

LAGRÅDET

Utdrag ur protokoll vid sammanträde 2007-02-07

Närvarande: f.d. regeringsrådet Bengt-Åke Nilsson, regeringsrådet Stefan Ersson och justitierådet Lars Dahllöf.

Ny lagstiftning om offentlig upphandling och upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster

Enligt en lagrådsremiss den 24 maj 2006 (Finansdepartementet) har regeringen beslutat inhämta Lagrådets yttrande över förslag till

1. lag om offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster,
2. lag om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster,
3. lag om upphävande av lagen (1992:1528) om offentlig upphandling,
4. lag om ändring i lagen (1971:289) om allmänna förvaltningsdomstolar,
5. lag om ändring i lagen (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet,
6. lag om ändring i sekretesslagen (1980:100),
7. lag om ändring i lagen (1988:950) om kulturminnen m.m.,
8. lag om ändring i lagen (1994:615) om ingripande mot otillbörligt beteende avseende offentlig upphandling.

Förslagen har inför Lagrådet föredragits av kammarrättsassessorn Gunilla Hulting, hovrättsassessorn Helena Åhlén och departementssekreteraren Rickard Falkendal.

Förslagen föranleder följande yttrande av Lagrådet

Lagrådsremissen innehåller bl.a. förslag till en ny lag om offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster (i remissen betecknad den klassiska lagen, i yttrandet benämnd K-lagen) samt en ny lag om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (i remissen betecknad försörjningslagen, i yttrandet benämnd F-lagen). De föreslagna lagarna skall ersätta den nu gällande lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU).

EG – rättslig bakgrund

LOU bygger på fyra EG – direktiv, tre direktiv avseende upphandling av byggtreprenader, varor, respektive tjänster samt ett direktiv avseende vatten, energi, transporter och telekommunikation. Vidare har genom LOU genomförts två s.k. rättsmedelsdirektiv, som innehåller bestämmelser om rättslig prövning av upphandlingsbeslut och om skadestånd och som gäller den klassiska sektorn respektive försörjningssektorn. LOU innehåller också de bestämmelser som gäller för upphandling som inte styrs av direktiven, dvs. främst upphandling under tröskelvärdena.

De tre förstnämnda direktiven har ersatts av direktivet 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster (K-direktivet). Vidare har det tidigare direktivet avseende försörjningssektorn ersatts av direktivet 2004/17/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (F-direktivet). EG:s reformarbete i denna fas har i huvudsak varit inriktat på att samordna de tre s.k. klassiska direktiven och att genomföra vissa sakliga ändringar inom både den klassiska sektorn och försörjningssektorn. Strukturen i de båda direktiven är väsentligen densamma, men när det gäller enskilda bestämmelser har Lagrådet noterat åtskilliga exempel på till synes omotiverade skillnader, både vad gäller det sakliga innehållet och den redaktionella utformningen.

De ovan nämnda rättsmedelsdirektiven är för närvarande föremål för en översyn inom EU.

Det finns också ett antal EG – förordningar som styr upphandlingsförfarandet.

Utgångspunkter för det svenska reformarbetet

De remitterade förslagen bygger på förslag av Upphandlingsutredningen 2004 (Fi 2004:04) i dess delbetänkande Nya upphandlingsregler (SOU 2005:22). Utredningens förslag i delbetänkandet är väsentligen inriktat på den direktivstyrda delen av upphandlingsförfarandet. Utredningens förslag i övrigt har presenterats i slutbetänkandet Nya upphandlingsregler 2 (SOU 2006:28), som för närvarande bereds i Regeringskansliet.

De nu föreslagna lagarna har utformats med sikte på att den svenska upphandlingslagstiftningen, både vad gäller struktur och språklig utformning, skall ligga så nära direktiven som möjligt. Ett sådant förhållningssätt har naturligtvis den uppenbara fördelen att det är ägnat att trygga ett fullständigt genomförande av direktiven. Men det innebär också att de oklarheter som finns i direktiven och den många gånger komplexa utformningen av direktivens bestämmelser överförs till den svenska lagstiftningen. Det är, enligt Lagrådets mening, högst otillfredsställande att på detta sätt bara föra vidare tolkningsproblem till den nationella lagstiftningen och därmed till de många som skall tillämpa bestämmelserna. Resultatet blir en för både samhället och tillämparna resurskrävande och ineffektiv lagstiftning. En sådan lagstiftningsteknik kan därför, enligt Lagrådets mening, inte generellt godtas, utan måste modifieras för att tillgodose också andra syften, t.ex. att göra bestämmelserna begripliga och tydliga för dem som skall tillämpa lagstiftningen.

De delar av den svenska upphandlingslagstiftningen som inte berörs av de båda nu aktuella direktiven har överförts från LOU i huvudsak oförändrade. Det gäller dels bestämmelserna om upphandling som inte är direktivstyrd, dvs. främst upphandling under tröskelvärdena, dels bestämmelserna om överprövning och skadestånd.

En eller två lagar

Genom den gällande upphandlingslagstiftningen, LOU, har fyra upphandlingsdirektiv och två rättsmedelsdirektiv genomförts. Därutöver innehåller LOU en reglering för upphandling under tröskelvärdena. Visserligen har den ursprungliga lagstiftningen, efter påpekanden från kommissionen om brister i genomförandet, ändrats ett antal gånger. Ändock är LOU, enligt Lagrådets mening, med beaktande av utgångsmaterialet, väsentligen en väl genomförd konsolidering av en mycket omfattande och detaljerad EG-reglering, vilket resulterat i en lagstiftning där också tillämpningsaspekter kunnat tillgodoses på ett förhållandevis bra sätt.

Upphandlingsutredningen har, efter att ha redovisat sina argument (SOU 2005:22, s. 193 f.), för sin del funnit att ett genomförande av direktiven genom två lagar är den lämpligaste metoden. Av remissinstanserna har Juridiska Fakultetsnämnden vid Stockholms universitet argumenterat utförligt för ett genomförande i en lag (remissammanställningen, s. 11 f).

Regeringen har anslutit sig utredningens bedömning (s. 142 ff.) även om detta, som det sägs, innebär att man i viss mån avviker från traditionell svensk lagstiftningsteknik. Den valda metoden att ligga så nära direktiven som möjligt vad gäller både systematik och redaktionell utformning har enligt remissen också fördelen att tillämparna av lagarna har lätt att finna motsvarande bestämmelser i direktiven.

I remissen har alltså fästs viss vikt vid att den valda formen för genomförande med två lagar underlättar för tillämparna att finna en lagbestämmelses motsvarighet i direktiven. Lagrådet vill framhålla att strävan måste vara att bestämmelserna i den nationella lagstiftningen skall vara så tydliga att tillämparna endast i undantagsfall skall behöva gå till för dem ofta svårtillgängliga direktiv för att finna ledning i tolkningsfrågor. Vidare konstaterar Lagrådet att regleringen i de båda lagarna i stor omfattning överensstämmer. I ett antal av de fall där det finns skillnader mellan lagarna är inte några sakliga skäl för detta redovisade. Mot denna bakgrund och vid en jämförelse med LOU har Lagrådet kommit till slutsatsen att en sammanhållen lagstiftning är att föredra. Lagrådet förordar alltså att genomförandet av upphandlingsdirektiven sker genom en lag.

Terminologiska frågor

Beteckningen på den som handlar upp är i K-lagen "upphandlande myndighet" och i F-lagen "upphandlande enhet". Eftersom en upphandlande enligt K-lagen även, under vissa förutsättningar, kan vara ett bolag, en förening eller stiftelse (offentligt styrda organ, 1 kap. 13 § K-lagen) och en upphandlande enligt F-lagen även kan vara en myndighet använder Lagrådet genomgående beteckningen "upphandlande enhet" och förordar att så sker såväl inom den klassiska sektorn som inom försörjningsområdet.

Vidare förordar Lagrådet att beteckningen på hela förfarandet när en enhet handlar upp även fortsättningsvis skall vara "upphandling" och att den i direktiven använda termen "tilldelning av kontrakt" får avse den upphandlande enhetens beslut i fråga om val av leverantör.

På motsvarande sätt används i K-lagen beteckningen "offentligt kontrakt" och i F-lagen kontrakt. Också här förordar Lagrådet en enhetlig beteckning, "kontrakt."

Författningskommentaren

Författningskommentaren är ofta begränsad till en redovisning av vilka bestämmelser i LOU och i de gällande direktiven som den kommenterade paragrafen motsvarar. Enligt Lagrådets mening hade det i många fall varit av värde för tillämparna om kommentaren varit utförligare vad gäller det materiella innehållet i paragraferna och visat på de ändringar i förhållande till gällande rätt och praxis som den föreslagna lagstiftningen innebär. Lagrådet förordar att en generell genomgång görs och kompletteringar i dessa avseenden sker under den fortsatta beredningen av lagstiftningsärendet.

Bestämmelser som inte återfinns i båda lagarna

Lagrådet har i ett antal fall noterat att bestämmelser av allmän karaktär återfinns i endast en av de lagar som reglerar upphandlingsförfarandet (se t.ex. avsnittet "Olikheter mellan lagarna" i Lagrådets kommentar till 3 kap.). I vissa fall framgår det på ett eller annat sätt att det är fråga om avsiktliga skillnader i regleringen. Andra gånger kan det bara konstateras att en motsvarande reglering saknas i en av lagtexterna och att en likadan skillnad finns mellan de båda direktiven. Några sakskaäl för skillnaderna är inte redovisade i dessa fall.

Sådana okommenterade och åtminstone till synes ogrundade skillnader mellan lagarna föranleder tolkningssvårigheter vid tillämpningen. Frågeställningen har belysts av Högsta domstolen i rättsfallet NJA 2000 s. 712. Högsta domstolen uttalade bl.a. följande, s. 724.

Bestämmelsen i 7 kap. 7 § (motsvarar 16 kap. 7 § F – lagen i det remitterade förslaget) är, i likhet med bestämmelsen i det andra rättsmedelsdirektivet, begränsad till upphandling inom vatten-, energi-, transport- och kommunikationsområdena. I avsaknad av sakskaäl som talar för annat får dock samma principer antas vara

tillämpliga vid annan upphandling som regleras i lagen (jfr Lagrådets yttrande i prop. 1992/93:88 s. 140 f).

Enligt Lagrådets mening är det högst otillfredsställande med sådana oklarheter i lagstiftningen. Det är önskvärt att lagstiftaren, utifrån den ledning som Högsta domstolens avgörande kan ge, antingen gör lagstiftningen överensstämmande eller klargör att en skillnad är avsedd och redovisar skälen för denna.

