och motsvarar delvis 13 kap. 3 § LOU och 13 kap. 4 § LUF. Regleringen i andra stycket, som gäller vid upphandling av koncessioner på försvars- och säkerhetsområdet, motsvarar delvis 11 kap. 2 § första stycket 5 LUF. Övervägandena finns i avsnitt 7.7.

Paragrafen innehåller bestämmelser om uteslutning av leverantörer på grund av andra allvarliga brister om hur leverantörernas verksamhet bedrivs än brister på grund av brott och obetalda skatter och avgifter. Paragrafen är tillämplig för såväl upphandlande myndigheter som upphandlande enheter och anger frivilliga uteslutningsgrunder.

Angående punkten 2 kan noteras att det i artikel 38.7 b också finns en möjlighet för en upphandlande myndighet eller enhet att inte utesluta en leverantör som är i någon av de situationer som avses där om myndigheten eller enheten fastställt att leverantören likväl skulle kunna fullgöra koncessionen. Eftersom artikel i sin helhet avser fakultativa möjligheter har utredningen funnit att den nu nämnda möjligheten att underlåta uteslutning inte behöver särskilt anges.

Paragrafen skiljer sig från motsvarande paragrafer i LOU och LUF på så sätt att LOU och LUF innehåller en bestämmelse om att uteslutning får ske om det inte på annat sätt går att undvika en snedvridning av konkurrensen på grund av leverantörens tidigare deltagande i upphandlingen i enlighet med 4 kap. 8 § LOU, dvs. att denne bistått med rådgivning. Någon motsvarande bestämmelse finns inte i LUK-direktivet och införs därför inte LUK.

Andra stycket utgör ett genomförande av 38.7 i och avser sådan koncessionsupphandling som ska göras enligt LUK trots att den ligger inom försvars- och säkerhetsområdet (se 3 kap. 1 §). Styckets ordalydelse överensstämmer med artikelns.

Paragrafen är i huvudsak utformad på samma sätt som de motsvarande bestämmelserna i LOU och LUF, se kommentaren till 15 § i avsnitt 14.1 och till 61 § i avsnitt 14.2 SOU 2014:51.

Utredning

5 § En upphandlande myndighet eller enhet ska innan den beslutar att utesluta en leverantör på de grunder som anges i 1–4 §§, ge leverantören tillfälle att inom en bestämd tid yttra sig över de omständigheter som myndigheten menar utgör skäl för uteslutning.

Om leverantören anser att skäl inte finns för uteslutning, ska det anges i yttrandet. Leverantören bör även tillsammans med yttrandet ge in sådan utredning i övrigt som visar att denne är tillförlitlig.

Paragrafen genomför, tillsammans med 6 och 8 §§, artikel 38.9 i direktivet och genom denna fastställs villkoren för tillämpningen av artikel 38.10. Bestämmelsen motsvarar 13 kap. 4 § LOU och 13 kap. 5 § LUF. Övervägandena finns i avsnitt 7.7.

Första stycket anvisar de åtgärder som den upphandlande myndigheten eller enheten ska vidta när den bedömer att det finns tillräckliga skäl för uteslutning. Myndigheten eller enheten ska ge leverantören i fråga tillfälle att bemöta och kommentera myndighetens påståenden och de omständigheter myndigheten anser utgör skäl för uteslutning.

Av andra stycket framgår vilka åtgärder leverantören ska eller bör vidta. Om leverantören inte iakttar detta löper den en risk att uteslutas.

Paragrafen är utformad på samma sätt som motsvarande bestämmelser i LOU och LUF, se vidare kommentarerna till 16 § i avsnitt 14.1 och till 62 § i avsnitt 14.2 i SOU 2014:25.

Undantag från uteslutning i vissa fall

6 § *En leverantör ska inte uteslutas enligt 1 eller 3 §, om leverantören visar att denne har*

1. ersatt eller åtagit sig att ersätta eventuella skador som har orsakats av brottet eller det allvarliga felet,

2. klargjort förhållanden och omständigheter på ett uttömmande sätt och aktivt samarbetar med de utredande myndigheterna eller enheterna, och

3. vidtagit lämpliga konkreta tekniska, organisatoriska och personalmässiga åtgärder för att förhindra ytterligare brott eller allvarliga fel.

När en upphandlande myndighet eller enhet bedömer om leverantörens åtgärder enligt första stycket är tillräckliga, ska myndigheten eller enheten beakta allvarlighetsgraden och de särskilda omständigheterna kring brottet eller det allvarliga felet.

En leverantör ska inte uteslutas enligt 3 §, när denne har fullgjort sina åligganden avseende skatter och socialförsäkringsavgifter inklusive eventuell ränta eller sanktionsavgift eller ingått en bindande överenskommelse om betalning eller motsvarande.

Paragrafen genomför artikel 38.5 tredje stycket och 38.9 andra stycket i direktivet. Den motsvarar 13 kap. 5 § LOU och 13 kap. 6 § LUF. Övervägandena finns i avsnitt 7.7.

Paragrafen innehåller bestämmelser om undantag från uteslutning trots att det finns förutsättningar för uteslutning enligt någon av grunderna som anges i 1 och 3 §. Paragrafen är utformad på samma sätt som de motsvarande bestämmelserna i LOU och LUF, se vidare kommentarerna till 17 § i avsnitt 14.1 och till 63 § i avsnitt 14.2 i SOU 2014:51.

7 § En upphandlande myndighet eller enhet får underlåta att följa en skyldighet att utesluta en leverantör, om det finns tvingande hänsyn till allmänintresset.

Paragrafen genomför artikel 38.6 första stycket och motsvarar 13 kap. 6 § LOU och 13 kap. 7 § LUF. Övervägandena finns i avsnitt 7.7.

Av paragrafen framgår att uteslutning kan underlåtas på någon av de grunde som anges i 1–4 §§ när det finns tvingande hänsyn till allmänintresset. Paragrafen är utformad på samma sätt som motsvarande bestämmelser i LOU och LUF, se kommentarerna till 18 § i avsnitt 14.1 och till 64 § i avsnitt 14.2 i SOU 2014:51.

Beslut om uteslutning

8 § En upphandlande myndighet eller enhet kan när som helst under en upphandling utesluta en leverantör från att delta i upphandlingen enligt 1–7 §§, om grund för uteslutning enligt dessa paragrafer visar sig föreligga med hänsyn till leverantörens handlande eller underlåtenhet att handla antingen före eller under upphandlingen.

En upphandlande myndighet eller enhet ska snarast underrätta en leverantör skriftligen om beslutet och dess skäl.

Paragrafen genomför artikel 38.8 och, tillsammans med 6 och 8 §§, artikel 38.9 andra stycket i direktivet. Den motsvarar 13 kap. 7 § LOU och 13 kap. 8 § LUF. Övervägandena finns i avsnitt 7.7.

Paragrafen har utformats på samma sätt som motsvarande bestämmelser i LOU och LUF, se vidare kommentarerna till 19 § i avsnitt 14.1 och till 65 § i avsnitt 14.2 SOU 2014:51.

12 kap. Val av leverantörer

1 § Innan kontrakt tilldelas enligt 13 kap. ska den upphandlande myndigheten eller enheten kontrollera att villkoren för deltagande enligt 2 § är uppfyllda. Kontrollen ska göras med utgångspunkt i anbudssökandenas och anbudsgivarnas egen försäkran eller referenser som lämnats in som bevis enligt kraven i koncessionsmeddelandet.

Paragrafen genomför tillsammans med 2 och 3 §§ artikel 38.1 i direktivet. Bestämmelsen liknar 14 kap 1 § LUF.

I artikel 38.1 används begreppet ”egen försäkran”. Detta begrepp används också i de övriga upphandlingsdirektiven, men har då en anknytning till det europeiska enhetliga upphandlingsdokumentet (se därom bl.a. avsnitt 7.4 i SOU 2014:51).

I LUK-direktivet saknas emellertid sådana regler. Det får då enligt utredningens mening anses klart att det inte kan vara fråga om en sådan egen försäkran som avses i LOU och LUF. I avsaknad av särskilda regler får begreppet därför tolkas med utgångspunkt i det allmänna språkbruket och får då ges innebörden att därmed avses inget annat eller mera än att leverantören lämnat egna uppgifter om hur det förhåller sig med de omständigheter som efterfrågats i upphandlingen. Givetvis ankommer det på upphandlande myndighet och enhet att kontrollera dessa uppgifter på vanligt sätt. Utredningen har därför inte funnit anledning att avvika från detta begrepp som ju återfinns i artikel 38.1 och i bilaga V till direktivet.

För ytterligare kommentarer se kommentarerna till 69 § i avsnitt 14.2 i SOU 2014:51.

2 § En upphandlande myndighet eller enhet får för urvalet av de leverantörer som ska kunna tilldelas en koncession endast tillämpa kriterier som avser yrkesmässig och teknisk kapacitet samt ekonomisk och finansiell ställning.

Paragrafen genomför tillsammans med 1 och 3 §§ artikel 38.1 i direktivet. Den liknar 14 kap. 4 § LOU. Övervägandena finns i avsnitt 7.8.

3 § De villkor för deltagande som myndigheten eller enheten väljer att tillämpa ska ha samband med och stå i proportion till behovet att se

till att leverantören har förmåga att utföra koncessionen med hänsyn till föremålet för denna och syftet att säkerställa verklig konkurrens.

Paragrafen genomför tillsammans med 2 och 3 §§ artikel 38.1 i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 7.8.

Leverantörers utnyttjande av andra företags kapacitet

4 § *En leverantör får vid behov och för fullgörandet av en specifik koncession utnyttja andra företags kapacitet för att uppfylla tillämpliga krav för val av leverantörer som avser yrkesmässig och teknisk kapacitet samt ekonomisk och finansiell ställning enligt 2 §.*

Andra företags kapacitet får utnyttjas enligt första stycket oavsett den rättsliga arten av förbindelserna mellan leverantören och företagen. Förbindelserna ska dock visa att leverantören kommer att kunna förfoga över de nödvändiga resurserna under fullgörandet av koncessionen.

Paragrafen genomför artikel 38.2 första meningen i direktivet. Den motsvarar delvis 14 kap. 9 § LOU och 14 kap. 16 § LUF.

5 § *En leverantör kan till stöd för att denne uppfyller tillämpliga krav enligt 2 § genom utnyttjande av andra företags kapacitet lämna ett dokument av vilket det framgår att företagen åtar sig att ställa nödvändiga resurser för koncessionens fullgörande till leverantörens förfogande.*

Paragrafen genomför artikel 38.2 andra meningen. Den motsvarar 15 kap. 17 § LOU.

2–5 §§ ska läsas i ljuset av skäl 63 i direktivet. De avser sammantaga en upphandlande myndighets och enhets möjlighet att ställa krav på en leverantör yrkesmässighet och tekniska kapacitet samt finansiella och ekonomiska ställning. I skäl 63 betonas vidare särskilt vikten av att leverantörer ska kunna visa att de uppfyller kraven genom hänvisningar till andra företags kapacitet. Paragraferna är utformade med utgångspunkt i ordalydelsen av artikel 38.1

Artikeltexten synes dock endast avse kontroller av de krav som ställts, medan skäl 63 tydligt avser vilka krav som får ställas.

Utredningen finner därför sammanfattningsvis att förevarande direktivtext och paragrafer ska tolkas så att det av dem följer att myndigheten eller enheten har att ställa krav på ekonomisk och finansiell ställning m.m. men att dessa får utformas efter myndighetens eget skön så länge de är relevanta och proportionerliga i förhållande till koncessionsföremålet.

I paragraferna anges uttryckligen att myndigheten eller enheten ska kontrollera att kraven uppfylls och anger vidare vad som ankommer på leverantören för att visa detta. Uppenbart har unionslagstiftaren fäst extra vikt vid att en leverantör ska kunna visa sin kapacitet med stöd av andra företag. Dock anges inte specifikt i direktiven eller i förevarande paragrafer vad villkoren ska gälla. Det finns inte några hinder för leverantörer att åberopa andra företags kapacitet. Visserligen anges i skäl 63 att ett sådant hinder skulle kunna finnas under ”exceptionella omständigheter”. Men eftersom det citerade uttrycket inte återfinns i artikeltexten har utredningen avstått från att tynga lagtexten med detta begrepp.

För kommentarer i övrigt till 2–5 §§, se kommentarerna till 52, 73 och 74 §§ i avsnitt 14.1 och till 54 § i avsnitt 14.2 i SOU 2014:51. För överväganden, se även i tillämpliga delar avsnitt 7.3, 7.8 och 8.4 i samma betänkande.

6 § Myndigheten eller enheten får besluta att leverantörerna och de företag vars kapacitet leverantören avser att utnyttja ska vara solidariskt ansvariga för fullgörandet av kontraktet, om kapaciteten som ska utnyttjas avser ekonomisk och finansiell ställning enligt 2 §.

Paragrafen genomför artikel 38.2 tredje meningen i direktivet och motsvarar 15 kap. 19 § andra stycket LOU och 14 kap. 18 § LUF, se vidare kommentarerna till 76 § andra stycket i avsnitt 14.1 och till 52 § i avsnitt 14.2 i SOU 2014:51.

7 § Under de villkor som följer av 4–6 §§ kan också en grupp av leverantörer enligt 4 kap. 7 § åberopa kapaciteten hos deltagarna i gruppen eller andra företag.

Paragrafen genomför artikel 38.3 i direktivet och motsvarar 14 kap. 19 § LUF, se vidare författningskommentarerna till 57 § i avsnitt 14.2 i SOU 2014:51.

13 kap. Tilldelning av koncession

Tilldelning av koncession

1 § *En upphandlande myndighet eller enhet ska tilldela en koncession på grundval av de tilldelningskriterier som anges i 2 §.*

Paragrafen genomför tillsammans med 2 § artikel 41.1 i direktivet. Den har ingen motsvarighet i LOU och LUF men kan jämföras med 16 kap. 1 § LOU och 15 kap. 1 § LUF. Övervägandena finns i avsnitt 7.9.

Av paragrafen framgår att en koncession ska tilldelas med utgångspunkt i de kriterier som fastställs i enlighet med 2 §. Det finns till skillnad från bestämmelserna i LOU och LUF inget angivet krav på att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet på grundval av pris eller kostnad ska väljas. Detta innebär emellertid inte att tilldelningen kan ske helt fritt. De tilldelningskriterier som ställs upp i enlighet med 2 § måste vara uppfyllda. I skäl 73 i direktivet framhålls att kriterierna för tilldelning, i syfte att säkerställa öppenhet och likabehandling, bör uppfylla vissa normer. Dessa normer kan hänvisa till faktorer som i och för sig inte är rent ekonomiska, men som ändå påverkar värdet av ett anbud ur den upphandlande myndighetens eller enhetens synvinkel. Normerna ska dock vara sådana att det är möjligt att fastställa allmänna ekonomiska fördelar för myndigheten eller enheten. Vidare ska, enligt angivna skäl, kriterierna möjliggöra effektiv konkurrens och åtföljas av krav som kan styrkas och kontrolleras på ett effektivt sätt. Det finns dock inget som hindrar att den upphandlande myndigheten eller enheten anger att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ska antas.

Tilldelningskriterierna ska anges i koncessionsmeddelandet eller något annat koncessionsdokument, vilket framgår av punkt 9 i bilaga V till direktivet.

2 § *Tilldelningskriterierna*

- 1. ska vara förenliga med de principer som anges i 4 kap. 1 §,*
- 2. ska säkerställa att anbuden bedöms i konkurrens med varandra i syfte att fastställa allmänna ekonomiska fördelar för den upphandlande myndigheten eller enheten,*
- 3. ska ha koppling till koncessionsföremålet, och*

4. får inte ha en sådan utformning att myndigheten eller enheten får en obegränsad valfrihet vid utvärderingen av anbuden.

Tilldelningskriterierna ska också innehålla krav som gör det möjligt för myndigheten eller enheten att med stöd av 3 § kontrollera de uppgifter som lämnas.

De får innefatta miljökriterier, sociala kriterier eller kriterier avseende innovation.

3 § *Den upphandlande myndigheten eller enheten ska kontrollera om anbuden uppfyller tilldelningskriterierna.*

Paragraferna genomför tillsammans med 1 § artikel 41.1 och 41.2 i direktivet. De motsvarar delvis 16 kap. 5 § LOU och 15 kap. 5 § LUF. Övervägandena finns i avsnitt 7.9.

I 2 § *första stycket* anges hur tilldelningskriterierna ska utformas. De framgår av punkterna 1–4 att syftet med reglerna är att kriterierna ska ge myndigheten eller enheten möjligheten att uppnå en effektiv upphandling inom regelverkets ram. Sålunda inleds uppräkningsen i första stycket med en hänvisning till de allmänna principerna för upphandling och följs upp av den andra punkten som betonar vikten av att konkurrens verkligen uppnås. I *punkt 2* görs också en hänvisning till att kriterierna ska bidra till att fastställa ”allmänna ekonomiska fördelar för den upphandlande myndigheten eller enheten”. Det framstår för utredningen som oklart vad preciseringen till ”allmänna” egentligen innebär. Det förefaller som en överflödig precisering som inte bidrar till bestämmelsens tydlighet. Men eftersom den finns i direktivtexten, och det inte kan uteslutas att den kan få någon betydelse, har utredningen valt att använda den.

Vidare finns en hänvisning i direktiven att anbuden ska säkerställa ”verklig” konkurrens. Just den preciseringen synes överflödig och kan knappast medföra något mervärde i sak. Den behöver alltså inte införas.

I *punkt 3* sägs att kriterierna ska ha en ”koppling” till koncessionsföremålet. I direktivtexten anges att det ska finnas ett ”samband”. Såvitt utredningen kunnat finna är dock begreppet ”koppling” det som oftast används av EU-domstolen. Därför och då det har en tydligare innebörd har utredningen valt detta begrepp.

I *punkt 4* betonas att kriterierna inte får ge utrymme för godtycke.

I *andra stycket* anges att kriterierna ska utformas så att de kan kontrolleras. Bestämmelsen hänger samman med den skyldighet som en myndighet eller enhet har att kontrollera uppställda villkor. Den skyldigheten anges i 3 §. Frånsett att denna skyldighet slås fast redan i artikel 41.2 måste konstateras att en sådan kontroll stämmer överens med vanligt affärsmässigt beteende.

Prioritetsordning av tilldelningskriterier

4 § *De upphandlande myndigheterna och enheterna ska ange tilldelningskriterierna i fallande prioritetsordning.*

Om det i ett anbud föreslås en innovativ lösning med funktionella prestanda på en synnerligen hög nivå, som den upphandlande myndigheten eller enheten inte hade kunnat förutse får myndigheten eller enheten ändra prioritetsordningen om det finns särskilda skäl för detta. En sådan ändring ska medföra att de nya möjligheter som den innovativa lösningen föreslår kan beaktas.

Ändringen av prioritetsordningen får inte göras på ett sätt som leder till diskriminering.

Paragrafen genomför tillsammans med 5 § artikel 41.3 i direktivet. Den har ingen direkt motsvarighet LOU och LUF. Övervägandena finns i avsnitt 7.9.

I LUK-direktivet finns inga bestämmelser om viktning av tilldelningskriterier. I stället ska kriterierna anges i fallande prioritetsordning enligt den angivna artikeln som genomförs i första stycket i förevarande paragraf. Bestämmelsen motsvarar vad som i undantagsfall kan tillämpas vid upphandling enligt LOU eller LUF, när det inte är möjligt att ange kriteriernas inbördes vikt (16 kap. 9 § LOU och LUF).

I *andra stycket* lämnas en möjlighet för den upphandlande myndigheten eller enheten att ändra prioritetsordningen. Det är uppenbart att en sådan ändring får göras endast efter en restriktiv prövning eftersom den berör något av de grundläggande momenten i en upphandling.

Det förutsätts således i direktivet dels att behovet av ändringen beror på att något anbud ger anledning till detta, dels att ändringen får göras endast i undantagsfall.

Vad först gäller anbudets innehåll sägs att detta ska innefatta en lösning med funktionella prestanda på en ”exceptionell nivå”. Detta uttryck används också i den engelska och franska versionen. Med ledning av den tyska versionen har utredningen valt det tydligare uttrycket synnerligen hög nivå. Det räcker dock inte att detta krav är uppfyllt. I direktivet sägs att prioritetsordningen i så fall visserligen får ändras men endast ”i undantagsfall”. Vilka dessa kan vara sägs inte. Utredningen har valt att låta den avsedda restriktiviteten komma till uttryck genom att här använda ”särskilda skäl”. Vilka sådana skäl kan vara får rättstillämpningen avgöra.

I *tredje stycket* anges att ändringen inte får leda till diskriminering, vilket motsvarar vad som anges i direktivet. Upplysningen synes dock onödig eftersom i fall en ändring skulle leda till diskriminering skulle den stå i strid med de allmänna principerna för upphandling.

5 § Om den upphandlande myndigheten eller enheten ändrar prioritetsordningen enligt 4 § andra stycket ska myndigheten eller enheten informera samtliga anbudsgivare om ändringen och utfärda en ny inbjudan att lämna anbud. Vid anbudsinbjudan ska de minimitidsfrister som anges 9 kap. 2 § andra stycket beaktas.

Om tilldelningskriterierna offentliggjorts vid annonseringen av koncessionsmeddelandet ska den upphandlande myndigheten eller enheten annonsera ett nytt koncessionsmeddelande med den nya prioritetsordningen. Vid annonseringen av koncessionsmeddelandet ska de minimitidsfrister som anges 9 kap. 2 § första stycket beaktas.

Paragrafen genomför tillsammans med 4 § artikel 41.3 i direktivet. Några motsvarande bestämmelser i LOU och LUF finns inte. Övervägandena finns i avsnitt 7.9.

Av paragrafen framgår att den upphandlande myndigheten eller enheten efter en ändring av prioritetsordningen enligt 4 § måste informera anbudsgivararna om den nya prioritetsordningen och låta dem komma in med nya anbud. Vid denna anbudsinbjudan gäller samma minimitidsfrist som för att komma in med anbud när förfarandet sker i successiva steg, dvs. 22 dagar från den dag informa-

tionen med en ny anbudsinbjudan avsändes. Om tilldelningskriterierna offentliggjorts genom annonseringen av koncessionsmeddelandet måste en ny annonsering av koncessionsmeddelandet med den nya prioritetsordningen göras efter en ändring av aktuellt slag. Tidsfristen för mottagande av anbud ska då vara minst 30 dagar från den dag koncessionsmeddelandet skickades.

14 kap. Fullgörande av koncession

När en leverantör anlitar underleverantörer för att fullgöra en koncession

1 § En leverantör får för fullgörandet av en koncession som denne har tilldelats anlita underleverantörer som ska fullgöra koncessionen i enlighet med de skyldigheter som avses i 4 kap. 4 §.

Paragrafen genomför artikel 42.1, 42.4 och 42.6 i direktivet och motsvarar 17 kap. 2 § LOU och 16 kap. 2 § LUF. Övervägandena finns i avsnitt 8.

Av bestämmelsen framgår att en leverantör som tilldelats en koncession får anlita underleverantörer för utförandet av koncessionen. Bestämmelsen är utformad på samma sätt som de motsvarande bestämmelserna i LOU och LUF, se vidare kommentarerna till 95 § i avsnitt 14.1 och till 90 § i avsnitt 14.2 i SOU 2014:51.

Uppgifter om hur leverantören planerar att koncessionen ska fullgöras

2 § En upphandlande myndighet eller enhet får begära att leverantörer ska lämna in uppgifter om hur stor del av koncessionen som leverantören kan komma att fullgöra genom att anlita underleverantörer enligt 1 §, och de underleverantörer som leverantören avser att anlita för att fullgöra koncessionen i den delen.

Paragrafen genomför tillsammans med 3 § artikel 42.2 i direktivet och motsvarar 17 kap. 3 § LOU och 16 kap. 3 § LUF. Övervägandena finns i avsnitt 8.

Paragrafen innehåller regler om vilka uppgifter den upphandlande myndigheten eller enheten kan begära att anbudsgivaren

lämnar in när en del av koncessionen kan komma att fullgöras genom anlitande av underleverantörer. Bestämmelsen är utformad på samma sätt som de motsvarande bestämmelserna i LOU och LUF, se vidare kommentarerna till 96 § i avsnitt 14.1 och till 91 § i avsnitt 14.2 i SOU 2014:51.

Offentliggörande

3 § *Myndigheten eller enheten ska i något av koncessionsdokumenten ange de uppgifter leverantörerna ska lämna in till myndigheten eller enheten enligt 2 §.*

Paragrafen genomför den del av artikel 42.2 i direktivet som avser offentliggörande och motsvarar delvis 17 kap. 5 § LOU och 16 kap. 5 § LUF. Övervägandena finns i avsnitt 8.

Paragrafen anger att den upphandlande myndigheten eller enheten ska offentliggöra vilka uppgifter som ska lämnas rörande anlitande av underleverantörer. Paragrafen har utformats på samma sätt som motsvarande bestämmelser i LOU och LUF, se kommentarerna till 98 § i avsnitt 14.1 och till 93 § i avsnitt 14.2 i SOU 2014:51.

Uppgifter som ska lämnas innan fullgörandet av en koncession påbörjas

4 § *En upphandlande myndighet eller enhet ska ställa krav på att koncessionshavaren ska lämna in sådana uppgifter som avses i 5 § innan fullgörandet av koncessionen påbörjas, om koncessionen avser*

- 1. färdigställande av en byggentreprenad eller*
- 2. en tjänst som ska tillhandahållas vid en anläggning under direkt tillsyn av myndigheten eller enheten.*

Paragrafen genomför tillsammans med 5 § artikel 42.3 första stycket i direktivet och motsvarar 17 kap. 6 § LOU och 16 kap. 6 § LUF. Övervägandena finns i avsnitt 8.

Paragrafen anger vid vilka koncessioner den upphandlande myndigheten eller enheten ska ställa krav på att koncessionshavaren ska ge in uppgifter om underleverantörer före fullgörandet

av koncessionen. Vilka uppgifter som ska ges in framgår av 5 §. Bestämmelsen är utformad på samma sätt som motsvarande bestämmelser i LOU och LUF, se kommentarerna till 99 § i avsnitt 14.1 och till 94 § i avsnitt 14.2 i SOU 2014:51.

5 § Myndigheten eller enheten ska enligt 4 § ställa krav på att koncessionshavaren anger namn på och kontaktuppgifter för sådana underleverantörer som anlitas enligt 1 §. Samma uppgifter ska lämnas för legala ställföreträdare för dessa underleverantörer.

Myndigheten eller enheten ska också ställa krav på att koncessionshavaren ska underrätta myndigheten eller enheten om varje ändring av sådana uppgifter som avses i första stycket som görs under koncessionens löptid.

Bestämmelserna i första och andra styckena gäller inte om underleverantören är en varuleverantör.

Paragrafen genomför tillsammans med 4 § artikel 42.3 första och tredje styckena i direktivet och motsvarar 17 kap. 7 § LOU och 16 kap. 7 § LUF. Övervägandena finns i avsnitt 8.

Paragrafen innehåller bestämmelser om vilka uppgifter om underleverantörer som den upphandlande myndigheten eller enheten ska kräva att koncessionshavaren lämnar. Bestämmelsen är utformad på samma sätt som de motsvarande bestämmelserna i LOU och LUF, se kommentarerna till 100 § i avsnitt 14.1 och till 95 § i avsnitt 14.2 i SOU 2014:51.

Ändringar av kontrakt under löptiden

Ändring av kontrakt utan att en ny upphandling genomförs

6 § En koncession får ändras under dess löptid utan att den upphandlande myndigheten eller enheten genomför en ny upphandling, endast om ändringarna är sådana som avses i 7–12 §§.

Paragrafen genomför artikel 43.5 och motsvarar 17 kap. 8 § LOU och 16 kap. 8 § LUF. Övervägandena finns i avsnitt 8.

Paragrafen innehåller bestämmelser om när en koncession får ändras utan att den upphandlande myndigheten eller enheten genomför en ny upphandling. Bestämmelsen är utformad på samma

sätt som motsvarande bestämmelser i LOU och LUF, se vidare kommentarerna till 114 § i avsnitt 14.1 och till 109 § i avsnitt 14.2 i SOU 2014:51.

Mindre ändringar av kontraktsvärdet

7 § En ändring av koncessionens värde medför inte att upphandlingen ska göras om i fall den är lägre än de värden som följer av andra stycket och den inte medför att koncessionens övergripande karaktär ändras. Värdet av ändringen ska bedömas på grundval av det samlade nettovärdet av flera ändringar, om ändringarna har genomförts som successiva ändringar.