Bemyndiganden

De remitterade förslagen innehåller bestämmelser enligt vilka föreskrifter får meddelas av regeringen eller den myndighet som regeringen bestämmer. (Se 3 kap. 1 § tredje stycket, 6 kap. 1 § fjärde stycket, 7 kap. 7 §, 9 kap. 3 § tredje stycket, 9 kap. 12 § andra stycket, 10 kap. 4 §, 13 kap. 3 § andra stycket, 14 kap. 14 § och 15 kap. 25 § K-lagen samt 6 kap. 1 § fjärde stycket, 7 kap. 12 §, 9 kap. 3 § tredje stycket, 13 kap. 15 § och 15 kap. 25 § F-lagen.)

Enligt Lagrådets mening rör förslagen emellertid i betydande omfattning förhållanden som avses i 8 kap. 2 § regeringsformen (jfr Lagrådets yttrande över förslaget till LOU, prop. 1992/93:88 bil. 3). Utrymme torde därför inte finnas att i den avsedda omfattningen delegera normgivningen.

Vad som kan komma i fråga i vissa fall är att regeringen utfärdar föreskrifter för verkställighet. Denna befogenhet för regeringen – innefattande möjlighet till subdelegation – framgår av 8 kap. 13 § regeringsformen och någon erinran härom behövs inte i de föreslagna lagarna. Med hänsyn härtill anser Lagrådet att de föreslagna bestämmelserna bör utgå.

Beträffande 3 kap. 1 § tredje stycket första meningen, 7 kap. 7 §, 13 kap. 3 § andra stycket och 14 kap. 14 § K-lagen samt 7 kap. 12 §

och 13 kap. 15 § F-lagen kan dessutom anmärkas att de frågor som regeringen där föreslås få bemyndiganden att meddela föreskrifter om redan synes ha reglerats i EG-förordningar och genom i lagförslagen intagna bestämmelser. Utrymmet för att meddela verkställighetsföreskrifter i dessa delar är därför begränsat.

Förvaltningslagens tillämpning

I det remitterade förslaget (s. 235) sägs att förvaltningslagen (1986:223), (FL), inte är tillämplig vid en myndighets handläggning av upphandlingsärenden.

Enligt Lagrådets uppfattning är detta ett alltför kategoriskt uttalande. Klart är att upphandling inte är en fråga om myndighetsutövning och att de bestämmelser i FL som endast gäller vid myndighetsutövning inte är tillämpliga i upphandlingsärenden. Däremot kan vissa andra bestämmelser i FL, i den mån förfarandet inte regleras i upphandlingsförfattningarna, vara tillämpliga i ett upphandlings- ärende hos en myndighet. Detta gäller t.ex. FL:s bestämmelser om jäv.

Enligt Lagrådets mening bör det klargöras under den fortsatta beredningen i vad mån FL:s bestämmelser är tillämpliga i ett upphandlingsförfarande hos en myndighet och om motsvarande bestämmelser bör gälla också för en upphandlande enhet som inte är myndighet.

Allmänna synpunkter på beredningen av vissa lagstiftningsärenden

Som kommer att framgå av det följande har Lagrådet åtskilliga förslag till ändringar i fråga om bl.a. den redaktionella och språkliga utformningen av lagförslagen. Dessutom har ett flertal ändringar gjorts under föredragningen av remissen. Att ändringar föreslagits i sådan omfattning beror väsentligen på att beredningen inte skett

med den omsorg som varit önskvärd. Detta har vid föredragningen förklarats med att både utredningsarbetet och den efterföljande beredningen i departementet skett under stor tidspress, föranledd av en strävan att undvika alltför stora förseningar med genomförandet av direktiven. Tidspressen har för övrigt också lett till en från lagstiftningssynpunkt olämplig uppdelning av arbetet i två etapper.

Det är inte ovanligt att Lagrådet får denna förklaring till brister i remitterade förslag, som gäller genomförande av EG-direktiv. Inte sällan är också tidsfristen för att genomföra direktiv så knappt tilltagen att det knappast är möjligt att få lagstiftningen i kraft i tid, med de höga krav på beredning av lagstiftningsärenden som regeringsformen ställer upp. I vart fall gäller detta om man efter EU:s beslut om direktiv skall genomföra ett utredningsarbete, remissbehandla utredningens förslag, utarbeta lagrådsremiss i departementet, granska förslaget i Lagrådet, skriva proposition i departement, riksdagsbehandla förslaget och utfärda författningarna.

Enligt Lagrådets mening bör det inte accepteras att snäva tidsfrister för genomförande av direktiv gång efter annan tillåts gå ut över kvaliteten i de remitterade lagförslagen och därmed också negativt påverka kvaliteten på de lagar som slutligen antas av riksdagen.

Bland de möjligheter som finns att förbättra förutsättningarna för ett fullgott lagstiftningsarbete, med bibehållande av det viktiga beredningskravet, är dels att det ges rimliga tidsfrister för genomförande av EG-direktiv, dels att det nationella utredningsarbetet inleds tidigare än vad som vanligen sker.

Det skulle, som Lagrådet ser saken, ofta vara både möjligt och lämpligt att inleda det nationella utredningsarbetet i stort sett samtidigt som arbetet med att utforma ett direktiv inleds i EU, med sikte på att utredningsförslaget skall föreligga när EU beslutat direktiv eller kort tid därefter. Det förkortar naturligtvis också beredningstiden

om, som redan sker i många fall, den eller de tjänstemän som för Sverige förhandlar i frågan i EU regelmässigt involveras i utredningsarbetet och i det följande arbetet med lagrådsremiss och proposition. Att arbetet i EU och beredningen av det nationella lagstiftningsärendet på detta sätt bedrivs parallellt är som regel ömsesidigt befrämjande för förhandlingsverksamheten och utredningsarbetet.

Vad gäller de enskilda paragraferna i lagförslagen har Lagrådet följande synpunkter.

Förslagen till lag om offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster och till lag om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster

1 kap. K-lagen och 1 kap. F-lagen

1 kap. 3 § K-lagen

I paragrafens första stycke sägs att K-lagen inte gäller upphandling som omfattas av F-lagen, dvs. bl.a. upphandling inom området posttjänster. Samtidigt framgår av andra stycket att undantaget från F-lagen enligt första stycket inte gäller om upphandlingen görs av en upphandlande enhet som tillhandahåller posttjänster.

Av förslaget skulle enligt Lagrådets mening den slutsatsen kunna dras att upphandlingar som görs av en upphandlande enhet som tillhandahåller posttjänster i princip regleras i F-lagen, men att man ändå skall tillämpa K-lagen på sådana upphandlingar. En sådan ordning kan emellertid inte vara avsedd.

I förslaget till övergångsbestämmelser till K-lagen sägs (del av p 3) att 1 kap. 3 § andra stycket skall gälla till och med den 31 december 2008, samtidigt som det av motsvarande övergångsbestämmelser i

F-lagen (p 2) följer att F-lagen skall tillämpas på upphandling inom området posttjänster på upphandlingar som påbörjats efter år 2008.

Såvitt Lagrådet kunnat finna är avsikten att K-lagen i princip skall tillämpas på all offentlig upphandling i den mån upphandlingen inte uttryckligen regleras i F-lagen (jfr 1 kap. 3 § första stycket K-lagen). Vidare avses F-lagen gälla för posttjänster, men först efter utgången av år 2008 (jfr p 2 i övergångsbestämmelserna till F-lagen).

Dessförinnan skall K-lagen alltså gälla för sådana upphandlingar. Enligt Lagrådets mening framgår vad nu sagts redan av 1 kap. 3 § första stycket och 2 p i övergångsbestämmelserna till F-lagen, varför 1 kap. 3 § andra stycket K-lagen och del av p 3 i övergångsbestämmelserna till K-lagen bör kunna utgå i förtydligande och förenklande syfte.

1 kap. 5 § K-lagen och 1 kap. 14 § F-lagen

I 1 kap. 5 § K-lagen föreslås att denna lag inte skall gälla för offentliga kontrakt som omfattas av andra förfaranderegler och tilldelas i enlighet med

1. ett internationellt avtal som i överensstämmelse med EG-fördraget har ingåtts mellan ett land som är bundet av avtalet om Europeiska ekonomiska samarbetsområdet (EES) och ett eller flera länder utanför EES och som omfattar
 - a) varor och byggentreprenader avsedda att utnyttjas i samband med att avtalsländerna gemensamt uppför eller driver en anläggning, eller
 - b) tjänster avsedda att utnyttjas i samband med att avtalsländerna gemensamt genomför eller driver ett projekt,
2. ett internationellt avtal som slutits i samband med stationering av trupper, eller
3. en internationell organisations särskilda förfarande.

Vidare föreslås i 1 kap. 14 § F-lagen att denna lag inte skall gälla för kontrakt som omfattas av andra upphandlingsregler och som görs enligt

1. ett internationellt avtal som i överensstämmelse med EG-fördraget har ingåtts mellan ett EES-land och ett eller flera länder utanför EES och som omfattar varor, byggtreprenader, tjänster eller projekttävlingar för att de avtalslutande staterna gemensamt skall genomföra eller driva ett projekt,
2. ett internationellt avtal om stationering av trupper, eller
3. en internationell organisations särskilda upphandlingsförfarande.

Av lagrådsremissen (s. 421) framgår att de enda avsedda skillnaderna mellan paragraferna är att 1 kap. 5 § K-lagen också omfattar vad som skall gälla dels vid upphandling av varor eller byggtreprenader avsedda att utnyttjas i samband med att avtalsländerna gemensamt uppför eller driver en anläggning, dels vid upphandling av tjänster avsedda att utnyttjas i samband med att avtalsländerna gemensamt genomför eller driver ett projekt.

Vid föredragningen inför Lagrådet har vidare uppgetts att någon annan ändring än den här nämnda inte heller är avsedd i förhållande till gällande rätt, dvs. vad som idag föreskrivs i 1 kap. 3 § första stycket LOU.

Mot denna bakgrund kan man enligt Lagrådet fråga sig varför de båda föreslagna paragraferna utöver nämnda skillnader också innehåller flera andra skillnader i innehåll och uttryckssätt. Några av dessa skillnader är följande.

- ? offentliga kontrakt – kontrakt,
- ? förfaranderegler – upphandlingsregler,
- ? ingåtts mellan ett land som är bundet av avtalet om Europeiska ekonomiska samarbetsområdet (EES) – ingåtts mellan ett EES-land,
- ? avtal som slutits i samband med stationering av trupper – avtal om stationering av trupper,
- ? en internationell organisations särskilda förfarande – en internationell organisations särskilda upphandlingsförfarande.

Här kan också nämnas att i gällande rätt (1 kap. 3 § LOU) används uttrycket "stationering av militär personal", vilket enligt Lagrådets bedömning tydligare anger vad det konkret handlar om, jämfört med uttrycken "stationering av trupper" respektive "i samband med stationering av trupper".

Lagrådet anser det möjligt att ge paragraferna en enhetlig utformning och förordar, mot bakgrund av det anförda, att de båda föreslagna paragraferna ges följande, överensstämmande lydelse.

Denna lag gäller inte upphandling som omfattas av andra bestämmelser och görs enligt

1. ett internationellt avtal mellan någon av staterna inom Europeiska ekonomiska samarbetsområdet (EES) och någon annan stat om ett projekt som är gemensamt för de avtalsslutande staterna,
2. upphandlingsförfaranden som har överenskommit i ett internationellt avtal med anknytning till stationering av militär personal, eller
3. upphandlingsförfaranden som har överenskommit i en internationell organisation.

1 kap. 6 § K-lagen och 1 kap.19 § F-lagen

I paragraferna anges särskilda undantag från lagarnas tillämpningsområden. Bl.a. föreskrivs att lagarna inte gäller tjänstekontrakt som avser förvärv av fastighet, arrenderätt, hyresrätt, bostadsrätt, tomträtt, servitutsrätt eller annan rättighet till fastighet. I paragrafernas föreskrivs vidare att med fastighet i detta sammanhang avses vad som enligt jordabalken utgör eller tillhör fastighet samt befintliga byggnader som tillhör någon annan än ägaren till jorden.

Tillägget att med fastighet avses befintliga byggnader som tillhör någon annan än ägaren till jorden har föranletts av att sådana byggnader enligt jordabalken normalt utgör lös egendom. Fråga uppkommer då om inte tillhör till sådan byggnad av det slag som

avses i 2 kap. 2 och 3 §§ jordabalken, också bör utgöra fastighet i detta sammanhang, om de tillhör byggnadens ägare. Härigenom uppnås att inte bara byggnad utan också sådana byggnads- och industritillbehör som tillhör byggnadens ägare kommer att anses som fastighet vid tillämpningen av ifrågavarande bestämmelser, även om byggnaden och tillbehören enligt jordabalkens regler utgör lös egendom.

I 1 kap. 6 § 2 K–lagen bör vidare uppmärksammas att direktivet (art. 16) inte torde uppställa krav på vem, eller vilken juridisk form den har, som utför sändningen för att anskaffning, utveckling, produktion eller samproduktion av programmaterial skall vara undantaget från direktivets tillämpningsområde. Detta framgår vid en jämförelse mellan direktivets olika språkversioner. Det i lagförslaget angivna kravet att sändningen skall utföras av radio- och TV-bolag synes således inte ha någon motsvarighet i direktivet och bör därför kunna utgå.

Lagrådet föreslår i enlighet med det sagda att 1 kap. 6 § K–lagen utformas enligt följande.

Denna lag gäller inte upphandlingar som avser

1. förvärv av fastighet, arrenderätt, hyresrätt, bostadsrätt, tomträtt, servitutsrätt eller annan rättighet till fastighet, med undantag för upphandling som avser finansiella tjänster och som sker med anledning av annan upphandling som avses i denna punkt,
2. anskaffning, utveckling, produktion eller samproduktion av programmaterial avsett för radio- och TV-program samt upphandling av sändningstid,
3. skiljemanna- och förlikningsuppdrag,
4. finansiella tjänster i samband med utfärdande, försäljning, förvärv eller överlåtelse av värdepapper eller andra finansiella instrument,
5. anställningar,
6. forsknings- och utvecklingstjänster, med undantag för sådana vilkas resultat endast tillkommer en upphandlande enhet i den egna verksamheten och helt betalas av enheten, eller
7. verksamhet som rör förvaltning av statsskulden eller som avser tjänster från en centralbank.

Med fastighet enligt första stycket 1 avses vad som enligt jordabalken utgör eller tillhör fastighet. Befintlig byggnad som tillhör någon annan än ägaren till jorden skall också anses utgöra fastighet. Detsamma gäller sådana tillbehör till byggnaden som avses i 2 kap. 2 och 3 §§ jordabalken, om de tillhör byggnadens ägare.

Motsvarande ändringar bör göras på försörjningsområdet (jfr 1 kap. 19 § F-lagen).

1 kap. 8 § K-lagen

I paragrafen föreslås att K-lagen inte skall tillämpas på vissa kompletterande byggentreprenader i samband med byggkoncessioner när entreprenaderna har blivit "nödvändiga" respektive "absolut nödvändiga" för att nå vissa i lagtexten angivna syften. Det sistnämnda uttrycket finns också i 4 kap. 6 § första stycket 3 och 8 § första stycket 1 K-lagen samt 4 kap. 2 § 4 och 6 F-lagen.

Även om uttrycket "absolut nödvändigt" redan förekommer i LOU (jfr 5 kap. 17 § 2) ifrågasätter Lagrådet det lämpliga i att förstärka krav som är "nödvändiga" med "absolut nödvändiga", särskilt när uttrycken förekommer i samma paragraf och det inte görs klart vilken betydelseskillnad som är avsedd.

1 kap. 12 § K-lagen

I den föreslagna paragrafen talas om "att utöva offentlig tjänsteverksamhet". I motsvarande bestämmelse i LOU (jfr 2 kap. 19 §) är uttryckssättet "att bedriva verksamhet i det allmännas intresse". Av författningskommentaren kan inte utläsas om någon saklig skillnad är avsedd med det ändrade uttryckssättet.

Enligt Lagrådets mening bör under den fortsatta beredningen av lagstiftningsärendet klargöras om någon skillnad är avsedd i förhållande till gällande rätt.

1 kap. 5 och 6 §§ F-lagen

I de föreslagna paragraferna talas om omsättning "beräknat på de tre närmast föregående årens genomsnitt, innevarande år medräknat."

Lagrådet konstaterar att det varken av direktiven eller av lagrådsremissen kan utläsas hur det något dunkla uttrycket skall förstås. Ett alternativ kan vara att beräkningen skall bygga på de tre närmast föregående kalenderåren, varav ett av åren utgörs av innevarande år, där en prognos får göras för årsomsättningen. Ett annat alternativ är möjligen att räkna de tre närmast föregående kalenderåren plus den faktiska omsättningen för innevarande år. Ett tredje sätt kan vara att göra beräkningen från aktuellt datum och sedan räkna tre år tillbaka i tiden. Ytterligare tolkningar synes möjliga att göra. Här kan nämnas att också andra, liknande uttryckssätt förekommer i lagförslaget. T.ex. sägs i förslaget till 1 kap. 16 § första stycket F-lagen omsättningen "under de föregående tre åren."

Lagrådet har inte kunnat utröna vad som avses med de båda uttryckssätten och om någon skillnad är avsedd. Under den fortsatta beredningen av lagstiftningsärendet bör därför enligt Lagrådets mening klargöras hur beräkningen skall göras och författningstexten anpassas därefter.

1 kap. 13 § F-lagen

Enligt remissen föreslås 1 kap. 13 § F-lagen få följande lydelse.

Denna lag gäller inte vid tilldelning av kontrakt som görs

1. för något annat ändamål än att utöva sådan verksamhet som avses i 1 kap. 4-10 §§, eller
2. för att i ett land som inte är bundet av avtalet om Europeiska ekonomiska samarbetsområdet (EES) utöva sådan verksamhet som omfattas av lagens tillämpningsområde enligt 4-10 §§ utan fysisk användning av något nät eller geografiskt område i ett eller flera EES-länder.

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

Den första punkten i första stycket synes överflödig, eftersom vad där sägs redan följer av 1 kap. 2 § första stycket i F-lagen.

I den andra punkten i samma stycke, som har sin förebild i artikel 20.1 i F-direktivet, föreskrivs att upphandling för en verksamhet som bedrivs i ett land utanför EES-området inte omfattas av direktivets tillämpningsområde, om inte verksamheten har någon särskild anknytning till EES-området i form av fysiskt brukande av nät eller geografiskt område inom EES. En fråga är om denna begränsning är uttryck för en allmän princip om direktivens geografiska tillämpningsområde och därför möjligen skall gälla också inom K-direktivets område. Detta bör klargöras under den fortsatta beredningen.

1 kap. 16 § F-lagen

Lagrådet hänvisar till kommentaren till 1 kap. 5 och 6 §§ F-lagen beträffande uttrycket "de föregående tre åren" i första stycket.

1 kap. 25–27 §§ F-lagen

Enligt 1 kap. 25 § F-lagen skall, om ett kontrakt gäller mer än en verksamhet, de bestämmelser tillämpas som gäller för "den huvudsakliga delen av kontraktet." För motsvarande situationer

används i 1 kap. 26 och 27 §§ F-lagen uttrycket "verksamhet som kontraktet huvudsakligen avser".

Som en jämförelse kan nämnas att i 2 kap. 14 § K-lagen och i 2 kap. 21 § F-lagen talas om verksamhet ..." underordnad i förhållande till kontraktets huvudändamål".

Lagrådet förordar att uttrycken samordnas, om någon skillnad inte är avsedd, eller att det i författningskommentaren klargörs vari skillnaden består och vad som avses, t.ex. ekonomiskt värde, om det nu handlar om detta.

2 kap. K-lagen och 2 kap. F-lagen

2 kap. 1 § K-lagen och 2 kap. 1 § F-lagen

I paragraferna anges att det i respektive kapitel finns definitioner av vissa begrepp som används i lagarna.

Redan av rubrikerna till kapitlen, "Definitioner", framgår dock att kapitlen innehåller definitioner. Lagrådet föreslår därför att paragraferna utgår och att vad som i författningskommentaren sägs om att kapitlen inte innehåller samtliga definitioner i stället tas in i inledningen till kapitlen.

2 kap. 3 § K-lagen och 2 kap. 3 § F-lagen

I bestämmelserna definieras begreppet "anknutet företag". Definitionen utgår från olika fall av bestämmande inflytande i ett företag.

I 2 kap. 3 § K-lagen anges vad som avses med "anknutet företag" i förhållande till innehavaren av en byggkoncession. Bestämmelsen

avser sålunda endast att definiera begreppet i förhållande till en sådan innehavare. I motsvarande bestämmelse i F-lagen (2 kap. 3 §) återfinns en definition av "anknutet företag" som avser att ange vad som avses med begreppet i förhållande till en upphandlande enhet.

I båda bestämmelserna anges i ett antal angivna fall att det skall föreligga ett bestämmande inflytande för att ett företag skall anses anknutet. I K-lagen anges direkt i paragrafen i fråga vad som avses med bestämmande inflytande, medan det i 2 kap. 3 § F-lagen hänvisas till 22 § andra stycket samma kapitel. Definitionerna av bestämmande inflytande överensstämmer. I 2 kap. 3 § F-lagen har dessutom angetts att med anknutet företag avses företag som enligt 1 kap. 4 och 5 §§ årsredovisningslagen (1995:1554) är dotterföretag eller intresseföretag till den upphandlande enheten. Anledningen till detta torde vara att det i F-direktivet anges att med anknutet företag avses alla företag vars årsräkenskaper konsolideras med den upphandlande enhetens årsräkenskaper enligt kraven i rådets sjunde direktiv 83/349/EEG av den 13 juni 1983, grundat på art. 44.2 g i fördraget om sammanställd redovisning (artikel 23.1). Alla dotterföretags och intresseföretags årsräkenskaper behöver dock inte konsolideras med moderbolagets. Detta gäller t.ex. då företaget är av ringa betydelse med hänsyn till kravet på att redovisningen skall ge en rättvisande bild av koncernens ställning (jfr 7 kap. 5 och 16 §§ årsredovisningslagen). Att här använda kriterierna för dotterbolag och intressebolag i årsredovisningslagen för att uppnå överensstämmelse med direktivet är därför inte lämpligt.