Värdet av ändringen enligt första stycket ska vara lägre än

1. tröskelvärdet enligt 5 kap. och

2. 10 procent av den ursprungliga koncessionens värde.

Paragrafen genomför artikel 43.2 och motsvarar 17 kap. 9 § LOU och 16 kap. 9 § LUF. Övervägandena finns i avsnitt 8.

Av paragrafen framgår att mindre ändringar av koncessionens värde inte behöver leda till att upphandlingen ska göras om. Bestämmelsen är utformad på samma sätt som de motsvarande bestämmelserna i LOU och LUF, se vidare kommentarerna till 115 § i avsnitt 14.1 och till 110 § i avsnitt 14.2 i SOU 2014:51.

Ändringar i särskilda fall

8 § En ändring är tillåten om den görs enligt en sådan ändringsklausul som avses i andra stycket och den inte medför att koncessionens övergripande karaktär ändras.

En ändringsklausul ska klart, exakt och entydigt beskriva under vilka förutsättningar den kan tillämpas. Den ska också ange omfattningen och arten av ändringarna som kan komma att göras.

Paragrafen genomför tillsammans med 14 § artikel 43.1 a och motsvarar 17 kap. 10 § LOU och 16 kap. 10 § LUF. Övervägandena finns i avsnitt 8.

Paragrafen innehåller bestämmelser om ändringsklausuler. I artikel 43.1 a i direktivet finns exempel på vad en ändringsklausul

kan omfatta. Bestämmelsen är utformad på samma sätt som motsvarande bestämmelser i LOU och LUF, se vidare kommentarerna till 116 § i avsnitt 14.1 och till 111 § i avsnitt 14.2 i SOU 2014:51.

9 § *En ändring genom en sådan kompletterande beställning som avses i andra stycket är tillåten oberoende av beställningens värde.*

En beställning får göras som en kompletterande beställning av tjänster eller byggtreprenader som inte ingick i den ursprungliga upphandlingen från koncessionshavaren, om

- 1. beställningen har blivit nödvändig att göra,*
- 2. ett byte av koncessionshavare inte kan göras av ekonomiska eller tekniska skäl, och*
- 3. ett byte av leverantör skulle medföra betydande olägenheter eller betydligt större omkostnader för den upphandlande myndigheten eller enheten.*

Om upphandlingen genomförs av en upphandlande myndighet och koncessionen avser annan verksamhet än sådan verksamhet som avses i bilaga 2 är en ändring genom en sådan kompletterande beställning som avses i tredje stycket tillåten endast om den inte innebär att värdet ökar med mer än 50 procent av värdet på den ursprungliga koncessionen. Om flera ändringar genomförs successivt, ska begränsningen i fråga om ökningen av värdet tillämpas på varje enskild ändring.

Paragrafen genomför artikel 43.1 b och motsvarar delvis 17 kap. 11 § LOU och 16 kap. 11 § LUF. Övervägandena finns i avsnitt 8.

Paragrafen innehåller bestämmelser om kompletterande beställningar. *Första och andra styckena* gäller generellt för upphandlande myndigheter och enheter, men begränsas för en upphandlande myndighet i enlighet med vad som anges i *tredje stycket*.

Paragrafen är utformad med utgångspunkt i motsvarande bestämmelser i LOU och LUF, se vidare kommentarerna till 117 § i avsnitt 14.1 och till 112 § i avsnitt 14.2 i SOU 2014:51.

10 § *En ändring är tillåten om behovet av den har uppstått till följd av omständigheter som den upphandlande myndigheten eller enheten inte har kunnat förutse och om den inte medför att koncessionens övergripande karaktär ändras.*

Om upphandlingen genomförs av en upphandlande myndighet för bedrivande av annan verksamhet än sådan verksamhet som avses i

bilaga 2 är en ändring är tillåten under de förutsättningar som anges i första stycket och om den inte innebär att värdet ökar med mer än 50 procent av värdet på den ursprungliga koncessionen. Om flera ändringar genomförs successivt, ska begränsningen i fråga om ökningen av värdet tillämpas på varje enskild ändring.

Paragrafen genomför artikel 43.1 c och motsvarar delvis 17 kap. 12 § LOU och 16 kap. 12 § LUF. Övervägandena finns i avsnitt 8.

Paragrafen innehåller bestämmelser om kompletterande beställningar. Första stycket gäller generellt för upphandlande myndigheter och enheter, men begränsas för en upphandlande myndighet i enlighet med vad som anges i andra stycket.

Paragrafen är utformad med utgångspunkt i motsvarande bestämmelser i LOU och LUF, se vidare kommentarerna till 118 § i avsnitt 14.1 och till 113 § i avsnitt 14.2 i SOU 2014:51.

11 § *Byte av den koncessionshavare som ursprungligen har tilldelats koncessionen till en annan leverantör är en tillåten ändring om*

1. det inte finns skäl att utesluta den nya leverantören med stöd av 11 kap. och denne uppfyller tillämpliga krav för val av leverantörer i den ursprungliga upphandlingen enligt 12 kap. 2 och 3 §§,

2. den nya leverantören helt eller delvis inträder i den ursprungliga koncessionshavarens ställe till följd av företagsomstruktureringar, och

3. omstruktureringarna inte medför andra väsentliga ändringar av kontraktet.

Om den upphandlande myndigheten eller enheten övertar den ursprungliga leverantörens skyldigheter gentemot leverantörens underleverantörer, ska det också anses vara ett byte av leverantör och en tillåten ändring.

När ett byte av koncessionshavare gjorts är den nya leverantören att anse som koncessionshavare.

Paragrafen genomför artikel 43.1 d och motsvarar delvis 17 kap. 13 § LOU och 16 kap. 13 § LUF. Övervägandena finns i avsnitt 8.

Paragrafen innehåller bestämmelser om byte av koncessionshavare. Paragrafen är i princip utformad på samma sätt som motsvarande bestämmelser i LOU och LUF, men begreppet koncessionshavare används i stället för ”leverantör som ursprungligen har tilldelats” eftersom definitionen av koncessionshavare är leverantör

som har tilldelats en koncession. Begreppet leverantör används för att markera situationer då denne ännu inte är godkänd som koncessionshavare. När ett sådant godkännande finns är leverantören att anse som koncessionshavare, vilket anges i tredje stycket. För ytterligare kommentarer se kommentarerna till 119 § i avsnitt 14.1 och till 114 § i avsnitt 14.2 i SOU 2014:51.

Övriga ändringar som inte är att anse som väsentliga

12 § *En ändring som inte omfattas av bestämmelserna i 7–11 §§ ska ändå anses vara en tillåten ändring om den inte är väsentlig enligt andra stycket.*

En ändring ska anses vara väsentlig om

1. *den inför nya villkor i koncessionen som om de hade ingått i den ursprungliga upphandlingen hade medfört att andra anbudssökande bjöds in att delta, att andra anbud blev aktuella att utvärdera eller att ytterligare leverantörer deltog i upphandlingen än de som bjöds in, utvärderades, deltog i den ursprungliga upphandlingen,*

2. *den innebär att koncessionens ekonomiska jämvikt ändras till förmån för den leverantör som har tilldelats koncessionen på ett sätt som inte medgavs i den ursprungliga koncessionen,*

3. *den medför att koncessionens omfattning utvidgas betydligt, eller*

4. *den innebär att den koncessionshavare som ursprungligen har tilldelats koncessionen byts ut mot en annan leverantör utan att förutsättningarna enligt 11 § är uppfyllda för ett sådant byte.*

Paragrafen genomför artikel 43.1 e och 43.4 och motsvarar 17 kap. 14 § LOU och 16 kap. 14 § LUF. Övervägandena finns i avsnitt 8.

Paragrafen innehåller bestämmelser om ändringar som är tillåtna om de inte är väsentliga. Den är utformad på samma sätt som motsvarande paragrafer i LOU och LUF, se vidare kommentarerna till 120 § i avsnitt 14.1 och till 115 § i avsnitt 14.2 i SOU 2014:51.

Beräkning av värdeökningar

13 § *Vid beräkningen av värdet enligt 7 § andra stycket 2 ska det uppdaterade värdet vara referensvärdet, om kontraktet omfattar en indexeringsklausul.*

Om koncessionen inte innehåller någon indexeringsklausul ska det uppdaterade värdet beräknas med hänsyn till den genomsnittliga inflationen i den medlemsstat där den upphandlande myndigheten eller enheten finns.

Paragrafen genomför artikel 43.3 och motsvarar delvis 17 kap. 15 § LOU och 16 kap. 15 § LUF. Övervägandena finns i avsnitt 8.

Paragrafen innehåller bestämmelser om värdeökningar. Första stycket motsvarar angivna bestämmelser i LOU och LUF, se vidare kommentarerna till 121 § i avsnitt 14.1 och till 116 § i avsnitt 14.2 i SOU 2014:51. I andra stycket anges hur det uppdaterade värdet ska bestämmas när det saknas indexeringsklausul i koncessionskontraktet.

Offentliggörande

14 § *En upphandlande myndighet eller enhet ska i något av koncessionsdokumenten i den ursprungliga upphandlingen beskriva de ändringsklausuler som avses i 8 §.*

Paragrafen genomför tillsammans med 8 § artikel 43.1 a och motsvarar 17 kap. 16 § LOU och 16 kap. 16 § LUF. Övervägandena finns i avsnitt 8. Bestämmelsen är utformad på samma sätt som motsvarande bestämmelser i LOU och LUF, se vidare kommentarerna till 122 § i avsnitt 14.1 i och till 117 § i avsnitt 14.2 i SOU 2014:51.

15 § *En upphandlande myndighet eller enhet som ändrar en koncession med stöd av 9 eller 10 § ska offentliggöra detta i ett meddelande i Europeiska unionens officiella tidning.*

Paragrafen genomför artikel 43.1 andra stycket och motsvarar 17 kap. 17 § LOU och 16 kap. 17 § LUF. Övervägandena finns i avsnitt 8.

Paragrafen innehåller bestämmelser om offentliggörande av ändringar som en upphandlande myndighet eller enhet genomför i form av kompletterande beställningar och på grund av oförutsedda händelser. Kompletterande bestämmelser om hur offentliggörandet

ska göras och vilka uppgifter som ska finnas med bör tas in i förordning (jfr bilaga XI till direktivet).

Tillvägagångssättet för offentliggörandet ska vara detsamma som gäller i allmänhet vid offentliggörande av meddelande, vilket följer av hänvisningen i artikel 43.1 andra stycket till artikel 33 i direktivet.

Paragrafen är utformad på samma sätt som motsvarande bestämmelser i LOU och LUF, se vidare kommentarerna till 123 § i avsnitt 14.1 och till 118 § i avsnitt 14.2 i SOU 2014:51.

Avslutande av kontrakt

16 § *En upphandlande myndighet eller enhet får avsluta en koncession, om*

1. den har varit föremål för en ändring som inte är tillåten enligt 6 § och koncessionen därför ska upphandlas,

2. koncessionshavaren borde ha uteslutits enligt 11 kap. 1 §, eller

3. Europeiska unionens domstol i ett förfarande i enlighet med artikel 258 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt finner att Sverige inte fullgjort sina skyldigheter enligt kraven i fördraget avseende Europeiska unionen och fördraget om Europeiska unionens funktionssätt genom att en upphandlande myndighet eller enhet har tilldelat en koncession utan att iaktta kraven i de fördragen och Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/23/EU av den 26 februari 2014 om tilldelning av koncessioner.

Paragrafen genomför artikel 44 i direktivet och motsvarar delvis 17 kap. 18 § LOU och 16 kap. 18 § LUF. Övervägandena finns i avsnitt 8.

Paragrafen innehåller bestämmelser om avslutande av en koncession. Av *första punkten* framgår att en koncession får avslutas när den varit föremål för ändring som inte är tillåten enligt bestämmelserna i detta kapitel. Enligt *andra punkten* får en koncession avslutas när koncessionshavaren borde ha uteslutits från upphandlingen enligt 11 kap. 1 §, dvs. på grund av viss brottslighet. Begreppet ”koncessionärer” i led b i artikeln har bytts ut mot koncessionshavare, vilket torde vara vad som avses i artikeln.

I *tredje punkten* anges att en koncession får avslutas om EU-domstolen finner att Sverige inte har fullgjort sina skyldigheter enligt fördragen och detta kommit till uttryck genom att en upphandlande myndighet eller enhet tilldelat en koncession utan att bestämmelserna i fördragen eller LUK-direktivet har iakttagits. De situationer som åsyftas torde alltså vara direktivet genomförts på ett sätt som inte är förenligt med direktivet och detta medfört att en koncession tilldelats i strid med bestämmelserna i fördragen eller direktivet. Någon motsvarande bestämmelse finns inte i LOU eller LUF.

För ytterligare kommentarer se kommentarerna till 124 § i avsnitt 14.1 och till 119 § i avsnitt 14.2 i SOU 2014:51.

15 kap. Upphandling som inte omfattas av direktivet samt upphandling av vissa sociala tjänster och andra särskilda tjänster

Tillämpningsområdet

1 § *Detta kapitel gäller i fråga om*

1. upphandling av koncessioner som avser sådana tjänster som anges i bilaga 3 (sociala tjänster och andra särskilda tjänster) och

2. upphandling av koncessioner vars värde beräknas understiga det tröskelvärde som gäller enligt bestämmelserna i 5 kap.

När ett kontrakt utgör ett blandat kontrakt eller en upphandling avser flera verksamheter i den mening som avses i 2 kap. äger det kapitlet motsvarande tillämpning.

Paragrafens bestämmelser om sociala tjänster och andra särskilda tjänster i första punkten genomför tillsammans med övriga bestämmelser i 15 kap. artikel 19 i direktivet. Paragrafens bestämmelser i andra punkten om upphandlingar vars värde beräknas understiga det tröskelvärde som gäller enligt bestämmelserna i 5 kap. genomför inte några bestämmelser i direktivet. Övervägandena finns i avsnitten 9.2 och 9.3.

Av paragrafen framgår vilka typer av upphandlingar som får genomföras enligt det enklare regelsystem som följer av bestämmelserna i 15 kap. Bestämmelsen korresponderar med den i 2 kap. 1 § tredje stycket.

I andra stycket görs en generell hänvisning till 2 kap. Genom den hänvisningen lämnas information om vilka regler som ska gälla för det fall konkurrens uppkommer mellan olika upphandlingslagar även under tröskelvärdet. Som tidigare har sagts gäller som en generell lösning att LOU har företräde i de flesta fall och när det är frågan om upphandling som faller in under artikel 346 EUF-fördraget det oftast blir så att ingen av upphandlingslagarna blir tillämplig, se vidare författningskommentaren till respektive paragraf i 2 kap.