Lagrådet anser att det skulle vara till fördel för rättstillämpningen om begreppet "anknutet företag" så långt det är möjligt ges en enhetlig innebörd. Dock måste definitionen för F-direktivets tillämpningsområde omfatta även företag vars årsräkenskaper konsolideras med den upphandlande enhetens enligt kraven i direktiv 83/349/EEG.

Lagrådet föreslår att den för de båda direktivområdena gemensamma delen av definitionen utformas enligt följande.

Med anknutet företag avses

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

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

Uttrycket "företagets styrelse eller motsvarande ledningsorgan" har hämtats från 1 kap. 11 § aktiebolagslagen (2005:551) för att det klart skall framgå att här avses styrelsen respektive ett styrelsen motsvarande ledningsorgan och inte något organ för övervakning och förvaltning i mer inskränkt mening.

Det tillägg till definitionen som måste göras för F-direktivets tillämpningsområde bör enligt Lagrådets mening överensstämma med direktivets lydelse i denna del enligt följande.

Med anknutet företag avses även alla företag vars årsräkenskaper konsolideras med den upphandlande enhetens enligt kraven i rådets direktiv 83/349/EEG.

2 kap. 12 § K-lagen och 2 kap.11 § F-lagen

Paragraferna inleds enligt följande. "Med (offentligt) kontrakt avses ett skriftligt kontrakt med ekonomiska villkor som" etc.

Eftersom man med kontrakt vanligen avser ett skriftligt avtal förordar Lagrådet att bestämmelsen ges följande inledning.

"Med kontrakt avses ett skriftligt avtal med ekonomiska villkor som"...

2 kap.13 § K-lagen och 2 kap.13 § F-lagen

Paragraferna innehåller likalydande definitioner av begreppet offentligt styrda organ. Till en början anges att med sådana organ avses bolag, föreningar, samfälligheter och stiftelser som är inrättade för att tillgodose behov i det allmännas intresse. I denna del vill Lagrådet erinra om den på s. 149 i lagrådsremissen kommenterade domen från EG-domstolen (mål C-470/99) enligt vilken avseende inte skall fästas vid om en enhet tillkommit i ett visst syfte utan vid vilka uppgifter som efter bildandet anförtrotts enheten. Av den anledningen bör inte anges att bolagen, föreningarna etc. är "inrättade för att tillgodose behov" utan i stället att dessa "tillgodoser behov". Vidare bör inte begreppet samfälligheter användas här utan i stället "delägarförvaltningar eller särskilt bildade samfällighetsföreningar" [jfr 4 § lagen (1973:1150) om förvaltning av samfälligheter]. Slutligen bör i punkt 3 i stället för "förvaltningsorgan, styrelseorgan eller övervakande organ" också här det i aktiebolagslagen använda uttrycket "styrelse eller motsvarande ledningsorgan" användas för att det klart skall framgå att här avses styrelsen eller organ med motsvarande ledningsuppgifter och inte något organ för övervakning och förvaltning med ett mer begränsat uppdrag.

Lagrådet förordar, i enlighet med det anförda, att bestämmelsen ges följande utformning.

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

1. som till största delen är finansierade av staten, en kommun, landsting eller en upphandlande enhet, eller
2. vars verksamhet står under kontroll av staten, en kommun, ett landsting eller en upphandlande enhet, eller
3. i vars styrelse eller motsvarande ledningsorgan mer än halva antalet ledamöter är utsedda av staten, en kommun, ett landsting eller en upphandlande enhet.

I författningskommentaren bör vidare anges att med kontroll i detta sammanhang avses något mer än den gängse tillsyn och kontroll i olika former som alla i Sverige hemmahörande juridiska personer är underkastade.

2 kap.14 § K-lagen och 2 kap. 21 § F-lagen

I bestämmelserna behandlas situationen att ett kontrakt som avser A- eller B-tjänster också omfattar verksamhet som hänförs till byggtreprenadverksamhet. I ett sådant fall är avsikten att kontraktet skall behandlas som ett tjänstekontrakt, om byggtreprenadverksamheten är underordnad i förhållande till kontraktets huvudändamål.

Det framgår inte och måste klargöras om och hur denna bedömning skiljer sig från den som skall göras enligt paragrafernas andra stycken, som innehåller bestämmelser om klassificering av kontrakt som avser både varor och tjänster. I ett sådant fall skall klassificeringen ske med utgångspunkt i de ekonomiska värden som de olika delarna av kontraktet har.

2 kap. 15 § K-lagen och 2 kap. 26 § F-lagen

2 kap. 15 § K-lagen har följande lydelse i det remitterade förslaget.

Med offentligt varukontrakt avses ett offentligt kontrakt som gäller köp, leasing, hyra eller hyrköp av varor under förutsättning att kontraktet inte skall anses utgöra ett byggtreprenadkontrakt enligt 11 §.

Ett kontrakt skall behandlas som ett varukontrakt även om det omfattar ett underordnat inslag av monterings- och installationsarbeten avseende varorna.

För att skilja varukontrakt från blandade varu- och tjänstekontrakt som skall behandlas som tjänstekontrakt (jfr 2 kap.14 § andra stycket K-lagen) bör följande tillägg göras till första stycket.

"eller ett tjänstekontrakt enligt 14 § andra stycket."

Vidare bör andra stycket utformas så att det framgår hur bedömningen av om monterings- och installationsarbetena är ett underordnat inslag skall göras. Om avsikten är att bedömningen skall göras med ledning av värdet på varorna respektive på monterings- eller installationsarbetena bör enligt Lagrådets mening stycket i fråga utformas enligt följande.

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

Motsvarande ändringar bör göras i regleringen för försörjningsområdet.

2 kap.16 och 17 §§ K-lagen och 2 kap.15 och 25 §§ F-lagen

I lagrådsremissen föreslås 2 kap.16 § K-lagen få följande lydelse.

Med offentlig upphandling avses de åtgärder som vidtas av en upphandlande myndighet som leder till att myndigheten tilldelar ett offentligt kontrakt eller ingår ett ramavtal avseende byggentreprenad, varor eller tjänster.

Eftersom begreppen offentlig upphandling respektive upphandling är centrala begrepp i lagarna måste paragraferna, enligt Lagrådets mening, formuleras så att det klart framgår att alla åtgärder som

vidtas i syfte att tilldela ett kontrakt eller ingå ett ramavtal avseende varor, tjänster eller byggtreprenader omfattas av begreppen, även om åtgärderna inte i det enskilda fallet leder till att ett kontrakt tilldelas eller att ett ramavtal ingås. Lagrådet förordar därför en utformning enligt följande.

Med upphandling avses de åtgärder som vidtas av en upphandlande enhet i syfte att tilldela ett kontrakt eller att ingå ett ramavtal avseende varor, tjänster eller byggtreprenader.

På motsvarande sätt bör det i 2 kap. 17 § K-lagen, som anger vad som avses med en projekttävling, framgå att syftet skall vara att förvärva en ritning eller en projektbeskrivning. Detta för att fråga inte skall kunna uppkomma om tävlingar, som inte i det enskilda fallet gjort det möjligt att förvärva en ritning eller en projektbeskrivning, av denna anledning skall anses falla utanför begreppet.

Motsvarande bör gälla inom försörjningsområdet

3 kap. K-lagen och 3 kap. F-lagen

En utgångspunkt för tillämpning av direktivens bestämmelser om upphandlingsförfarandet är att värdet av kontraktet uppgår till minst ett visst angivet belopp. Detta s.k. tröskelvärde varierar mellan olika kategorier av varor och tjänster. Tröskelvärden är angivna i 3 kap. i respektive lag. Där finns också bestämmelser om hur tröskelvärden skall beräknas. Enstaka bestämmelser om tröskelvärden finns även i några andra kapitel.

Lagrrådet vill först ta upp en fråga av mera allmän karaktär. Denna fråga gäller vilken lagteknisk lösning som är den lämpligaste för att reglera tröskelvärdena.

Enligt art. 78 K-direktivet och art. 69 F-direktivet skall kommissionen vartannat år kontrollera och vid behov revidera de i direktiven

angivna tröskelvärdena. Utgångspunkten för denna kontroll är, förenklat uttryckt, kursutvecklingen för euron under den senaste tvåårsperioden. Resultatet av kommissionens åtgärder kommer till uttryck i en förordning om tröskelvärden som är bindande och direkt tillämplig i alla medlemsstater. För de medlemsstater som inte är med i den monetära unionen fastställs och revideras på motsvarande sätt motvärden i nationella valutor till de i EG-förordningen angivna tröskelvärdena i euro. Dessa motvärden offentliggörs genom meddelanden i EGT, senast 2005/C 325/09. De av kommissionen meddelade motvärdena i svenska kronor återges i förordningen (2000:63) om tröskelvärden vid offentlig upphandling, senast ändrad genom SFS 2005:1119. Avsikten är att denna förordnings bestämmelser fortlöpande skall anpassas till de ändringar av tröskelvärdena som sker genom kommissionens förordningar.

Direktivens tröskelvärden har redan två gånger reviderats genom kommissionsförordningar. De tröskelvärden som anges i det remitterade förslaget motsvarar de som gäller efter den andra revisionen av direktivens tröskelvärden, kommissionens förordning (EG) nr 2083/2005.

Den teknik som valts för att reglera tröskelvärden i det remitterade förslaget kan, enligt Lagrådets mening, av olika skäl ifrågasättas. En första synpunkt är att man här får en bindande reglering i tre olika former, EG-förordning, svensk lag och svensk förordning. Sådan reglering i flera led bör i princip undvikas när det finns en gällande EG-förordning. Vidare kan det konstateras att den föreslagna lösningen förutsätter att upphandlingslagen ändras varje gång kommissionen reviderar tröskelvärden. Annars blir resultatet motstridig reglering. Att på detta sätt fortlöpande anpassa upphandlingslagen efter EG-förordningen är väl i och för sig tänkbart men det torde inte vara möjligt att åstadkomma ett ikraftträdande lika snart som EG-förordningen träder i kraft. Den senaste EG-förordningen utfärdades den 19 december 2005 och trädde i kraft

den 1 januari 2006. Perioder av bristande överensstämmelse mellan bindande EG-förordning och svensk lag lär alltså inte gå att undvika med den föreslagna tekniken.

Av nu anförda skäl anser Lagrådet att förslaget inte är acceptabelt i denna del. Även om det vanligen inte anses lämpligt att i lag hänvisa till en författning av lägre valör bör det, med här givna förutsättningar, vara acceptabelt att i dessa fall söka en lösning som bygger på att lagen, i fråga om tröskelvärden, hänvisar till den förordning som innehåller motvärden i svenska kronor till de i den aktuella EG-förordningen angivna tröskelvärdena i euro. En sådan lösning aktualiserar frågan var övriga bestämmelser i 3 kap., vilka huvudsakligen reglerar hur värdet av ett kontrakt beräknas, lämpligen hör hemma. Enligt Lagrådets mening är det möjligt att låta dessa bestämmelser, som är av mera beständig karaktär än bestämmelserna om tröskelvärden, stå kvar i lagarna.

Olikheter mellan lagarna

Lagrådet har, som framgått inledningsvis, noterat åtskilliga fall av olikheter mellan motsvarande bestämmelser i de båda lagarna, vilka inte motiverats och inte heller omedelbart framstår som sakligt grundade.

Detta är påtagligt vid en jämförelse mellan bestämmelser rörande tröskelvärden i respektive lag.

Så t.ex. saknas i F-lagen motsvarigheter till 3 kap. 2 § i K-lagen, som handlar om kontrakt som subventioneras med mer än hälften av kostnaden av upphandlande myndighet, och 3 kap. 4 § K-lagen, som anger vilken tidpunkt som skall tjäna som utgångspunkt vid beräkningen av värdet av ett kontrakt.

När det gäller förbud mot att i vissa fall dela upp en upphandling är

3 kap. 3 § i F-lagen mera utförlig än motsvarande 3 kap. 5 § i K-lagen.

Vidare kan ifrågasättas om inte 3 kap. 5 § F-lagen överlappar 1 kap. 28 § i samma lag.

Enligt föreslagna 3 kap. 6 § K-lagen skall värdet av varor som den upphandlande myndigheten tillhandahåller entreprenörer under vissa omständigheter beaktas vid beräkningen av kontraktsvärdet.

Motsvarande 3 kap. 4 § i F-lagen omfattar förutom varor också tjänster. Vidare innehåller 3 kap. 4 § F-lagen, i ett andra stycke, en bestämmelse om att varor och tjänster som inte krävs för att entreprenaden skall kunna fullgöras i vissa fall inte får ingå i beräkningen av kontraktsvärdet. Någon motsvarande bestämmelse finns inte i 3 kap. 6 § K-lagen.

Bestämmelsen i 3 kap. 9 § tredje stycket K-lagen om att valet av beräkningsmetod inte får göras för att bestämmelserna i lagen inte skall bli tillämpliga har ingen motsvarighet i 3 kap. 7 § F-lagen.

Slutligen saknar K-lagen motsvarighet till 3 kap. 10 § F-lagen med föreskrifter om hur värdet av ett kontrakt som omfattar både varor och tjänster skall beräknas.

Utöver de nu redovisade allmänna synpunkterna på innehållet i 3 kap. har Lagrådet följande synpunkter på de enskilda paragraferna i kapitlet.

3 kap. 1 och 2 §§ K-lagen och 3 kap. 1 § F-lagen

Lagrådets ovan redovisade förslag förutsätter en genomgripande omarbetning av 3 kap. 1 och 2 §§ K-lagen och 3 kap. 1 § F-lagen samt ändringar i övriga paragrafer där tröskelvärden anges.

Vad gäller de föreslagna bemyndigandena i 3 kap. 1 § tredje stycket K-lagen hänvisas till vad Lagrådet anfört i inledningen av detta yttrande.

3 kap. 6 § K-lagen och 3 kap. 4 § F-lagen

Bestämmelsen 3 kap. 6 § K-lagen innebär att värdet av varor som den upphandlande myndigheten tillhandahåller entreprenören och som är nödvändiga för att entreprenaden skall kunna fullgöras skall beaktas vid beräkningen av värdet av ett offentligt byggentreprenadkontrakt.

Enligt Lagrådets mening bör bestämmelsen i K-lagen överensstämma med motsvarande reglering i F-lagen och därför kompletteras så att den dels omfattar även tjänster, dels, i ett andra stycke, innehåller en bestämmelse om att varor och tjänster, som inte krävs för att entreprenaden skall kunna fullgöras, inte får ingå i beräkningen av värdet av entreprenadkontraktet, om detta skulle innebära att lagen inte blir tillämplig på upphandlingen av dessa varor eller tjänster.

3 kap. 7 § K-lagen och 3 kap. 5 § F-lagen

Enligt 3 kap. 7 § andra stycket K-lagen och 3 kap. 5 § andra stycket F-lagen behöver bestämmelserna i första styckena inte tillämpas i fråga om delkontrakt av vissa angivna, lägre värden. Enligt vad som uppgetts vid föredragningen är avsikten dock inte att värdet av dessa kontrakt skall undantas vid den beräkning av summan av värdena av delkontrakten som skall ske enligt första styckena. Detta bör klargöras.

3 kap. 8 § K-lagen och 3 kap. 6 § F-lagen

Det är inte ovanligt att ett avtal formellt sluts för en viss tidsperiod men, enligt en klausul i avtalet, fortsätter att gälla ytterligare en tidsperiod eller tills vidare, om inte uppsägning sker en viss tid före periodens utgång. Det bör klargöras vad som enligt 3 kap. 8 § K-lagen och 3 kap. 6 § F-lagen gäller för denna vanligt förekommande avtalstyp.

3 kap. 9 § K-lagen och 3 kap. 7 § F-lagen

I rubricerade paragrafer anges två alternativa metoder för beräkning av värdet av sådana varu- eller tjänstekontrakt som regelbundet återkommer eller som skall förnyas inom viss tid. I 3 kap. 9 § andra stycket K-lagen föreskrivs att valet av beräkningsmetod inte får göras för att bestämmelserna i lagen inte skall bli tillämpliga. Någon motsvarande bestämmelse finns inte i 3 kap. 7 § F-lagen. Syftet med bestämmelsen torde vara att valet av beräkningsmetod inte får styras enbart av en strävan att komma under tillämpligt tröskelvärde. När själva utgångspunkten, som här i första stycket, är ett fritt val mellan två alternativa metoder, utan angivande av någon eller några prioriterande kriterier, blir emellertid en bestämmelse som den i 3 kap. 9 § andra stycket K-lagen mycket oklar till sin innebörd. Lagrådet anser att det krävs ett klargörande i denna sak och även i fråga om den bristande överensstämmelsen mellan paragraferna.

3 kap. 10 § F-lagen

I 3 kap. 10 § F-lagen finns en bestämmelse om bl.a. hur man beräknar värdet av ett kontrakt som avser både varor och tjänster. Lagrådet ifrågasätter om inte motsvarande bestämmelse bör gälla för den klassiska sektorn.

4 kap. K-lagen och 4 kap. F-lagen

4 kap. 2 § K-lagen

I punkten 2 i paragrafen föreslås att förhandlat förfarande med föregående annonsering får användas om det som skall upphandlas är av sådant slag eller förenat med "sådana risker" att det på grund av särskilda omständigheter inte går att ange något totalpris i förväg.

Lagrådet kan inte se att det klart framgår av författningstexten eller författningskommentaren vad "sådana risker" konkret tar sikte på.

Under den fortsatta beredningen av lagstiftningsärendet bör enligt Lagrådets mening närmare beskrivas vad som avses med "sådana risker" i detta sammanhang.

4 kap. 3 § K-lagen

Den föreslagna paragrafen står under underrubriken "Förhandlat förfarande med föregående annonsering", trots att paragrafen handlar om den situationen när en myndighet får avstå från att annonsera en upphandling.

Lagrådet föreslår att paragrafen flyttas in under den föreslagna underrubriken "Förhandlat förfarande utan föregående annonsering" och där placeras närmast efter föreslagna 4 kap. 7 § K-lagen.

4 kap. 4 § K-lagen

I ett andra stycke i den föreslagna paragrafen sägs "att myndigheten skall under förhandlingarna behandla samtliga anbudsgivare lika".

Lagrådet kan konstatera att likabehandlingsprincipen avses gälla generellt, vilket framgår av 1 kap. 9 § K-lagen. Enligt Lagrådet bör därför det föreslagna andra stycket i 4 kap. 4 § K-lagen utgå.

4 kap. 5 § K-lagen

I den avslutande meningen i den föreslagna paragrafen sägs att "Det slutliga antalet anbud skall alltid vara så stort att verklig konkurrens uppnås, under förutsättning att det finns ett tillräckligt antal lämpliga anbudssökande".

Enligt Lagrådet föranleder förslaget i denna del vissa frågor. Avses någon skillnad mellan "konkurrens" och "verklig konkurrens" och i så fall vilken? Hur skiljer sig "verklig konkurrens" från "effektiv konkurrens", dvs. det uttryckssätt som används i konkurrenslagen (1993:20)? Handlar det på nu aktuellt stadium av upphandlingen om "anbudssökande" eller är det snarare "anbudsgivare" som avses? Dessa frågor bör enligt Lagrådets uppfattning besvaras under den fortsatta beredningen av lagstiftningsärendet.

4 kap. 7 § 4 K-lagen och 4 kap. 2 § 11 F-lagen

I förslagen talas det om varor som anskaffas från "konkursförvaltare eller likvidator". Rätteligen bör det vara från ett konkursbo eller från ett företag i likvidation. Lagrådet förordar därför att författningstexten justeras i enlighet med vad som nu sagts.

4 kap. 2 § 9 och 10 F-lagen

I de angivna punkterna föreslås dels att en upphandlande enhet får tilldela ett kontrakt utan föregående annonsering, om kontraktet grundar sig på ett ramavtal som upphandlats enligt denna lag, dels att en upphandlande enhet får möjlighet att anskaffa varor genom att

utnyttja särskilt förmånliga erbjudanden som gäller under mycket kort tid, när priset ligger betydligt under det normala marknadspriset.

Dessa bestämmelser har inga motsvarigheter i K-lagen. Enligt Lagrådets mening bör under den fortsatta beredningen av lagstiftningsärendet klargöras om detta är avsedda skillnader och i så fall varför det förhåller sig på angivet sätt. I annat fall bör en komplettering ske för den klassiska sektorn.

5 kap. K-lagen och 5 kap. F-lagen

Allmänt om bestämmelserna om ramavtal

Bestämmelser om ramavtal har tagits in i båda lagarna. I K-lagen anges att en upphandlande myndighet får ingå ramavtal (1 §) och att en sådan myndighet inte får använda ett ramavtal på ett otillbörligt sätt (5 §). Motsvarande bestämmelser har tagits in i F-lagen (1 och 2 §§). Dessutom innehåller K-lagen bestämmelser om tilldelning av kontrakt (3 §), ramavtalets löptid (4 §) samt vad som gäller när ramavtal slutits med endast en leverantör (6 §) respektive när ramavtal slutits med flera leverantörer (7–9 §§).