Principer för upphandling av koncessioner

2 § Vid upphandlingar enligt detta kapitel ska upphandlande myndigheter och enheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingarna på ett öppet sätt. Upphandlingarna ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet.

3 § En upphandling enligt detta kapitel får inte utformas i syfte att undanta den från denna lags tillämpningsområde och får inte heller utformas på ett sätt som otillbörligt gynnar eller missgynnar vissa leverantörer eller vissa varor, tjänster eller byggentreprenader.

4 § En upphandlande myndighet eller enhet bör beakta miljöhänsyn och sociala hänsyn vid upphandling av koncessioner om upphandlingens art motiverar detta.

5 § För att säkerställa att leverantörer som har tilldelats koncessioner enligt detta kapitel fullgör kontrakten i enlighet med tillämpliga miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter, bör upphandlande myndigheter och enheter vidta de lämpliga åtgärder som är förenliga med bestämmelserna i detta kapitel.

Paragraferna genomför tillsammans med övriga bestämmelser i 15 kap. artikel 19 i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 9.3.

Bestämmelserna i 2–4 §§ motsvarar de i 4 kap. 1–3 §§.

Bestämmelsen i 5 § har utformats med den i 4 kap. 4 § första stycket som förebild. Till skillnad mot 4 kap. 4 § första stycket

anges i 5 § att upphandlande myndigheter och enheter ”bör” vidta lämpliga åtgärder. Då det vid upphandling enligt 15 kap. inte finns några enligt kapitlet särskilda åtgärder att vidta, anges det i 5 § att det ska röra sig om ”lämpliga åtgärder”. Ovanstående skillnader mellan 4 kap. 4 § första stycket och 5 § motiveras av att bestämmelsen i den senare bör återspegla den betydande flexibilitet som följer av kapitlets bestämmelser i förhållande till lagens bestämmelser i övrigt. Vad som är lämpliga åtgärder får ytterst bestämmas med tillämpning av de allmänna principer som kommer till uttryck i 2 §.

Annonsering av upphandling

Förhandsmeddelande

6 § *En upphandlande myndighet eller enhet som avser tilldela en koncession enligt detta kapitel, ska informera om detta genom ett förhandsmeddelande.*

Paragrafen genomför artiklarna 19 och 31.3 i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 9.3.

Denna paragraf innehåller de särskilda regler om offentliggörande till vilka 8 kap. 2 § hänvisar. Genom nu aktuell paragraf läggs fast en skyldighet att offentliggöra genom ett förhandsmeddelande. Skyldigheten gäller även sådana upphandlingar som avses i 1 § 2, dvs. upphandlingar inom det ej direktivstyrda området.

Hur en upphandlande myndighet eller enhet närmare ska agera för att fullgöra skyldigheten som följer av artikel 31.3 i direktivet framgår delvis av bilaga VI till direktivet. I bilagan anges i tio punkter de uppgifter som ska finnas i ett förhandsmeddelande. Bilagan bör kunna genomföras i svensk rätt genom den upphandlingsförordning som bör ersätta nuvarande upphandlingsförordning (2011:1040) och följa hur motsvarande bilagor till de övriga nya upphandlingsdirektiven genomförs. Som framgår av 8 kap. 7 § kan regeringen med stöd av 8 kap. 7 § regeringsformen meddela kompletterande föreskrifter om utformning av annonser.

Direktivet innehåller inte några mer detaljerade bestämmelser om hur förhandsmeddelandet ska offentliggöras än de i artikel 31.3 och nyss berörda bilaga. De bör därvid noteras att ett förhands-

meddelande (artikel 31.3 i direktivet) inte omfattas av det direktivstyrda system för offentliggörande som följer av bestämmelserna i artikel 33 i direktivet. Detta innebär att en upphandlande myndighet eller enhet ska offentliggöra ett förhandsmeddelande så att upphandlingen i det enskilda fallet uppfyller de krav som följer av de allmänna principerna som kommer till uttryck i 2 §.

Vad som är tillräckliga åtgärder i fråga om offentliggörandet för att iaktta bl.a. likabehandlingsprincipen, principen om icke-diskriminering och principen om öppenhet får avgöras från fall till fall. Bedömningen av en sådan fråga är avhängigt vad upphandlingen avser men kanske framförallt vilket värde koncessionen kan beräknas uppgå till. En myndighet eller enhet bestämmer sålunda själv vilka kanaler den ska använda för att med iakttagande av de allmänna principerna offentliggöra ett förhandsmeddelande.

Efterannons om resultatet av en upphandling

7 § *En upphandlande myndighet eller enhet som har tilldelat en koncession enligt detta kapitel ska efterannonsera om upphandlingsresultatet enligt bestämmelserna i 8 kap. 5 §, om koncessionens värde uppgår till minst det tröskelvärde som gäller enligt bestämmelserna i 5 kap.*

Myndigheten eller enheten får dock vid tillämpningen av bestämmelserna i 8 kap. 5 § kvartalsvis gruppera sådana efterannonser som avses i första stycket och skicka dem senast 48 dagar efter utgången av varje kvartal.

Paragrafen genomför artiklarna 19 och 32 i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 9.3.

Bestämmelserna i första stycket upplyser om att de allmänna bestämmelserna om efterannons i 8 kap. också gäller för upphandlingar enligt 15 kap. Bestämmelserna i 8 kap. gäller i enlighet med lagens allmänna systematik dock endast för upphandlingar som avser tilldelning av koncessioner som uppgår till minst det tröskelvärde som gäller enligt 5 kap. Detta föreskrivs också uttryckligen i första stycket i förevarande paragraf. Med hänsyn till vilka upphandlingar bestämmelserna i 15 kap gäller för, omfattar paragrafens bestämmelser sålunda enbart upphandlingar av koncessioner som

avser sådana tjänster som anges i bilaga 3 (sociala tjänster och andra särskilda tjänster) och vars värde uppgår till minst det tröskelvärde som gäller enligt bestämmelserna i 5 kap.

I andra stycket finns ett undantag från den tidfrist som anges 8 kap. 5 §. Av stycket följer att en upphandlande myndighet eller enhet om den finner det lämpligt, får samla efterannonserna kvartalsvis och sålunda skicka dem enligt 8 kap. 5 § samlat fyra gånger per år. Sådana samlade efterannonser ska skickas senast 48 dagar efter utgången av varje kvartal. För kommentar i övrigt se kommentaren till 8 kap. 5 §.

Dokumentation, underrättelse och förvaring av handlingar

8 § En upphandlande myndighet eller enhet ska dokumentera genomförandet av en upphandling. Dokumentationens ska vara tillräcklig för att motivera myndighetens eller enhetens beslut under upphandlingens samtliga skeden.

9 § Vid upphandling enligt detta kapitel ska den upphandlande myndigheten snarast möjligt skriftligen underrätta anbudssökandena och anbudsgivarna om sådana beslut som avses i 10 kap. 12 och 13 §§ och lämna sådana upplysningar som avses i 10 kap. 12–14 §§.

10 § 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 8 § och liknande dokument.

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

Paragraferna genomför tillsammans med 16 kap. artiklarna 46 och 47 i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 9.3.

Artiklarna 46 och 47 i direktivet gör rättsmedelsdirektiven tillämpliga även på vid tilldelningar av koncessioner. Rättsmedelsdirektiven förutsätter att genomförandet av en upphandling doku-

menteras, att berörda leverantörer underrättas om de beslut som fattas under upphandlingen och att dokumentationen bevaras.

Paragrafernas bestämmelser om dokumentation, underrättelse och förvaring av handlingar har utformats med motsvarande bestämmelser i LOU och LUF som förebilder (19 kap. 26 § första stycket, 27 och 28 §§ LOU och 19 kap. 27 § första stycket, 28 och 29 §§ LUF i Ds 2014:25; se även 10 kap. 17 § i denna lag).

Avtalsspärr, överprövning, skadestånd och upphandlingsskadeavgift

11 § Bestämmelserna om avtalsspärr, överprövning och skadestånd i 16 kap. och om upphandlingsskadeavgift i 17 kap. gäller vid upphandlingar enligt detta kapitel.

Paragrafen genomför tillsammans med 16 kap. artiklarna 46 och 47 i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 7.3.

Av paragrafen följer att bestämmelserna i 16 och 17 kap. är tillämpliga vid upphandlingar enligt detta kapitel.

16 kap. Avtalsspärr, överprövning och skadestånd

Avtalsspärr

Allmänna bestämmelser om avtalsspärr

1 § Om en upphandlande myndighet eller enhet är skyldig att skicka en underrättelse om tilldelningsbeslut enligt 10 kap. 12 § eller 15 kap. 9 § och underrättelsen har skickats med ett elektroniskt medel, får den upphandlande myndigheten eller enheten inte ingå avtal (avtalsspärr) förrän tio 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 genomför, tillsammans med övriga paragrafer i 16 och 17 kap., artiklarna 46 och 47 i direktivet. Den motsvarar 20 kap. 1 § LOU och LUF. Övervägandena finns i avsnitt 10.

Undantag från avtalsspärr

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

Paragrafen genomför, tillsammans med övriga paragrafer i 16 och 17 kap., artiklarna 46 och 47 i direktivet. Den motsvarar delvis 20 kap. 2 § LOU och LUF. Övervägandena finns i avsnitt 10. Skillnaderna beror på att koncessionsupphandlingen är annorlunda konstruerad än upphandling enligt LOU och LUF.

Avtalsspärr vid förhandsinsyn

3 § *Vid förhandsinsyn enligt 8 kap. 6 § får den upphandlande myndigheten eller enheten inte ingå avtal förrän tio dagar har gått från det att annonsen om förhandsinsyn publicerats.*

Paragrafen genomför, tillsammans med övriga paragrafer i 16 och 17 kap., artiklarna 46 och 47 i direktivet. Den motsvarar 20 kap. 3 § LOU och LUF. Övervägandena finns i avsnitt 10.

Överprövning

Allmänna bestämmelser om överprövning

4 § *Efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada får allmän förvaltningsdomstol överpröva*

- 1. en upphandling, och*
- 2. giltigheten av ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet eller enhet och en leverantör.*

Paragrafen genomför, tillsammans med övriga paragrafer i 16 och 17 kap., artiklarna 46 och 47 i direktivet. Den motsvarar 20 kap. 4 § LOU och LUF. Övervägandena finns i avsnitt 10.

Behörig domstol

5 § *En ansökan om överprövning ska göras hos den förvaltningsrätt i vars domkrets den upphandlande myndigheten eller enheten har sin hemvist.*

Prövningstillstånd krävs vid överklagande till kammarrätten.

Paragrafen genomför, tillsammans med övriga paragrafer i 16 och 17 kap., artiklarna 46 och 47 i direktivet. Den motsvarar 20 kap. 5 § LOU och LUF. Övervägandena finns i avsnitt 10.

Överprövning av en upphandling

6 § *Om den upphandlande myndigheten eller enheten har brutit mot de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.*

Överprövning av en upphandling får inte ske efter det att avtal har slutits mellan den upphandlande myndigheten eller enheten och en leverantör.

Paragrafen genomför, tillsammans med övriga paragrafer i 16 och 17 kap., artiklarna 46 och 47 i direktivet. Den motsvarar 20 kap. 7 § LOU och LUF. Övervägandena finns i avsnitt 10.

7 § *Om den upphandlande myndigheten eller enheten under pågående överprövning av en upphandling ingår ett avtal i strid med 1, 3, 8, 9 eller 10 §, ska rätten, på yrkande av leverantören, överpröva avtalets giltighet i enlighet med 13–15 §§.*

Paragrafen genomför, tillsammans med övriga paragrafer i 16 och 17 kap., artiklarna 46 och 47 i direktivet. Den motsvarar 20 kap. 8 § LOU och LUF. Övervägandena finns i avsnitt 10.

Förlängd avtalsspärr

8 § Om en ansökan om överprövning av en upphandling har gjorts, fortsätter avtalsspärr enligt 1 eller 3 § att gälla under handläggningen i förvaltningsrätten (förlängd avtalsspärr).

Rätten får besluta att någon förlängd avtalsspärr inte ska gälla.

Paragrafen genomför, tillsammans med övriga paragrafer i 16 och 17 kap., artiklarna 46 och 47 i direktivet. Den motsvarar 20 kap. 9 § LOU och LUF. Övervägandena finns i avsnitt 10.

Interimistiskt beslut vid överprövning av en upphandling

9 § I fall då avtalsspärr enligt 1, 3 eller 8 § inte gäller får rätten besluta att den upphandlande myndigheten eller enheten inte får ingå avtal innan något annat har bestämts.

Rätten får avstå från att fatta beslut enligt första stycket, om den skada eller olägenhet som åtgärden skulle medföra kan bedömas vara större än skadan för leverantören.

Paragrafen genomför, tillsammans med övriga paragrafer i 16 och 17 kap., artiklarna 46 och 47 i direktivet. Den motsvarar 20 kap. 10 § LOU och LUF. Övervägandena finns i avsnitt 10.

Tiodagarsfrist

10 § När en förlängd avtalsspärr gäller enligt 8 §, får den upphandlande myndigheten eller enheten inte ingå avtal förrän tio dagar har gått från det att förvaltningsrätten har avgjort målet.

När en förvaltningsrätt eller en kammarrätt har fattat ett beslut enligt 9 §, får avtal inte ingås förrän tio dagar har gått från det att domstolen har avgjort målet eller upphävt beslutet. När Högsta förvaltningsdomstolen har fattat ett beslut enligt 9 § och beslutat att återförvisa målet till lägre instans, får avtal inte ingås förrän tio dagar har gått från beslutet om återförvisning.

Rätten får besluta att någon tiodagarsfrist inte ska gälla.

Paragrafen genomför, tillsammans med övriga paragrafer i 16 och 17 kap., artiklarna 46 och 47 i direktivet. Den motsvarar 20 kap. 11 § LOU och LUF. Övervägandena finns i avsnitt 10.

11 § *En ansökan om överprövning av en upphandling ska ha kommit in till förvaltningsrätten före utgången av en sådan avtalsspärr som avses i 1 eller 3 §.*

Paragrafen genomför, tillsammans med övriga paragrafer i 16 och 17 kap., artiklarna 46 och 47 i direktivet. Den motsvarar 20 kap. 12 § LOU och LUF. Övervägandena finns i avsnitt 10.