Bestämmelserna avspeglar det faktum att regleringen om ramavtal är mera detaljerad i K-direktivet än i F-direktivet. K-direktivets bestämmelser om ramavtal syftar till att säkerställa att användningen av ramavtal inte begränsar konkurrensen. Fråga uppkommer då om de principer som K-direktivets bestämmelser i detta avseende ger uttryck för också gäller inom F-direktivets tillämpningsområde eller om F-direktivet ger utrymme för en större handlingsfrihet vid upphandling med hjälp av ramavtal.

Upphandlingsutredningens slutbetänkande Nya upphandlingsregler 2 (SOU 2006:28), som bl.a. behandlar ramavtal och särskilt frågan om ramavtal skall kunna överprövas, bereds för närvarande inom

Regeringskansliet. Med hänsyn till att ramavtal redan i stor utsträckning används över hela upphandlingsområdet, således även inom K-sektorn, trots att LOU inte innehåller några bestämmelser om ramavtal för den sektorn, vill Lagrådet inte motsätta sig att bestämmelserna i de nya direktiven nu genomförs, även om ett antal frågor återstår att lösa, bland dem frågan om användning av ramavtal vid upphandling under tröskelvärdena.

I det fortsatta beredningsarbetet måste dock, enligt Lagrådets mening, klargöras i vilken utsträckning de principer som de mer detaljerade bestämmelserna i K-direktivet ger uttryck för också gäller vid upphandling med hjälp av ramavtal inom F-sektorerna.

I övrigt har Lagrådet följande synpunkter på de föreslagna bestämmelserna om ramavtal.

5 kap. 2 § K-lagen

I paragrafen anges att en upphandlande myndighet som avser att sluta ett ramavtal skall vidta de åtgärder som följer av bestämmelserna i denna lag fram till tilldelningen av kontrakt som grundar sig på ramavtalet samt att valet av parter i ramavtalet skall ske med tillämpning av de tilldelningsgrunder som anges i 12 kap. 1 och 2 §§.

Bestämmelsen innehåller inte någon handlingsregel eller information utöver vad som framgår av övriga bestämmelser. Enligt Lagrådets mening bör paragrafen därför utgå.

5 kap. 3 § K-lagen

Enligt Lagrådets mening bör hänvisning ske även till 6 §.

5 kap. 5 § K-lagen och 5 kap. 2 § F-lagen

Paragraferna, som inte är helt likalydande, ger uttryck för att en upphandlande myndighet/enhet inte får använda ramavtal på ett otillbörligt sätt eller så att konkurrensen hämmas. Detta får anses följa redan av de grundläggande principerna för den reglerade upphandlingen. Det kan, enligt Lagrådets mening, vara missledande att ange detta här, eftersom inte samma sak upprepas i de bestämmelser som reglerar andra upphandlingsförfaranden. Bestämmelserna bör därför utgå.

5 kap. 6 § respektive 7–9 §§ K-lagen

I 5 kap. 6 § K-lagen, som motsvarar artikel 32.3 i K-direktivet, behandlas situationen att ett ramavtal sluts med endast en leverantör. Enligt paragrafens första stycke skall i sådant fall kontrakt som bygger på ramavtalet tilldelas enligt villkoren i ramavtalet. Detta torde innebära att avvikelser från ramavtalet i princip inte är tillåtna när sådana enskilda kontrakt (avrop) utformas. Av paragrafens andra stycke framgår emellertid att den upphandlande myndigheten skriftligen får samråda med leverantören och vid behov uppmana denne att komplettera sitt anbud. Detta antyder att viss precisering av ramavtalets villkor är tillåten också i dessa fall. Det bör kommenteras i vilken utsträckning detta får ske.

Av de följande paragraferna (7–9 §§) i kapitlet, som motsvarar artikel 32.4 i K-direktivet, framgår att i fall då ramavtal slutits med flera leverantörer i enlighet med bestämmelserna i 7 §, får tilldelning av kontrakt som grundar sig på ramavtalet ske antingen genom tillämpning av villkoren i ramavtalet utan förnyad inbjudan att lämna anbud (8 §) eller genom att parterna inbjuds att på nytt lämna anbud på grundval av de villkor som anges i ramavtalet (9 §).

Vid en jämförelse mellan 6 § och 7–9 §§ samt motsvarande bestämmelser i direktivet förefaller det som en större grad av frihet att fylla ut ramavtalet föreligger i det fall då ramavtal slutits med flera leverantörer enligt bestämmelserna i 7 § än när ramavtal enligt 6 § ingåtts med endast en leverantör. Detta förhållande bör belysas i författningskommentaren.

Bestämmelserna i 6 § gäller när ramavtal sluts med en leverantör. Om ramavtal sluts enligt 7–9 §§ skall leverantörerna vara minst tre. Det bör klargöras vad som gäller om en upphandlande myndighet vill sluta ramavtal med två leverantörer.

6 kap. K-lagen och 6 kap. F-lagen

I 6 kap. finns bestämmelser om tekniska specifikationer och särskilda kontraktsvillkor i förfrågningsunderlag och andra kontraktshandlingar. Tekniska specifikationer definieras i bilaga VI punkt 1 till K-direktivet och i bilaga XXI punkt 1 till F-direktivet. I gällande rätt återges de tekniska specifikationerna i förordningen (1998:78) om tekniska specifikationer vid offentlig upphandling. Enligt vad som har uppgetts vid föredragningen inför Lagrådet kommer denna förordning att ersättas med en ny, som anknyter till de nu gällande direktiven.

6 kap.1 § K-lagen och 6 kap. 1 § F-lagen

Andra styckena är i stort sett ett återgivande av direktiven, art 23.1 K-dir. resp. 34.1 F-dir. ("Den upphandlande myndigheten bör då det är möjligt fastställa tekniska specifikationer för att ta hänsyn till kriterier avseende tillgänglighet för funktionshindrade eller formgivning med tanke på samtliga användares behov.")

Innebörden av meningens sista led och motsvarande lagtext i förslaget är, enligt Lagrådets mening, oklar och bör förtydligas. Vidare bör det klargöras hur de här aktuella bestämmelserna

förhåller sig till kraven på t.ex. handikappsanpassning i den nationella normgivning som reglerar byggande.

Vad som föreskrivs i tredje styckena om att de tekniska specifikationerna skall tillåta anbudsgivare att delta på lika villkor, m.m. torde följa redan av generella bestämmelser i 1 kap. 9 § K-lagen och 1 kap. 24 § F-lagen. Tredje styckena bör därför utgå.

6 kap. 2 – 6 §§ K-lagen och 6 kap. 2 – 6 §§ F-lagen

I dessa paragrafer regleras innehållet i tekniska specifikationer. Paragraferna är utformade på samma sätt som art. 23.3 och 23.8 i K-direktivet samt art. 34.3 och 34.8 i F-direktivet. Enligt Lagrådets mening bör regleringen förenklas.

En första fråga är emellertid om det inte, som ett inledande, allmänt gällande led i 6 kap. 2 §, bör finnas en hänvisning till de tekniska specifikationer som kommer att definieras i den särskilda förordningen. Direktivet synes vara utformade på detta sätt. Förslagsvis kan lagtexten inledas enligt följande.

De tekniska specifikationerna skall, om inte 3 – 5 §§ tillämpas, vara utformade som en hänvisning till de tekniska specifikationer som definieras i förordningen (2007:000) om tekniska specifikationer vid upphandling eller till, i turordning...

Enligt 6 kap. 2 § första stycket 3 får hänvisning i fråga om teknisk specifikation ske till "gemensamma tekniska specifikationer". Vad som avses med detta uttryck bör redovisas.

Enligt 6 kap. 2 § andra stycket får en hänvisning till någon av de standarder som anges i första stycket alternativt ske till något som är likvärdigt med vad som anges i den aktuella punkten. Lagrådet förordar att andra stycket utformas på ett sätt som är mera brukligt i lagstiftningssammanhang, t.ex. enligt följande.

En hänvisning enligt första stycket kan också ske till något som är likvärdigt med vad som anges i respektive punkt.

Vidare föreslår Lagrådet att bestämmelserna i 3 och 4 §§ sammanförs i en paragraf enligt följande.

De tekniska specifikationerna får anges som prestanda eller funktionskrav. I dessa krav kan miljöegenskaper ingå. Kraven skall vara utformade så att föremålet för upphandlingen klart framgår.

En upphandlande enhet får medge att leverantören genom hänvisning till tekniska specifikationer enligt 2 § visar att prestanda- eller funktionskrav enligt första stycket är uppfyllda.

De tekniska specifikationerna får anges genom en hänvisning till 2 § i fråga om vissa egenskaper och till de prestanda- eller funktionsvillkor som anges i första stycket i fråga om andra egenskaper.

Det kan emellertid ifrågasättas om bestämmelserna i 6 kap. 4 §, motsvarande andra stycket i Lagrådets förslag, är nödvändiga. Detta med tanke på bestämmelserna i 6 kap. 8 § i de båda lagarna, av vilka följer att en upphandlande enhet inte får förkasta ett anbud av den anledningen att anbudsgivaren på lämpligt sätt visar att han uppfyllt prestanda- eller funktionskrav enbart genom hänvisning till sådana tekniska specifikationer enligt 2 §.

Enligt 6 kap. 3 § i de båda lagarna får de tekniska specifikationerna anges som prestanda- eller funktionskrav. I dessa krav kan miljöegenskaper ingå. Den språkliga utformningen av bestämmelsen leder tanken till att kraven endast avser den vara som skall levereras. Art. 23.3 b K-direktivet och 34.3 b F-direktivet kan emellertid tolkas så att t.ex. miljörelaterade krav kan ställas också på tillverkningsprocessen. Enligt Lagrådets mening bör ett klagörande ske på denna punkt.

6 kap. 8 § K-lagen och 6 kap. 8 § F-lagen

I paragraferna ges anbudsgivaren möjlighet att visa att han uppfyller av den upphandlande enheten angivna prestanda- eller funktionskrav genom hänvisning till tekniska specifikationer enligt 6 kap. 2 § första styckena 1 – 5. Någon motsvarighet till 2 § första stycket 6, som avser bl.a. annan svensk standard än sådan som avses i 6 kap. 2 § första styckena 1, finns dock inte i 8 §. Detta förefaller svårförståeligt, bl.a. med tanke på att punkten 6 innefattas i hänvisningen i 6 kap. 4 §. Ett klargörande bör ske.

6 kap. 10 § K-lagen och 6 kap. 10 § F-lagen

Lagrådet förordar att ... ”organ som är etablerade i ett EES-land.” ersätts med ... ”som är erkända i ett EES-land.”.

6 kap. 14 § K-lagen och 6 kap. 15 § F-lagen

Bestämmelserna i tredje styckena i de båda paragraferna synes sakna direkt koppling till bestämmelserna om granskning av onormalt låga anbud i 12 kap. 3 § i respektive lag och kan utgå.