12 § *En ansökan om överprövning av ett beslut att avbryta en upphandling ska ha kommit in till förvaltningsrätten innan tio dagar har gått från det att den upphandlande myndigheten eller enheten med ett elektroniskt medel har skickat en underrättelse om beslutet och angett skälen för detta.*

Om underrättelsen har skickats på annat sätt än med ett elektroniskt medel till en eller flera anbudssökande eller anbudsgivare, ska en ansökan om överprövning ha kommit in till förvaltningsrätten innan 15 dagar har gått från utskickandet.

Paragrafen genomför, tillsammans med övriga paragrafer i 16 och 17 kap., artiklarna 46 och 47 i direktivet. Den motsvarar 20 kap. 13 § LOU och LUF. Övervägandena finns i avsnitt 10.

Överprövning av ett avtals giltighet

13 § *Rätten ska besluta att ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndigheten eller enhet och en leverantör är ogiltigt, om avtalet har slutits utan föregående annonsering enligt 8 kap. 1 § eller 15 kap. 6 §.*

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. 9 §. 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 genomför, tillsammans med övriga paragrafer i 16 och 17 kap., artiklarna 46 och 47 i direktivet. Den motsvarar delvis 20 kap. 13 § LOU och LUF. Skillnaderna beror på att koncessionsupphandlingen är annorlunda konstruerad än upphandling enligt LOU och LUF. Övervägandena finns i avsnitt 10.

14 § *Om det finns tvingande hänsyn till ett allmänintresse, ska rätten besluta att avtalet får bestå trots att förutsättningarna för ogiltighet enligt 13 § är uppfyllda.*

Paragrafen genomför, tillsammans med övriga paragrafer i 16 och 17 kap., artiklarna 46 och 47 i direktivet. Den motsvarar 20 kap. 15 § LOU och LUF. Övervägandena finns i avsnitt 10.

15 § *Bestämmelserna om ogiltighet i 13 § ska inte tillämpas om en upphandlande myndighet eller enhet genom förhandsinsyn enligt 8 kap. 6 § har meddelat sin avsikt att upphandla och har iakttagit avtalsspärren vid förhandsinsyn enligt 3 §.*

Paragrafen genomför, tillsammans med övriga paragrafer i 16 och 17 kap., artiklarna 46 och 47 i direktivet. Den motsvarar delvis 20 kap. 16 § LOU och LUF. Skillnaderna beror på att koncessionsupphandlingen är annorlunda konstruerad än upphandling enligt LOU och LUF. Övervägandena finns i avsnitt 10.

Interimistiskt beslut vid överprövning av ett avtals giltighet

16 § *Rätten får besluta att ett avtal inte får fullgöras till dess något annat har bestämts.*

Rätten får avstå från att fatta beslut enligt första stycket, om den skada eller olägenhet som åtgärden skulle medföra kan bedömas vara större än skadan för leverantören.

Paragrafen genomför, tillsammans med övriga paragrafer i 16 och 17 kap., artiklarna 46 och 47 i direktivet. Den motsvarar 20 kap. 17 § LOU och LUF. Övervägandena finns i avsnitt 10.

Tidsfrister för ansökan om överprövning av ett avtals giltighet

17 § *En ansökan om överprövning av ett avtals giltighet ska, om inte annat följer av andra stycket, ha kommit in till förvaltningsrätten inom sex månader från det att avtalet slöts.*

Ansökan ska dock ha kommit in till förvaltningsrätten innan 30 dagar har gått från det att

1. Europeiska kommissionen har publicerat en annons enligt 8 kap. 5 §, eller

2. den upphandlande myndigheten eller enheten skriftligen har underrättat anbudssökandena och anbudsgivarna om att avtalet har slutits samt har lämnat en sammanfattning av sådana upplysningar som avses i 10 kap. 14 §.

Paragrafen genomför, tillsammans med övriga paragrafer i 16 och 17 kap., artiklarna 46 och 47 i direktivet. Den motsvarar 20 kap. 18 § LOU och LUF. Övervägandena finns i avsnitt 10.

Beräkning av vissa tider

18 § *Vid beräkningen av längden av en avtalsspärr samt av tiodagarsfrister enligt 10 § och tidsfrister för ansökan om överprövning ska 2 § lagen (1930:173) om beräkning av lagstadgad tid tillämpas.*

Paragrafen genomför, tillsammans med övriga paragrafer i 16 och 17 kap., artiklarna 46 och 47 i direktivet. Den motsvarar 20 kap. 19 § LOU och 20 kap. 19 § LUF. Övervägandena finns i avsnitt 10.

Förbud mot överklagande

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

Paragrafen genomför, tillsammans med övriga paragrafer i 16 och 17 kap., artiklarna 46 och 47 i direktivet. Den motsvarar 20 kap. 20 § LOU och LUF. Övervägandena finns i avsnitt 10.

Skadestånd

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

Rätten till skadestånd inbegriper ersättning till en anbudssökande eller anbudsgivare som har deltagit i en upphandling och som har haft kostnader för att förbereda anbud och i övrigt delta i upphandlingen, om åsidosättandet av bestämmelserna i denna lag menligt har påverkat hans eller hennes möjligheter att tilldelas kontraktet.

Paragrafen genomför, tillsammans med övriga paragrafer i 16 och 17 kap., artiklarna 46 och 47 i direktivet. Den motsvarar 20 kap. 21 § LOU och LUF. Övervägandena finns i avsnitt 10.

En alternativ formulering till att "tilldelas kontraktet" skulle kunna vara att använda begreppet tilldelas koncessionen jfr definitionen i 2 kap. 1 §, men utredningen har valt att i enkelhetens intresse använda uttryckssättet i LOU och LUF. Någon risk för missförstånd föreligger inte.

21 § *Talan om skadestånd ska väckas vid allmän domstol inom ett år från den tidpunkt då avtal har slutits mellan den upphandlande myndigheten eller enheten och en leverantör eller har förklarats ogiltigt enligt 13 § genom ett avgörande som har vunnit laga kraft. Väcks inte talan i tid, är rätten till skadestånd förlorad.*

Paragrafen genomför, tillsammans med övriga paragrafer i 16 och 17 kap., artiklarna 46 och 47 i direktivet. Den motsvarar 20 kap. 22 § LOU och LUF. Övervägandena finns i avsnitt 10.

17 kap. Upphandlingsskadeavgift

Allmänna bestämmelser om upphandlingsskadeavgift

1 § Allmän förvaltningsdomstol får besluta att en upphandlande myndighet eller enhet ska betala en särskild avgift (upphandlingsskadeavgift) om

1. allmän förvaltningsdomstol i ett avgörande som har vunnit laga kraft fastställt att ett avtal får bestå, trots att det har slutits i strid med bestämmelserna om avtalsspärr i 16 kap. 1, 3 eller 8 §,

2. allmän förvaltningsdomstol i ett avgörande som har vunnit laga kraft fastställt att ett avtal får bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse enligt 16 kap. 14 §, eller

3. myndigheten/enheten har slutit avtal med en leverantör utan föregående annonsering enligt 8 kap. 1 § eller 15 kap. 6 §.

2 § Tillsynsmyndigheten ska hos allmän förvaltningsdomstol ansöka om att en upphandlande myndighet eller enhet ska betala upphandlingsskadeavgift i de fall som anges i 1 § 1 och 2.

Tillsynsmyndigheten får hos allmän förvaltningsdomstol ansöka om att en upphandlande myndighet eller enhet ska betala upphandlingsskadeavgift i de fall som avses i 1 § 3.

Behörig domstol

3 § En ansökan om att en upphandlande myndighet eller enhet ska betala upphandlingsskadeavgift ska göras hos den förvaltningsrätt i vars domkrets den upphandlande myndigheten eller enheten har sin hemvist.

Prövningstillstånd krävs vid överklagande till kammarrätten.

Avgiftens storlek

4 § Upphandlingsskadeavgiften ska uppgå till lägst 10 000 kronor och högst 10 000 000 kronor. Avgiften får inte överstiga tio procent av koncessionens värde.

Beräkningen av koncessionens värde ska ske enligt 5 kap. 2–5 §.

5 § Vid fastställande av upphandlingsskadeavgiftens storlek ska särskild hänsyn tas till hur allvarlig överträdelsen är.

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

Tidsfrister för ansökan om avgift

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

7 § När en ansökan om upphandlingsskadeavgift grundas på 1 § 3 och en eller flera leverantörer har ansökt om överprövning av avtalets giltighet inom de tidsfrister som anges i 16 kap. 17 §, får ansökan inte göras förrän fristen har löpt ut och samtliga beslut med anledning av överprövningen har vunnit laga kraft. Ansökan ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom sex månader från den tidpunkt då samtliga beslut med anledning av överprövningen har vunnit laga kraft.

När ingen leverantör har ansökt om överprövning av avtalets giltighet inom de tidsfrister som anges i 16 kap. 17 §, ska ansökan ha kommit in till förvaltningsrätten inom ett år från det att avtalet slöts.

Betalning av avgift m.m.

8 § Upphandlingsskadeavgiften tillfaller staten.

9 § Upphandlingsskadeavgift ska betalas till tillsynsmyndigheten inom 30 dagar från det att avgörandet beträffande avgiften har vunnit laga kraft eller inom den längre tid som anges i avgörandet.

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

10 § En beslutad upphandlingsskadeavgift faller bort, om avgörandet beträffande avgiften inte har kunnat verkställas inom fem år från det att avgörandet har vunnit laga kraft.

Paragraferna i 17 kap. genomför tillsammans med bestämmelserna i 16 kap. artiklarna 46 och 47 i direktivet. De motsvarar 21 kap. 1–10 §§ LOU och LUF. Övervägandena finns i avsnitt 10.

18 kap. Tillsyn

Allmänna bestämmelser om tillsyn

1 § Regeringen kan med stöd av 8 kap. 7 § regeringsformen meddela föreskrifter om vilken myndighet som ska utöva tillsyn över upphandlingen enligt denna lag.

Paragrafen genomför, tillsammans med 2–5 §§, artikel 45 i direktivet. Den motsvarar 22 kap. 1 § LOU och LUF. utom såvitt avser bestämmelserna om samarbete med Europeiska kommissionen. Övervägandena finns i avsnitt 10. För ytterligare kommentarer se kommentarerna till 88 § i avsnitt 14.1 och till 81 § i avsnitt 14.2 i SOU 2014:51.

Det ligger i sakens natur att Konkurrensverket som i dag är tillsynsmyndighet för den offentliga upphandlingen och upphandlingen också bör vara tillsynsmyndighet för koncessionsupphandling.

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

Paragrafen genomför, tillsammans med 1 och 3–5 §§, artikel 45 i direktivet. Den motsvarar 22 kap. 2 § LOU och LUF. Övervägandena finns i avsnitt 10. För ytterligare kommentarer se kommentarerna till 89 § i avsnitt 14.1 och till 82 § i avsnitt 14.2 i SOU 2014:51.

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

Paragrafen genomför, tillsammans med 1, 2, 4 och 5 §§, artikel 45 i direktivet. Den motsvarar 22 kap. 3 § LOU och LUF. Övervägandena finns i avsnitt 10. För ytterligare kommentarer se kommentarerna till 90 § i avsnitt 14.1 och till 83 § i avsnitt 14.2 i SOU 2014:51.

Föreläggande

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

Ett föreläggande enligt första stycket får överklagas hos allmän förvaltningsdomstol. När ett föreläggande överklagas, är tillsynsmyndigheten motpart hos allmän förvaltningsdomstol.

Paragrafen genomför, tillsammans med 1–3 och 5 §§, artikel 45 i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 10. Den motsvarar 22 kap. 4 § LOU och LUF. För ytterligare kommentarer se kommentarerna till 91 § i avsnitt 14.1 och till 84 § i avsnitt 14.2 i SOU 2014:51.

Behörig domstol

5 § *Tillsynsmyndighetens föreläggande enligt 4 § får överklagas hos den förvaltningsrätt i vars domkrets den som föreläggandet riktar sig till har sin hemvist.*

Prövningstillstånd krävs vid överklagande till kammarrätten.

Paragrafen genomför, tillsammans med, 1–4 §§, artikel 45 i direktivet. Övervägandena finns i avsnitt 10. Den motsvarar 22 kap. 5 § LOU och LUF. För ytterligare kommentarer se kommentarerna till 92 § i avsnitt 14.1 och till 85 § i avsnitt 14.2 i SOU 2014:51.

Uppgiftsskyldighet för den upphandlande myndigheten och enheten

6 § Den upphandlande myndigheten eller enheten ska till den myndighet som regeringen bestämmer lämna uppgift om värdet av de koncessioner som myndigheten eller enheten har tilldelat enligt denna lag under ett år.

Regeringen eller den myndighet som regeringen bestämmer kan med stöd av 8 kap. 7 § regeringsformen meddela närmare föreskrifter om uppgiftsskyldigheten enligt första stycket.

Paragrafen genomför inte någon artikel i direktivet. Den motsvarar 22 kap. 6 § LOU och LUF. Övervägandena finns i avsnitt 10.

Paragrafen innehåller regler av betydelse för insamlande av underlag till nationell upphandlingsstatistik som behandlats av Upphandlingsutredningen 2010 i betänkandet SOU 2013:12. I det betänkandet diskuteras i och för sig främst behovet av statistik beträffande upphandling enligt LOU och LUF, men enligt utredningens mening torde intresset för statistik för upphandling av koncessioner vara lika stort. På samma sätt som det i LOU och LUF har tagits in bestämmelser om uppgiftsskyldighet om summan av utbetalningar som grundats på kontrakt enligt lagen bör det i LUK införas bestämmelser om värdet på koncessioner som tilldelats enligt denna lag. Bestämmelsen har utformats på samma sätt som motsvarande bestämmelser i LOU och LUF, se vidare kommentarerna till de bestämmelserna i avsnitten 28.1 och 28.2 i Ds 2014:25.

Ikraftträdande- och övergångsbestämmelser

1. Denna lag träder i kraft den 1 april 2016.

2. Lagen gäller inte för upphandlingar av koncessioner som påbörjats före ikraftträdandet.

Datumet för ikraftträdandet överensstämmer med när LOU och LUF föreslagits ska träda i kraft.

Övergångsbestämmelserna innebär att lagen ska tillämpas på upphandling av koncessioner som påbörjas vid ikraftträdandet eller senare.

För byggkoncessioner som upphandlats i enlighet med nuvarande LOU anser utredningen att en tilläggsbeställning inte ska ses som en fortsättning av den äldre koncessionsupphandlingen, utan betraktas som en ny upphandling och sålunda behandlas enligt reglerna i LUK.

Kommittédirektiv 2012:96

Genomförande av EU:s direktiv om offentlig upphandling, upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster samt tilldelning av koncessioner

Beslut vid regeringssammanträde den 27 september 2012

Sammanfattning av uppdraget

En särskild utredare ska ge förslag till hur vissa (nedan angivna) bestämmelser i förslaget till Europaparlamentets och rådets direktiv om offentlig upphandling (KOM(2011) 896) och förslaget till Europaparlamentets och rådets direktiv om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (KOM(2011) 895) bör genomföras i svensk rätt enligt den lydelse direktiven får när de antagits. Förslagen ska ingå i två nya separata lagar om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna, vilka ska ersätta lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) respektive lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF). De två lagarna ska i likhet med LOU och LUF följa upphandlingsprocessens kronologi. De ska bygga på den struktur som LOU och LUF har.

Vidare ska utredaren analysera och ge förslag till hur samtliga bestämmelser i Europaparlamentets och rådets direktiv om tilldelning av koncessioner (KOM(2011) 897) bör genomföras i svensk rätt enligt den lydelse direktivet får när det antagits.

Utredaren ska följa de förhandlingar om förslagen till direktiv som pågår inom EU och i sitt förslag utgå från det innehåll direktiven får när de antagits av Europaparlamentet och rådet.

Utredaren ska analysera vilka delar av direktiven som kan vara lämpliga att genomföra på lägre normnivå än lag och i förekommande fall ge förslag till förordningstext. Vidare ska utredaren analysera och utarbeta författningsförslag avseende upphandlingar och koncessioner som inte eller endast delvis omfattas av direktiven, dvs. främst sådana som understiger direktivens tröskelvärden och som enligt nuvarande regler omfattas av 15 kap. LOU och LUF.

Uppdraget ska redovisas senast den 1 april 2013. Utredningsuppdraget och tidpunkten för redovisning av uppdraget kan komma att behöva ändras beroende på de pågående förhandlingarna inom EU.

Bakgrund

Arbete inom Europeiska unionen

Den 20 december 2011 presenterade Europeiska kommissionen förslag till tre nya direktiv på upphandlingsområdet:

- Europaparlamentets och rådets direktiv om offentlig upphandling (KOM(2011) 896) som är avsett att ersätta direktiv 2004/18/EG
- Europaparlamentets och rådets direktiv om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (KOM(2011) 895) som är avsett att ersätta direktiv 2004/17/EG
- Europaparlamentets och rådets direktiv om tilldelning av koncessioner (KOM(2011) 897) som dels ersätter en avdelning i direktiv 2004/18/EG om byggkoncessioner, dels är ny reglering.

Förslagen är för närvarande föremål för behandling i Europaparlamentet och förhandlingar i rådet vilka beräknas vara slutförda under början av 2013. Enligt förslagen ska samtliga direktiv vara genomförda senast den 30 juni 2014. Genomförandefristen har i kommissionens förslag beräknats till 18 månader. Dock ska enligt

förslaget vissa delar avseende elektronisk kommunikation vara genomförda först två år efter genomförandefristens utgång.

Gällande EU-direktiv

I EU-rätten regleras offentlig upphandling främst av direktiv 2004/18/EG (klassiska direktivet) och upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster av direktiv 2004/17/EG (försörjningsdirektivet). Upphandlande myndigheter inom den klassiska sektorn är i huvudsak statliga myndigheter och kommunala myndigheter. Till upphandlande myndigheter räknas även vissa bolag och andra organ som står under myndigheters inflytande och som har till syfte att tillgodose behov i det allmännas intresse under förutsättning att behovet inte är av industriell eller kommersiell karaktär. Det klassiska direktivet innehåller vissa bestämmelser om byggkoncessioner. Upphandlande myndigheter som verkar inom någon av sektorerna vatten, energi, transporter och posttjänster omfattas av direktivet för försörjningssektorerna. Även vissa privata företag omfattas av försörjningsdirektivet om de verkar inom dessa sektorer med stöd av ensamrätt eller särskild rätt.

Vidare finns det till det klassiska direktivet och försörjningsdirektivet två direktiv om rättsmedel vid överträdelser av reglerna om offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna, 89/665/EEG respektive 92/13/EEG, vilka båda har varit föremål för ändring genom direktiv 2007/66/EG.

Utöver det klassiska direktivet och försörjningsdirektivet samt rättsmedelsdirektiven finns direktiv 2009/81/EG om tilldelning av byggentreprenader, varu- och tjänstekontrakt på försvars- och säkerhetsområdet. Detta direktiv innehåller även regler om rättsmedel med samma sakliga innehåll som rättsmedelsdirektiven.

Härutöver finns rättsakter som gäller viss produktspecifik upphandling som inte regleras i upphandlingsdirektiven, såsom direktiv 2009/33/EG om främjande av rena och energieffektiva vägtransportfordon.

Gällande svensk reglering

I Sverige regleras offentlig upphandling i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) och upphandling inom försörjningssektorerna i lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF), vilka trädde i kraft den 1 januari 2008, samt i lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet (LUFs), som trädde i kraft den 1 november 2011. Lagarna innehåller utöver bestämmelser om upphandling på direktivstyrda områden också bestämmelser som inte styrs eller endast delvis styrs av EG-direktiven (15 kap. i de tre lagarna). Dessa bestämmelser reglerar upphandlingar vilkas värde understiger de tröskelvärden som anges i direktiven och upphandling av B-tjänster som huvudsakligen faller utanför direktivens tillämpningsområde.

Härutöver gäller upphandlingsförordningen (2011:1040), tillkännagivandet (2007:1108) av de försvarsprodukter som avses i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, tillkännagivandet (2011:1038) av CPV-referensnummer för byggentreprenadkontrakt vid offentlig upphandling, tillkännagivandet (2011:1039) av CPV- och CPC-referensnummer för tjänstekontrakt vid offentlig upphandling samt tillkännagivandet (2011:1575) av tröskelvärden vid offentlig upphandling. Vidare gäller för vissa statliga myndigheter förordningen (2006:260) om antidiskrimineringsvillkor i upphandlingskontrakt.

Lagen (2011:846) om miljökrav vid upphandling av bilar och vissa kollektivtrafiktjänster och förordningen (2011:847) om miljökrav vid upphandling av bilar och vissa kollektivtrafiktjänster gäller vid upphandling enligt LOU eller LUF om upphandlingen avser köp eller leasing av bilar eller köp av vissa persontransport-tjänster.

Tidigare utredningsarbete

Den 7 april 2004 gavs en särskild utredare i uppdrag att lämna förslag till hur direktiv 2004/18/EG om offentlig upphandling och 2004/17/EG om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster skulle genomföras i svensk rätt (dir. 2004:47). Uppdraget begränsades till att i huvudsak avse de delar av direktiven som var obligatoriska att genomföra inom den i

direktiven angivna fristen. Utredningen, som antog namnet Upphandlingsutredningen 2004, överlämnade i mars 2005 delbetänkandet Nya upphandlingsregler (SOU 2005:22) med förslag på en ny lag om offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster samt en ny lag om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster. I tilläggsdirektiv (dir. 2005:39) av den 7 april 2005 gavs utredaren i uppdrag att bl.a. ge förslag på genomförande av de icke obligatoriska delarna av direktiven, dvs. bestämmelserna om konkurrenspräglad dialog, dynamiska inköps-system och elektroniska auktioner. Vidare fick utredaren i uppdrag att göra en översyn av de bestämmelser i lagen som inte omfattas eller endast delvis omfattas av direktiven, dvs. de regler som gäller upphandlingar som inte överstiger tröskelvärdena, B-tjänster och försvars- och säkerhetsupphandlingar. I mars 2006 överlämnades utredningens slutbetänkande Nya upphandlingsregler 2 (SOU 2006:28).

Den 7 maj 2009 gavs en särskild utredare i uppdrag att lämna förslag till hur Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/81/EG om samordning av förfarandena vid tilldelning av byggtreprenader, varu- och tjänstekontrakt på försvars- och säkerhetsområdet skulle genomföras i svensk rätt (dir. 2009:37). Utredningen, som antog namnet Försvars- och säkerhetsupphandlingsutredningen, överlämnade i februari 2010 sitt betänkande Upphandling på försvars- och säkerhetsområdet (SOU 2010:13).

Regeringen beslutade den 3 september 2009 att ge en särskild utredare i uppdrag att bl.a. analysera om det fanns behov av ett generellt eller sektoriellt undantag från upphandlingsskyldighet när stat, kommuner och landsting anskaffar varor eller tjänster från företag som de helt eller delvis innehar eller är medlemmar i (dir. 2009:81). För det fall utredaren bedömde att ett undantag borde införas skulle det motsvara den EU-rättsliga praxis i form av de s.k. Teckal-kriterierna som utvecklats av EU-domstolen. Utredaren skulle i så fall även lämna författningsförslag och förslag till andra eventuella åtgärder. Utredningen, som antog namnet Utredningen om offentliga företag – upphandling, kontroll, insyn (OFUKI-utredningen) (Fi 2009:08), fick genom tilläggsdirektiv den 28 oktober 2010 (dir. 2010:115) även i uppdrag att bl.a. analysera om det finns behov av bestämmelser som gör det kommunalrättsligt möjligt att delegera rätten att fatta upphandlingsbeslut till någon annan. I uppdraget ingick att lämna förslag till en sådan dele-

gationsbestämmelse och att utarbeta nödvändiga författningsförslag. Utredningen överlämnade i april 2011 betänkandet Offentlig upphandling från eget företag?! – och vissa andra frågor (SOU 2011:43).

Den 8 september 2011 beslutade regeringen att tillkalla en särskild utredare med uppdrag att utreda hur upphandlingsstödet borde samordnas i syfte att öka kompetens, tillgänglighet, enhetlighet och synlighet gentemot upphandlingsmarknadens aktörer (dir. 2011:78). I april 2012 överlämnade utredningen, som antagit namnet Upphandlingsstödsutredningen, sitt betänkande Upp-handlingsstödet framtid (SOU 2012:32).

Pågående utredningsarbete

Den 9 september 2010 beslutade regeringen att ge en särskild utredare i uppdrag att utvärdera upphandlingsregelverket ur ett ekonomiskt och samhällspolitiskt perspektiv (dir. 2010:86). Syftet var att utreda om upphandlingsreglerna i tillräcklig utsträckning möjliggör för upphandlande myndigheter och enheter att göra goda ekonomiska affärer genom att tillvarata konkurrensen på marknaden och samtidigt använda sin köpkraft till att förbättra miljön, ta sociala och etiska hänsyn samt verka för ökade affärsmöjligheter för små och medelstora företag. Utredaren ska ta fram underlag för eventuella författningsändringar och föreslå andra nödvändiga åtgärder inom det aktuella området. Vidare ska utredaren se över systemet för insamling av upphandlingsstatistik och vilka uppgifter som ska samlas in. Syftet med statistikuppdraget var framför allt att förbättra möjligheterna till att prognostisera effekterna av reformer samt förbättra möjligheterna att följa upp och utvärdera den upphandlingspolitik som förs i EU och Sverige. Utredningen, som antog namnet Upphandlingsutredningen 2010, överlämnade i november 2011 delbetänkandet På jakt efter den goda affären – analys och erfarenheter av den offentliga upphandlingen (SOU 2011:73). I samband med en viss ändring av utredningsuppdraget beslutade regeringen den 2 februari 2012 att i tilläggsdirektiv (dir. 2012:10) förlänga uppdraget till den 1 december 2012.

Förslagen till upphandlingsdirektiv

Förslagen till direktiv som avses ersätta direktiven 2004/18/EG och 2004/17/EG innehåller fem huvudområden: förenkling av och ökad flexibilitet för upphandlingsreglerna, strategisk användning för att möta nya utmaningar, bättre tillgång till marknaden för små, medelstora och nystartade företag, sunda förfarandensamt tillsyn.

Förenklade och mer flexibla upphandlingsregler

Kommissionen föreslår att tillämpningsområdet förtydligas, bl.a. genom att delar av EU-domstolens rättspraxis som avgränsar tillämpningsområdet, främst den s.k. in house-praxisen om offentligt-offentligt samarbete, förs in i direktiven samt genom att uppdelningen mellan A- och B-tjänster avskaffas. Kommissionen föreslår även vissa ändringar av de upphandlande myndigheternas verktygslåda för att underlätta e-upphandling. För myndigheter under central nivå, som regionala och lokala myndigheter, föreslår kommissionen förenklade regler. E-upphandling föreslås också främjas genom att annonser och upphandlingsdokument ska göras tillgängliga elektroniskt. Under denna punkt föreslår kommissionen också en rad moderniseringar av upphandlingsförfarandet som bl.a. att åtskillnaden mellan kvalificering och utvärdering, dvs. granskning av anbudsgivarna respektive av anbudet, har tonats ned för att möjliggöra prövning av anbudet före prövning av anbudsgivarna. Det föreslås bli möjligt att utesluta leverantörer på grundval av egen erfarenhet från utförandet av tidigare kontrakt. Det föreslås också bli möjligt att justera kontrakt under löpande kontraktperiod.

Strategisk användning för att möta nya utmaningar

Förslaget syftar till att möjliggöra för upphandlande myndigheter och enheter att använda sin köpkraft för att upphandla varor och tjänster som främjar innovation, skyddar miljön och bekämpar klimatförändringarna och samtidigt förbättra sysselsättning, hälsa och sociala villkor. Utvärderingskriterierna ändras så att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet eller lägsta kostnaden ska tillämpas. Förslagen möjliggör därigenom tilldelning baserad på

livscykelkostnader för produkterna. Livscykeln rymmer alla steg under en produkts livstid från råvara till avfall. I kostnaden får även externa kostnader för miljön beaktas. Alla faktorer som är direkt kopplade till produktionsprocessen får ingå i de tekniska specifikationerna och i tilldelningskriterierna. Detta utesluter enligt kommissionens förslag krav som inte är relaterade till produktionsprocessen som företagens allmänna sociala ansvar. Upphandlande myndigheter får däremot kräva att leverantören uppfyller vissa nationella eller multinationella miljökrav och sociala krav som miljömärkning eller som utvisar att produkten inte tillverkats genom t.ex. barnarbete. Det föreslås vara möjligt att utesluta leverantörer som bryter mot EU-rättsliga krav på det sociala området och inom arbets- och miljörätten. Kommissionen har efter en utvärdering funnit att sociala tjänster och utbildningstjänster och tjänster inom hälso- och sjukvården är av ett särskilt slag, att utförandet av dem skiljer sig mellan medlemsstaterna och att de har begränsat gränsöverskridande intresse. Medlemsstaterna bör ha stor frihet att organisera valet av utförare. Förslagen innehåller därför särskilda och enklare regler samt ett högre tröskelvärde för sociala och andra personliga tjänster. Ett nytt upphandlingsförfarande (innovationspartnerskap) introduceras i syfte att främja innovativ upphandling.