6 kap. 15 § K-lagen och 6 kap. 16 § F-lagen

I paragraferna föreskrivs att en upphandlande myndighet får ställa upp särskilda krav på hur ett kontrakt skall fullgöras, varvid miljömässiga och sociala krav särskilt nämns. Enligt Lagrådets mening har dessa bestämmelser ett sådant samband med bestämmelserna om tekniska specifikationer samt prestanda- och funktionskrav i inledningen av 6 kap. i de båda lagarna att en samordning bör övervägas.

7 kap. K-lagen och 7 kap. F-lagen

7 kap. 1 § K-lagen och 7 kap. 1 § F-lagen

Enligt de föreslagna paragraferna skall den upphandlande i regel offentliggöra sina upphandlingar genom annonsering. Vidare skall en upphandlande för publicering sända en sådan annons till Byrån för Europeiska gemenskapernas officiella publikationer, dvs. ett organ inom kommissionen. I förevarande kapitel anges omväxlande byrån och kommissionen som mottagare av annonser och meddelanden, utan att det klart framgår vilka skillnader som är avsedd. Detta bör klargöras.

När i tiden, mera exakt, annonseringen skall ske synes inte framgå av vare sig lagtext eller författningskommentar. Detta bör klargöras under den fortsatta beredningen av lagstiftningsärendet.

Enligt Lagrådets mening kan det vidare ifrågasättas om paragraferna i sin helhet bör ges lagform eller om det mesta av innehållet hör hemma i en förordning. Detta är för övrigt en fråga som kan ställas beträffande innehållet i flera av de föreslagna paragraferna i 7 kap. Lagrådet noterar dock att bestämmelser med delvis likartat innehåll som i föreslagna 1 § redan finns i 1 kap. 7 § och 8 § första stycket LOU.

7 kap. 2 § K-lagen och 7 kap. 3 § F-lagen

De föreslagna paragraferna innehåller företrädesvis bestämmelser om hur en upphandlande kan få förkorta vissa tidsfrister vid efterföljande, förhandsannonserade upphandlingar (jfr 8 kap. 4 § K-lagen).

Enligt 7 kap. 2 § första stycket K-lagen kan en upphandlande myndighet i en annons lämna information enligt andra stycket om de

kontrakt eller ramavtal som myndigheten avser att tilldela under de närmast följande tolv månaderna (förhandsannonsering).

Av andra stycket samma paragraf framgår att informationen skall lämnas

1. när det gäller varor, om det sammanlagda värdet av kontrakten eller ramavtalen, under förutsättning att värdet uppgår till minst 750 000 euro för varje sådant varuområde som avses i 3 § första stycket,
2. när det gäller tjänster, om det sammanlagda värdet av kontrakten eller ramavtalen, under förutsättning att värdet uppgår till minst 750 000 euro för varje enskild tjänstekategori enligt 3 § andra stycket, och
3. när det gäller byggentreprenader, om entreprenadens huvudsakliga art och omfattning, under förutsättning att värdet av entreprenaden uppgår till minst 5 278 000 euro.

Enligt tredje stycket skall värdena bestämmas på det sätt som enligt 3 kap. K-lagen gäller för beräkning av värdet av offentliga kontrakt.

Förhandsannonsering är enligt fjärde stycket obligatorisk för tillämpning av bestämmelserna om förkortning av tidsfrister i 8 kap. 4 § K-lagen.

Det framgår av femte stycket samma paragraf att bestämmelserna om förhandsannonsering inte gäller upphandlingar som genomförs med tillämpning av förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt 4 kap. 3, 6, 7, 8 eller 9 § K-lagen.

I 7 kap. 3 § F-lagen finns motsvarande bestämmelser.

De föreslagna paragraferna föranleder ett antal frågor.

En första fråga är om endast upphandlande organ med upphandlingar som uppgår till minst de angivna beloppsgränserna har möjlighet att genom förhandsannonsering förkorta vissa tidsfrister i

upphandlingsförfarandet. Står ingen sådan möjlighet öppen i fråga om upphandlingar under de angivna värdena?

En annan fråga är varför första stycket innehåller en fakultativ och andra stycket en obligatorisk regel (kan resp. skall).

Vad som i övrigt skall iakttas i fråga om en förhandsannons framgår delvis av förslagets 7 kap. 4 § K-lagen och 7 kap. 5 § F-lagen och av kommissionens förordning (EG) nr 1564/2005 av den 7 september 2005 om fastställande av standardformulär för offentliggörande av meddelanden inom ramen för anbuds-förfaranden.

Enligt Lagrådets mening bör man pröva möjligheten att i närbeta 7 kap. 4 § K-lagen och 7 kap. 5 § F-lagen i här kommenterade paragrafer eller i vart fall att i författningskommentaren hänvisa till paragraferna och kommande förordningsbestämmelser.

När det gäller innehållet i den föreslagna paragrafens sista stycke sägs i Lagrådsremissen (s. 341) att det framstår som uppenbart att ordningen med förhandsannonsering inte gäller vid förhandlat förfarande utan föregående annonsering. Lagrådet kan ansluta sig till denna bedömning och ifrågasätter om paragrafens avslutande femte stycke behövs. Denna och övriga kommenterade frågor bör enligt Lagrådets mening besvaras under den fortsatta beredningen av lagstiftningsärendet.

7 kap. 3 § K-lagen och 7 kap. 4 § F-lagen

Enligt Lagrådets bedömning hör innehållet i de båda föreslagna paragraferna närmast hemma i förordning och inte i lag.

7 kap. 4 § K-lagen och 7 kap. 5 § F-lagen

Enligt 7 kap. 4 § första stycket K-lagen skall en annons enligt 7 kap. 2 § som avser varor eller tjänster snarast möjligt efter varje budgetårs början skickas till Europeiska gemenskapernas kommission för publicering eller offentliggöras på den upphandlande myndighetens upphandlarprofil.

Av 7 kap. 4 § andra stycket K-lagen följer att en annons enligt 7 kap. 2 § som avser byggtreprenader skall snarast möjligt efter det att ett beslut fattats om tillstånd för den planering som gäller offentliga byggtreprenadkontrakt eller ramavtal som den upphandlande myndigheten avser att tilldela, skickas till kommissionen för publicering eller offentliggöras på den upphandlande myndighetens upphandlarprofil.

Paragrafen föreslås få sin motsvarighet i 7 kap. 5 § F-lagen.

Det framgår inte klart av lagtexten vems "budgetår" som avses och inte heller närmare vilket "tillstånd" andra stycket tar sikte på. Till detta kan läggas att det inte framgår vad som händer om den upphandlande inte "snarast möjligt" skickar annonsen eller inte sänder iväg annonsen över huvud taget. Inte heller författningskommentaren synes ge något direkt svar på frågorna.

Mot denna bakgrund förordar Lagrådet att innebörden av paragraferna klargörs under den fortsatta beredningen av lagstiftningsärendet.

7 kap. 6 § K-lagen och 7 kap. 10 § F-lagen

Enligt 7 kap. 6 § första stycket K-lagen skall en upphandlande myndighet som har tilldelat ett offentligt kontrakt eller ingått ett ramavtal till Europeiska gemenskapernas kommission för publicering

skicka en annons om upphandlingsresultatet senast 48 dagar efter det att kontraktets tilldelats eller ramavtalet ingåtts (efterannonsering).

Paragrafen föreslås få sin motsvarighet i 7 kap. 10 § F-lagen. Av den bestämmelsen framgår att tidsfristen inte föreslås bli 48 dagar som i K-lagen, utan två månader. Även om skillnaden kan härledas till direktiven, så måste enligt Lagrådet frågan ställas vad som motiverar en sådan skillnad. Ytterligare en fråga som bör belysas under den fortsatta beredningen av lagstiftningsärendet är vad som händer om den upphandlande inte följer den obligatoriska regeln att skicka en annons till kommissionen inom den föreskrivna tidsfristen. Förlorar den upphandlande möjligheten att förkorta tidsfristen?

7 kap. 6 § F-lagen

Den föreslagna paragrafen handlar främst om att inbjudan att lämna anbud vid upphandling inom försörjningsområdet får ske genom förhandsannonsering.

Lagrådet kan konstatera att en motsvarande bestämmelse saknas inom den klassiska sektorn. Frågan är om denna möjlighet att inbjuda till anbudsgivning genom förhandsannonsering inte skall finnas inom det klassiska området. Detta bör enligt Lagrådets mening klargöras under den fortsatta beredningen av lagstiftningsärendet.

7 kap. 8 § F-lagen

Enligt förslaget får för ”större” projekt förhandsannonsering ske utan att information som har tagits in i en tidigare förhandsannonsering upprepas, om det tydligt anges att den nya annonsen är en tilläggsannons.

Enligt Lagrådets mening bör under den fortsatta beredningen av lagstiftningsärendet klargöras om det förhåller sig som sägs i den föreslagna lagtexten att tilläggsannonsering bara får ske när det gäller just större projekt eller om avsikten är att den möjligheten skall finnas också vid mindre projekt.

7 kap. 13 § F-lagen

Av förslaget framgår att en upphandlande enhet får begära att en annons som har skickats med "telefax" och som avser upphandling genom öppet, selektivt eller förhandlat förfarande, skall publiceras inom fem dagar efter det att annonsen skickades.

Genom paragrafen upplyses om att den upphandlande får begära att annonser av en viss typ skall publiceras inom en angiven frist. Det förutsätts att kommissionen är skyldig att publicera annonsen inom den angivna tiden. Det kan ifrågasättas om inte förordningsform är att föredra för den del som kan behöva regleras i Sverige, dvs. upplysningen till den upphandlande om hans möjlighet. Paragrafen utgör också ett exempel på att detaljeringsnivån i den föreslagna lagen kan bli alltför hög. I paragrafen behandlas enbart vad som kan krävas om annonsen skickats med "telefax". På andra ställen i lagen talas om överföring med "elektroniska medel". En fråga som inställer sig här är vad som kan krävas om annonsen inte skickats med telefax, men väl genom e-postmeddelande eller på annat liknande sätt. Detta bör enligt Lagrådets mening klargöras under den fortsatta beredningen av lagstiftningsärendet. Vidare bör belysas förhållandet till K-lagen, där motsvarande möjlighet som i den här aktuella paragrafen tycks saknas.

8 kap. K-lagen och 8 kap. F-lagen

Bestämmelserna i de båda kapitlen överensstämmer till stora delar i materiellt hänseende. Dock har kapitlen, efter mönster av direktiven,

strukturerats olika, vilket försvårar en jämförelse. Vid föredragningen har uppgetts att någon närmare analys av direktivens bestämmelser för att utröna motiven för de materiella skillnaderna inte hunnits med, varför systematiken och ordalydelsen i direktiven följts vid utformningen av lagreglerna.

Lagrådet anser att en närmare analys av direktivens bestämmelser i detta avseende under alla förhållanden måste företas under den fortsatta beredningen i syfte att så långt möjligt åstadkomma enhetliga regler. Dessutom bör författningskommentaren, efter det att en sådan analys företagits, utökas med en beskrivning av hur de olika reglerna i respektive kapitel förhåller sig till varandra och hur en samtidig tillämpning av flera regler kan leda till utökade eller förkortade tidsfrister.