Bättre tillgång till marknaden för små, medelstora och nystartade företag

Kommissionen konstaterar att små, medelstora och nystartade företag (SME) har en stor potential att skapa arbetstillfällen, tillväxt och innovation. Att underlätta dessa företags tillgång till upphandlingsmarknaderna kan hjälpa dem att frigöra denna potential samtidigt som upphandlande myndigheter får tillgång till fler leverantörer. Kommissionen föreslår därför bl.a. att självdeklarationer ska kunna användas som bevis vid kvalificeringen och att upphandlande myndigheter ska tvingas överväga om kontrakten kan delas upp.

Sunda förfaranden

Enligt kommissionen utgör upphandling ett riskområde för osunda affärsbeteenden som jäv, favorisering och korruption. Förslagen innehåller därför ett antal skydd mot dessa risker i form av jävsbestämmelser och bestämmelser om oseriöst beteende. Det föreslås att leverantörer som försöker påverka beslutsprocessen på ett otillbörligt sätt ska uteslutas. Detta gäller även leverantörer som inte har skött betalning av skatter och sociala avgifter. Möjligheterna till att göra marknadsanalyser före upphandlingar föreslås regleras för att säkerställa att de leverantörer som deltar i analyserna inte ges fördelar.

Tillsyn m.m.

Enligt kommissionens förslag ska varje medlemsstat inrätta dels ett nationellt tillsynsorgan, dels ett kunskapscentrum som ska tillhandahålla professionellt stöd vid upphandlingar. Tillsynsorganet ska ha ett antal specifika uppgifter och ska årligen till kommissionen sammanställa det aktuella läget på upphandlingsområdet i medlemsstaten. Organet ska även på begäran av kommissionen utföra särskilda uppgifter som att granska pågående enskilda ärenden. Tillsynsorganet ska också granska alla slutna varu- och tjänsteavtal som uppgår till minst 1 000 000 euro och alla byggentreprenader som uppgår till minst 10 000 000 euro. Kunskapscentrumet ska tillhandahålla rättsliga och ekonomiska råd, stöd, vägledning och utbildning till leverantörer och till upphandlande myndigheter och enheter samt hjälp med att förbereda och utföra upphandlingar. Förslagen innehåller också regler om utbyte av information mellan medlemsstater enligt Internal Market Information System (IMI).

Förslaget till koncessionsdirektiv

Förslaget till direktiv för koncessioner syftar till att skapa rättslig klarhet på ett område som hittills reglerats delvis genom fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (EUF-fördraget) och till att skapa bättre tillgång till marknaden för koncessioner. Förslaget till

koncessionsdirektiv är inte lika omfattande som förslagen till de två andra direktiven. Regleringen avses också vara mer flexibel. Förslaget ger bl.a. större frihet att utforma kvalificerings- och utvärderingskriterierna och slår inte fast några absoluta tilldelningskriterier. Direktivets regler ska tillämpas vid koncessioner som uppgår till minst 5 000 000 euro. För tjänstekoncessioner inträder dock en skyldighet att annonsera kontrakt vid 2 500 000 euro. I likhet med förslagen till de övriga direktiven innehåller detta förslag regler som klargör när offentligt–offentligt samarbete utesluter tillämpningen av direktivets regler samt särskilda och enklare regler för sociala och andra personliga tjänster. I förslaget har det förtydligats att en koncession innebär att leverantören har tagit över en betydande del av den ekonomiska risken i avtalet. Rättsmedlen föreslås vara tillämpliga på koncessioner men däremot föreslås inte några regler om tillsyn och styrning.

Uppdraget

En särskild utredare ska ge förslag till hur vissa (nedan angivna) bestämmelser i förslaget till Europaparlamentets och rådets direktiv om offentlig upphandling (KOM(2011) 896), benämnt OU, och förslaget till Europaparlamentets och rådets direktiv om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (KOM(2011) 895), benämnt FÖRS, bör genomföras i svensk rätt enligt den lydelse direktiven får när de antagits. Vissa bestämmelser i direktiven är utformade så att de ger medlemsstaten en frihet att genomföra vissa delar av direktiven. När det gäller sådana fakultativa bestämmelser som i sak är nya i förhållande till gällande direktiv ska utredaren analysera behovet av genomförande och ge eventuella förslag till författningstext. Förslagen ska ingå i två nya separata lagar om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna, vilka ska ersätta LOU respektive LUF. De två lagarna ska i likhet med LOU och LUF följa upphandlingsprocessens kronologi. De ska bygga på den struktur som LOU och LUF har.

Eftersom de två upphandlingsdirektiven är omarbetningar av gällande direktiv och vissa delar av dem är oförändrade eller endast ändrade i mindre omfattning kräver inte direktivförslagen i deras

helhet särskild utredning. För de delar som inte överlämnas till utredaren avser Regeringskansliet att ta fram förslag till genomförande i en departementspromemoria. Avsikten är att utredarens förslag ska sammanfogas med förslagen till lagtext i promemorian för gemensam remissbehandling. Utredningsuppdraget ska därför genomföras med återkommande kontakter med Regeringskansliet.

Vidare ska utredaren analysera och ge förslag till hur samtliga bestämmelser i Europaparlamentets och rådets direktiv om tilldelning av koncessioner (KOM(2011) 897) bör genomföras i svensk rätt enligt den lydelse direktivet får när det antagits.

Utredaren ska följa de förhandlingar om förslagen till direktiv som pågår inom EU och i sitt förslag utgå från det innehåll direktiven får när de antagits av Europaparlamentet och rådet.

Utredaren ska beakta vad riksdagen tillkännagett om sådan ändring i lagen om offentlig upphandling att arbetsmiljöhänsyn kan tas och krav på villkor enligt svenska kollektivavtal ställas vid upphandling (bet. 2010/11:AU3).

Utredaren ska analysera vilka delar av direktiven som kan vara lämpliga att genomföra på lägre normnivå än lag och i förekommande fall ge förslag till förordningstext. Vidare ska utredaren analysera och utarbeta författningsförslag avseende upphandlingar och koncessioner som inte eller endast delvis omfattas av direktiven, dvs. främst sådana som understiger direktivens tröskelvärden och som enligt nuvarande regelverk omfattas av 15 kap. LOU och LUF.

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

Närmare om uppdraget i fråga om upphandlingsdirektiven

Förbindelser mellan offentliga myndigheter

Utredaren ska analysera och ge förslag till genomförande av bestämmelserna om förbindelser mellan offentliga myndigheter (art. 11 i OU och art. 21 i FÖRS).

Reserverade kontrakt

Utredaren ska analysera och ge förslag till genomförande av bestämmelserna om reserverade kontrakt (art. 17 i OU och art. 31 i FÖRS). Härvid ska förslag från Upphandlingsutredningen 2004 (SOU 2005:22) beaktas (se förslag till 1 kap. 8 § LOU och 1 kap. 11 § LUF).

Sekretess

Utredaren ska analysera och ge förslag till genomförande av bestämmelserna om sekretess (art. 18 i OU och art. 32 i FÖRS).

Regler för kommunikation

Utredaren ska analysera och ge förslag till genomförande av bestämmelserna om kommunikation (art. 19 i OU och art. 33 och 34 i FÖRS). Av betydelse i sammanhanget kan vara att kommissionen har presenterat ett förslag till förordning om elektronisk identifiering och betrodda tjänster för elektroniska transaktioner på den inre marknaden (KOM (2012) 238).

Intressekonflikter och otillåtet förfarande

Utredaren ska analysera och ge förslag till genomförande av bestämmelserna om intressekonflikter (art. 21 och 22 i OU och art. 36 och 37 i FÖRS).

Innovationspartnerskap

Utredaren ska analysera och ge förslag till genomförande av bestämmelserna om innovationspartnerskap (art. 29 i OU och art. 43 i FÖRS).

Elektroniska kataloger

Utredaren ska analysera och ge förslag till genomförande av bestämmelserna om elektroniska kataloger (art. 34 i OU och art. 48 i FÖRS).

Gemensam upphandling

Utredaren ska analysera och ge förslag till genomförande av bestämmelserna om tillfällig gemensam upphandling och gemensam upphandling mellan upphandlande myndigheter/enheter från olika medlemsstater (art. 37 och 38 i OU och 51 och 52 i FÖRS).

Uppdelning av kontrakt i delar

Utredaren ska analysera och ge förslag till genomförande av bestämmelserna om uppdelning av kontrakt i delar (art. 44 i OU och art. 59 i FÖRS).

Val av deltagare samt tilldelning av kontrakt

Utredaren ska analysera och ge förslag till genomförande av bestämmelserna om val av deltagare samt tilldelning av kontrakt i OU och kvalificerings- och urvalsbedömning i FÖRS (art. 54–63 och art. 66 och 67 i OU och art. 71–77 i FÖRS).

Onormalt låga anbud

Utredaren ska analysera och ge förslag till genomförande av bestämmelserna om onormalt låga anbud (art. 69 i OU och art. 79 i FÖRS).

Ändring och avslutande av kontrakt

Utredaren ska analysera och ge förslag till genomförande av bestämmelserna om ändring och avslutande av kontrakt (art. 72 och 73 i OU och art. 82 och 83 i FÖRS).

Sociala tjänster och andra specifika tjänster

Utredaren ska analysera och ge förslag till genomförande av bestämmelserna om sociala tjänster och andra specifika tjänster (art. 74–76 i OU och art. 84–86 i FÖRS).

Styrning

Utredaren ska analysera och ge förslag till genomförande av bestämmelserna om styrning (art. 83–88 i OU och 92–97 i FÖRS).

Konsekvensbeskrivningar

Utredaren ska för de regler som föreslås lämna en redovisning av de förväntade konsekvenser och kostnader som uppkommer för upphandlande myndigheter och enheter och för företag samt för domstolar och staten i övrigt. De administrativa kostnaderna för leverantörerna ska särskilt beaktas och förslagen ska utformas med ambitionen att företagens administrativa kostnader hålls så låga som möjligt. Därvid ska 14–15 a §§ kommittéförordningen (1998:1474) tillämpas. Enligt 14 kap. 3 § regeringsformen bör en inskränkning av den kommunala självstyrelsen inte gå utöver vad som är nödvändigt med hänsyn till de ändamål som föranlett den, dvs. en proportionalitetsprövning ska göras under lagstiftningsprocessen. Om något av förslagen i betänkandet påverkar den kommunala självstyrelsen, ska dess konsekvenser och de särskilda avvägningar som föranlett förslagen särskilt redovisas.

Samråd och redovisning av uppdraget

Utredaren ska i sitt arbete samråda med Upphandlingsutredningen 2010 och beakta dess förslag och låta dem bilda en utgångspunkt för sina överväganden i den utsträckning det är relevant för utredningsuppdraget. Upphandlingsutredningen 2010 ska redovisa sitt uppdrag den 1 december 2012.

Utredaren ska redovisa sitt uppdrag den 1 april 2013. Utredningsuppdraget och tidpunkten för redovisning av uppdraget kan komma att behöva ändras beroende på de pågående förhandlingarna inom EU.

(Socialdepartementet)

Kommittédirektiv 2013:21

Tilläggsdirektiv till utredningen om genomförande av EU:s direktiv om offentlig upphandling, upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster samt tilldelning av koncessioner (S 2012:09)

Beslut vid regeringssammanträde den 21 februari i 2013

Precisering av och förlängd tid för uppdraget

Regeringen beslutade den 27 september 2012 kommittédirektiv om genomförande av vissa bestämmelser i förslaget till Europaparlamentets och rådets direktiv om offentlig upphandling (KOM(2011) 896) och förslaget till Europaparlamentets och rådets direktiv om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (KOM(2011) 895) samt om genomförande av samtliga bestämmelser i Europaparlamentets och rådets direktiv om tilldelning av koncessioner (KOM(2011) 897) (dir. 2012:96). Uppdraget skulle enligt utredningens direktiv redovisas senast den 1 april 2013.

Utredningstiden förlängs. Uppdraget ska i stället delredovisas avseende bestämmelserna om offentlig upphandling och upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster senast den 1 oktober 2013 och slutredovisas avseende tilldelning av koncessioner senast den 1 januari 2014.

Utredningsuppdraget och tidpunkten för redovisning av uppdraget kan komma att behöva ändras beroende på de pågående förhandlingarna inom EU.

(Socialdepartementet)

Kommittédirektiv 2013:92

Tilläggsdirektiv till utredningen om genomförande av EU:s direktiv om offentlig upphandling, upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster samt tilldelning av koncessioner (S 2012:09)

Beslut vid regeringssammanträde den 26 september 2013

Precisering av och förlängd tid för uppdraget

Bakgrund

Regeringen beslutade den 27 september 2012 kommittédirektiv om genomförande av vissa bestämmelser i förslaget till Europaparlamentets och rådets direktiv om offentlig upphandling (KOM(2011) 896) och förslaget till Europaparlamentets och rådets direktiv om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (KOM(2011) 895) samt om genomförande av samtliga bestämmelser i Europaparlamentets och rådets direktiv om tilldelning av koncessioner (KOM(2011) 897) (dir. 2012:96). Uppdraget skulle enligt utredningens direktiv redovisas senast den 1 april 2013. Enligt utredningens direktiv kunde dock utredningsuppdraget och tidpunkten för redovisningen av uppdraget behöva komma att ändras beroende på hur förhandlingarna inom EU med anledning av förslagen skulle fortskrida.

Regeringen beslutade den 21 februari 2013 i tilläggsdirektiv att utredningstiden skulle förlängas och att uppdraget i stället skulle delredovisas avseende bestämmelserna om offentlig upphandling och upphandling inom områdena vatten, energi,

transporter och posttjänster senast den 1 oktober 2013 och slutredovisas avseende tilldelning av koncessioner senast den 1 januari 2014 (dir. 2013:21).

Precisering av uppdraget

Nya EU-bestämmelser

Under förhandlingarna inom EU med anledning av förslagen har några nya bestämmelser tillkommit, som inte omfattas av utredningens tidigare uppdrag. Utredningsuppdraget utvidgas därför såtillvida att utredaren ska ge förslag även till hur vissa (nedan angivna) bestämmelser som rör förslaget till Europaparlamentets och rådets direktiv om offentlig upphandling (KOM(2011) 896) och förslaget till Europaparlamentets och rådets direktiv om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (KOM(2011) 895) bör genomföras i svensk rätt enligt den lydelse direktiven får när de antagits av Europaparlamentet och rådet.

I förhandlingarna om den nya bestämmelsen om principer för upphandling tog regeringens förhandlingsarbete sin utgångspunkt i riksdagens tillkännagivanden om ratifikation av ILO-konvention 94 och om att LOU bör ändras så att arbetsmiljöhänsyn kan tas och så att krav på villkor i enlighet med svenska kollektivavtal kan ställas vid all offentlig upphandling.

Principer för upphandling

Utredaren ska analysera och ge förslag till genomförande av bestämmelserna om principer för upphandling under rubriken Allmänna bestämmelser.

Underentreprenad

Utredaren ska analysera och ge förslag till genomförande av bestämmelserna om underentreprenad under rubriken Fullgörande av kontrakt.

Reserverade kontrakt

Utredaren ska analysera och ge förslag till genomförande av bestämmelserna om reserverade kontrakt för vissa tjänster under rubriken Sociala tjänster och vissa andra specifika tjänster.

Förlängd tid för uppdraget

Utredningstiden förlängs. Uppdraget i dess helhet ska redovisas senast den 1 maj 2014.

(Socialdepartementet)

Kommittédirektiv 2014:38

Tilläggsdirektiv till utredningen om genomförande av EU:s direktiv om offentlig upphandling, upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster samt tilldelning av koncessioner (S 2012:09)

Beslut vid regeringssammanträde den 13 mars 2014

Precisering av och förlängd tid för uppdraget

Regeringen beslutade den 27 september 2012 kommittédirektiv (dir. 2012:96) om genomförande av vissa bestämmelser i förslaget till Europaparlamentets och rådets direktiv om offentlig upphandling (KOM(2011) 896) och förslaget till Europaparlamentets och rådets direktiv om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (KOM(2011) 895) samt om genomförande av samtliga bestämmelser i Europaparlamentets och rådets direktiv om tilldelning av koncessioner (KOM(2011) 897). Uppdraget skulle enligt utredningens direktiv redovisas senast den 1 april 2013.

Regeringen beslutade den 21 februari 2013 i tilläggsdirektiv att utredningstiden skulle förlängas och att uppdraget i stället skulle delredovisas avseende bestämmelserna om offentlig upphandling och upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster senast den 1 oktober 2013 och slutredovisas avseende tilldelning av koncessioner senast den 1 januari 2014 (dir. 2013:21).

Regeringen beslutade den 26 september 2013 viss precisering av uppdraget och att uppdraget i sin helhet skulle redovisas senast den 1 maj 2014 (dir. 2013:92).

Utredningstiden förlängs nu ytterligare. Uppdraget ska i stället delredovisas avseende bestämmelserna om offentlig upphandling och upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster senast den 1 juli 2014 och slutredovisas avseende tilldelning av koncessioner senast den 1 oktober 2014.

(Socialdepartementet)

Statens offentliga utredningar 2014

Kronologisk förteckning

1. Vissa bostadsbeskattningsfrågor. Fi.
2. Framtidens valfrihetssystem – inom socialtjänsten. S.
3. Boende utanför det egna hemmet – placeringsformer för barn och unga. S.
4. Det måste gå att lita på konsumentskyddet. Ju.
5. Staten får inte abdikera – om kommunaliseringen av den svenska skolan. U.
6. Män och jämställdhet. U.
7. Skärpta straff för vapenbrott. Ju.
8. Översyn av statsskuldspolitiken. Fi.
9. Förändrad assistansersättning – en översyn av ersättningssystemet. S.
10. Ett steg vidare – nya regler och åtgärder för att främja vidareutnyttjande av handlingar. S.
11. Kunskapsläget på kärnavfallsområdet 2014. Forskningsdebatt, alternativ och beslutsfattande. M.
12. Utvärdera för utveckling – om utvärdering av skolpolitiska reformer. U.
13. En digital agenda i människans tjänst – en ljusnande framtid kan bli vår. N.
14. Effektiv och rättssäker PBL-överprövning. S.
15. Investeringsplanering för försvarsmateriel
En ny planerings-, besluts- och uppföljningsprocess. Fö.
16. Det ska vara lätt att göra rätt
Åtgärder mot felaktiga utbetalningar inom den arbetsmarknadspolitiska verksamheten. A.
17. Genomförande av Seveso III-direktivet. Fö.
18. Straffskalorna för allvarliga våldsbrott. Ju.
19. Yrkeskvalifikationsdirektivet – ett samlat genomförande. U.
20. Läkemedel för särskilda behov. S.
21. Bredband för Sverige in i framtiden. N.
22. Genomförande av EU:s nya redovisningsdirektiv. Ju.
23. Rätt information på rätt plats i rätt tid. Del 1, 2 och 3. S.
24. Olycksregister och djupstudier på transportområdet. N.
25. Internationella rättsförhållanden rörande arv. Ju.
26. Tillträde till COTIF 1999. Ju.
27. Svensk veteranpolitik. Ett ansvar för hela samhället. + Bilagor. Fö.
28. Lönsamt arbete – familjeansvarets fördelning och konsekvenser. A.
29. Assisterad befruktning för ensamstående kvinnor. Ju.
30. Jämställt arbete? Organisatoriska ramar och villkor i arbetslivet. A.
31. Visselblåsare
Stärkt skydd för arbetstagare som slår larm om allvarliga missförhållanden. A.
32. Jordbruks- och bostadsarrende – några frågor om arrendeavgift och besittningsskydd. Ju.
33. Från hyresrätt till äganderätt. Ju.
34. Inte bara jämställdhet
Intersektionella perspektiv på hinder och möjligheter i arbetslivet. A.
35. I vått och torrt – förslag till ändrade vattenrättsliga regler. M.
36. Frågor om följerrätt och om museernas kopiering. Ju.
37. De svenska energimarknaderna – en samhällsekonomisk analys. Fi.
38. Tillväxt och värdeskapande
Konkurrenskraft i svenskt jordbruk och trädgårdsnäring. L.
39. Så enkelt som möjligt för så många som möjligt
Bättre juridiska förutsättningar för samverkan och service. N.
40. Neutral bolagsskatt – för ökad effektivitet och stabilitet. Fi.

41. Nya regler om aktiva åtgärder mot diskriminering. A.
42. Kärnavfallsrådets yttrande över SKB:s Fud-program 2013. M.
43. Synnerligen grova narkotikabrott. Ju.
44. F-skuldsanering – en möjlighet till nystart för seriösa företagare. Ju.
45. Unik kunskap genom registerforskning. U.
46. Marknadssmissbruk II. Fi.
47. Förbättrad tvistlösning på konsumentområdet – ny EU-lagstiftning och en översyn av det svenska systemet. Ju.
48. Registerutdrag i arbetslivet. A.
49. Våld i nära relationer – en folkhälsofråga. Förslag för ett effektivare arbete. + Bilaga. Ju.
50. Med miljömålen i fokus – hållbar användning av mark och vatten. M.
51. Nya regler om upphandling. S.
52. Resolution. En ny metod för att hantera banker i kris. Vol 1 + 2. Fi.
53. Material i kontakt med dricksvatten – myndighetsroller och ansvarsfrågor. L.
54. Vildsvin och viltskador – om utfodring, kameraövervakning och arrendatorers jakträtt. L.
55. Inhyrning och företrädesrätt till återanställning. A.
56. Genomförande av Omnibus II-direktivet. Fi.
57. En ny reglering för tjänstepensionsföretag. Del 1 + 2. Fi.
58. Privat införsel av alkoholdrycker. Tydligare regler i konsekvens med svensk alkoholpolitik. S.
59. Bostadsförsörjning och riksintressen. M.
60. Tillförlitligare kreditupplysningar – ett förbättrat integritetsskydd vid offentligrättsliga krav. Ju.
61. Svensk kontanthantering. Fi.
62. Förbättrat förhandsbeskedsinstitut. Fi.
63. Organiserad brottslighet – förfälts- och underlåtenhetsansvar, kvalifikationsgrunder m.m. Ju.
64. En ny modell för åldersklassificering av film för barn och unga. Ku.
65. Försvarsmaktens behov av flygtrafiktjänst Civil och militär samverkan. N.
66. Myndigheter och organisationer under Miljödepartementet – en kartläggning. M.
67. Inbyggd integritet inom Inspektionen för socialförsäkringen. S.
68. Förenklade skatteregler för enskilda näringsidkare och fysiska personer som är delägare i handelsbolag. Fi.
69. En lag om upphandling av koncessioner. S.

Statens offentliga utredningar 2014

Systematisk förteckning

Arbetsmarknadsdepartementet

- Det ska vara lätt att göra rätt
Åtgärder mot felaktiga utbetalningar inom den arbetsmarknadspolitiska verksamheten. [16]
- Lösamt arbete
– familjeansvarets fördelning och konsekvenser. [28]
- Jämställt arbete? Organisatoriska ramar och villkor i arbetslivet. [30]
- Visselblåsare
Stärkt skydd för arbetstagare som slår larm om allvarliga missförhållanden. [31]
- Inte bara jämställdhet
Intersektionella perspektiv på hinder och möjligheter i arbetslivet. [34]
- Nya regler om aktiva åtgärder mot diskriminering. [41]
- Registerutdrag i arbetslivet. [48]
- Inhyrning och företrädesrätt till återanställning. [55]

Finansdepartementet

- Vissa bostadsbeskattningsfrågor. [1]
- Översyn av statsskuldspolitiken. [8]
- De svenska energimarknaderna
– en samhällsekonomisk analys. [37]
- Neutral bolagsskatt – för ökad effektivitet och stabilitet. [40]
- Marknadsmissbruk II. [46]
- Resolution. En ny metod för att hantera banker i kris. Vol 1 + 2. [52]
- Genomförande av Omnibus II-direktivet. [56]
- En ny reglering för tjänstepensionsföretag. Del 1 + 2. [57]
- Svensk kontanthantering. [61]
- Förbättrat förhandsbeskedsinstitut. [62]
- Förenklade skatteregler för enskilda näringsidkare och fysiska personer som är delägare i handelsbolag. [68]

Försvarsdepartementet

- Investeringsplanering för försvarsmateriel
En ny planerings-, besluts- och uppföljningsprocess. [15]
- Genomförande av Seveso III-direktivet. [17]
- Svensk veteranpolitik. Ett ansvar för hela samhället. + Bilagor. [27]

Justitiedepartementet

- Det måste gå att lita på konsumentskyddet. [4]
- Skärpta straff för vapenbrott. [7]
- Straffskalorna för allvarliga våldsbrott. [18]
- Genomförande av EU:s nya redovisningsdirektiv. [22]
- Internationella rättsförhållanden rörande arv. [25]
- Tillträde till COTIF 1999. [26]
- Assisterad befruktning för ensamstående kvinnor. [29]
- Jordbruks- och bostadsarrende
– några frågor om arrendavgift och besittningsskydd. [32]
- Från hyresrätt till äganderätt. [33]
- Frågor om följerätt och om museernas kopiering. [36]
- Synnerligen grova narkotikabrott. [43]
- F-skuldsanering – en möjlighet till nystart för seriösa företagare. [44]
- Förbättrad tvistlösning på konsumentområdet – ny EU-lagstiftning och en översyn av det svenska systemet. [47]
- Våld i nära relationer – en folkhälsofråga.
Förslag för ett effektivare arbete.
+ Bilaga. [49]
- Tillförlitligare kreditupplysningar
– ett förbättrat integritetsskydd vid offentlighetskrav. [60]
- Organiserad brottslighet
– förfäls- och underlåtenhetsansvar, kvalifikationsgrunder m.m. [63]

Kulturdepartementet

En ny modell för åldersklassificering av film för barn och unga. [64]

Landsbygdsdepartementet

Tillväxt och värdeskapande

Konkurrenskraft i svenskt jordbruk och trädgårdsnäring. [38]

Material i kontakt med dricksvatten – myndighetsroller och ansvarfrågor. [53]

Vildsvin och viltskador

– om utfodring, kameraövervakning och arrendatorers jakträtt. [54]

Miljödepartementet

Kunskapsläget på kärnavfallsområdet 2014. Forskningsdebatt, alternativ och beslutsfattande. [11]

I vått och torrt – förslag till ändrade vattenrättsliga regler. [35]

Kärnavfallsrådets yttrande över SKB:s Fud-program 2013. [42]

Med miljömålen i fokus – hållbar användning av mark och vatten. [50]

Bostadsförsörjning och riksintressen. [59]

Myndigheter och organisationer under Miljödepartementet – en kartläggning. [66]

Näringsdepartementet

En digital agenda i människans tjänst – en ljusnande framtid kan bli vår. [13]

Bredband för Sverige in i framtiden. [21]

Olycksregister och djupstudier på transportområdet. [24]

Så enkelt som möjligt för så många som möjligt

Bättre juridiska förutsättningar för samverkan och service. [39]

Försvarsmaktens behov av flygtrafiktjänst Civil och militär samverkan. [65]

Socialdepartementet

Framtidens valfrihetssystem – inom socialtjänsten. [2]

Boende utanför det egna hemmet – placeringsformer för barn och unga. [3]

Förändrad assistansersättning

– en översyn av ersättningssystemet. [9]

Ett steg vidare – nya regler och åtgärder för att främja vidareutnyttjande av handlingar. [10]

Effektiv och rättssäker PBL-överprövning. [14]

Läkemedel för särskilda behov. [20]

Rätt information på rätt plats i rätt tid. Del 1, 2 och 3. [23]

Nya regler om upphandling. [51]

Privat införsel av alkoholdrycker.

Tydligare regler i konsekvens med svensk alkoholpolitik. [58]

Inbyggd integritet inom Inspektionen för socialförsäkringen. [67]

En lag om upphandling av koncessioner. [69]

Utbildningsdepartementet

Staten får inte abdikera

– om kommunaliseringen av den svenska skolan. [5]

Män och jämställdhet. [6]

Utvärdera för utveckling – om utvärdering av skolpolitiska reformer. [12]

Yrkeskvalifikationsdirektivet – ett samlat genomförande. [19]

Unik kunskap genom registerforskning. [45]