I de båda direktiven föreskrivs olika långa tidsfrister, utan att någon förklaring ges till varför det är på det sättet. Detta återspeglas i de föreslagna lagarna. Någon samordning i detta avseende synes dock inte möjlig, eftersom tidsfristernas längd styrs av direktiven.

8 kap.1 § K-lagen och 8 kap.1 § F-lagen

I paragraferna, som är likalydande, föreskrivs att när den upphandlande enheten bestämmer tidsfrister för att ta emot anbudsansökningar och anbud, skall särskild hänsyn tas till hur komplicerad upphandlingen är och hur lång tid som leverantörerna kan antas behöva för att utarbeta anbuden. I paragrafernas andra meningar anges att minimitidsfristerna i detta kapitel dock skall iakttas.

I de rubricerade paragraferna liksom i följande paragrafer talas om tidsfrister för "att ta emot" anbudsansökningar. Enligt Lagrådets mening bör övervägas om inte i stället leverantörens perspektiv bör föranleda att tidsfristerna skall anges vara för "att komma in med"

anbud. Jämför i detta sammanhang t.ex. 9 kap. 7 § K-lagen där det anges att den upphandlande myndigheten inte får ta del av innehållet i anbudet eller anbudsansökningarna förrän tidsfristen "för att lämna anbud respektive anbudsansökan har gått ut".

I de följande paragraferna i kapitlet anges en rad tidsfrister. I inget fall har någon av dessa benämnts "minimitidsfrist". Ibland har angetts att en tidsfrist skall vara minst ett angivet antal dagar. I andra fall har angetts att tidsfristen inte i något fall skall vara kortare än det angivna antalet dagar. Genom att använda begreppet "minimitidsfrister", som dessvärre också återfinns i direktivet, kan fråga uppkomma om inte alla i kapitlet angivna tidsfrister måste iaktas eller om detta endast gäller de kortaste tidsfristerna (jfr 8 §).

Lagrådet, som utgår ifrån att alla tidsfrister i kapitlet skall iaktas, förordar därför att paragrafernas andra meningar ges följande lydelse.

"Dock skall tidsfristerna i detta kapitel alltid iaktas."

8 kap. 3 § K-lagen

I 8 kap. 3 § första stycket K-lagen föreskrivs att vid selektivt förfarande och vid förhandlat förfarande med föregående annonsering skall tidsfristen att ta emot anbudsansökningar vara minst 37 dagar från den dag annonsen om upphandling skickades. Av paragrafens andra stycke framgår att tidsfristen för att ta emot anbud vid selektivt förfarande skall vara minst 40 dagar från den dag då en inbjudan enligt 8 kap. 10 § (inbjudan att lämna anbud) skickades.

Såväl första som andra styckena avslutas således med orden "skickades". Enligt Lagrådets mening bör i första stycket anges att fristen löper från den dag annonsen om upphandling skickades för

publicering (jfr t.ex. 2 §) och i andra stycket anges till vem inbjudan skall ha skickats för att tidsfristen skall börja löpa (jfr 4 § andra stycket där det talas om att inbjudan att lämna anbud skickades för publicering medan det i 10 § talas om att skicka inbjudan till samtliga utvalda anbudssökande).

Av följande bestämmelser framgår att de angivna tidsfristerna kan såväl förkortas som förlängas. Enligt Lagrådets mening bör därför även här, efter mönster från 2 § och med nödvändig komplettering, anges att tidsfristerna är de angivna, om inte annat följer av 4-8 §§.

8 kap. 4 § K-lagen och 8 kap. 3 § F-lagen

Av 8 kap. 4 § första stycket K-lagen och 8 kap. 3 § första stycket F-lagen framgår att tidsfristen att ta emot anbud *skall*, i här angivna situationer och om den upphandlande myndigheten förhandsannonserat "helst vara minst 36 dagar och inte i något fall kortare än 22 dagar från den dag då annonsen skickades för publicering".

Detta bör enligt Lagrådets mening uttryckas så att tidsfristen i detta fall "bör vara minst 36 dagar och inte i något fall får vara kortare än 22 dagar från den dag då annonsen skickades för publicering".

I 8 kap. 4 § andra stycket K-lagen anges att "Tidsfristen skall vid öppet förfarande löpa från den dag då annonsen om upphandling skickades för publicering och vid selektivt förfarande från den dag då inbjudan att lämna anbud skickades för publicering." Detta synes dock redan ha reglerats i 8 kap. 2 § och i 3 § andra stycket, varför Lagrådet förordar att detta stycke utgår.

8 kap. 6 § K-lagen och 8 kap. 5 § F-lagen

Av paragrafen i K-lagen följer att tidsfristerna för att ta emot anbud vid öppet och selektivt förfarande får, utöver vad som följer av

8 kap. 5 § K-lagen, förkortas med fem dagar, om den upphandlande myndigheten med elektroniska medel ger fri, direkt och fullständig tillgång till hela förfrågningsunderlaget "från och med den dag då annonsen om upphandlingen publiceras".

Samma ordval används i 8 kap. 5 § F-lagen, som anger samma förutsättningar för att de där angivna tidsfristerna skall få, utöver vad som följer av 8 kap. 4 § F-lagen, förkortas med fem dagar.

Lagrådet ifrågasätter om inte, i likhet med vad som tidigare konstaterats vara fallet, den svenska språkversionen av direktiven här felaktigt anger att det skall vara "*från och med den dag* då annonsen om upphandlingen publiceras" medan övriga språkversioner av direktiven ger vid handen att det i stället skall vara "*från den dag* då annonsen om upphandlingen publiceras". Om så visas vara fallet bör paragraferna ändras i enlighet härmed.

I klagörande syfte bör enligt Lagrådets mening anges vem som avses publicera den ifrågavarande annonsen. Vidare bör klargöras om även här tidsfristen skall löpa från den dag som annonsen skickades för publicering och, i så fall, lagtexten ändras i enlighet härmed.

8 kap. 8 § K-lagen

I paragrafens första stycke föreskrivs att, om det vid selektivt förfarande eller förhandlat förfarande med föregående annonsering på grund av tidsbrist inte är möjligt att tillämpa de tidsfrister som anges i detta kapitel, en upphandlande myndighet får ange att tidsfristen för att ta emot anbudsansökningar, räknat från den dag då annonsen om upphandling skickades (för publicering), skall vara minst 15 dagar eller, om annonsen skickades med elektroniska medel, minst 10 dagar.

I andra stycket anges att "Under den förutsättning som anges i första stycket får en upphandlande myndighet" etc. Eftersom det i första stycket uppställs två förutsättningar för att tiodagarsfristen skall få tillämpas, dels tidsbrist, dels att annonsen skickades med elektroniska medel, bör förutsättningarna för att tillämpa det andra stycket klargöras.

8 kap. 9 § K-lagen och 8 kap. 12 § F-lagen

Paragraferna, som föreskriver skyldighet för den upphandlande enheten att tillhandahålla leverantörer förfrågningsunderlag och lämna kompletterande upplysningar, har inte getts en enhetlig utformning, fastän någon saklig skillnad uppenbarligen inte är avsedd.

Lagrådet förordar att bestämmelserna ges en enhetlig utformning och att författningskommentaren kompletteras med en kommentar om vad som avses med uttrycken "i god tid" och "i tid" samt om vad som kan bli följderna om en upphandlande enhet inte fullgör sina skyldigheter enligt regleringen. Vidare bör anges hur den i paragraferna angivna tidsfristen om sex dagar är avsedd att tillämpas i fall då det begärda underlaget utgör allmän handling.

8 kap.10 § K-lagen och 8 kap.13 § F-lagen

I paragraferna föreskrivs att en upphandlande enhet, vid selektivt och förhandlat förfarande med föregående annonsering, vid ett och samma tillfälle skall skicka en skriftlig inbjudan till samtliga anbudssökande att lämna anbud eller att förhandla.

I paragrafernas andra stycken anges vad en sådan inbjudan skall innehålla. Paragraferna innehåller också (i tredje styckena) exemplifierande uppräknings av de uppgifter av betydelse för upphandlingen som en sådan inbjudan skall innehålla.

Förutom den skillnad som betingas av att förfarandet med annonser om kvalificeringssystem endast finns i F-lagen innehåller bestämmelsen i den lagen en första punkt som inte har någon motsvarighet i bestämmelsen i K-lagen. Av direktiven (art. 40.5 respektive art. 47.4) framgår också att de där intagna uppräkningsarna är avsedda att ange vad en inbjudan minst skall innehålla.

Vid den fortsatta beredningen bör enligt Lagrådets mening eftersträvas en så långt möjligt enhetlig utformning av bestämmelserna. Dessutom bör bestämmelserna omformuleras så att de i enlighet med de angivna bestämmelserna i direktiven anger vad en inbjudan *minst* skall innehålla.

8 kap. 11 § K-lagen och 8 kap. 14 § F-lagen

I bestämmelserna anges vad som skall gälla i det fall någon annan än den ansvariga upphandlande enheten skall lämna ut förfrågningsunderlaget. Bl.a. skall i ett sådant fall anges, i inbjudan att lämna anbud eller att förhandla, om en tidsfrist gäller för en begäran att få del av hela eller delar av förfrågningsunderlaget samt om en avgift skall betalas för de begärda handlingarna.

I författningskommentaren bör enligt Lagrådets mening anges vad som avses gälla om de begärda handlingarna är allmänna handlingar och avgiftsförordningen (1992:191) är tillämplig vid utlämnandet av förfrågningsunderlaget. Dessutom bör ordet "ansvariga" i lagtexten utgå eftersom detta uttryck inte används i övrigt beträffande upphandlande enhet.

8 kap.16 § F-lagen

I paragrafen regleras den inbjudan att få mer detaljerade upplysningar samt att ges tillfälle att bekräfta intresse som efter en förhandsannonsering skall tillställas alla anbudssökande.

I paragrafens andra stycke anges att inbjudan skall innehålla vissa uppgifter av betydelse för upphandlingen. Bestämmelsen har fått en utformning som kan tolkas så att uppräkningsen av uppgifter endast är exemplifierande. Av artikel 47.5 i F-direktivet framgår dock att uppräkningsen där avser de uppgifter som en inbjudan *minst* skall innehålla. Paragrafens andra stycke måste sålunda omformuleras för att överensstämma med direktivet.

I författningskommentaren har angetts att det endast är vid upphandling inom försörjningssektorerna som en upphandling kan annonseras genom en förhandsannons. Samtidigt innehåller också K-lagen bestämmelser om "förhandsannonsering" (jfr t.ex. 7 kap. 2 §). Av sammanhanget framgår att det beträffande F-direktivets tillämpningsområde är fråga om en annan sorts förhandsannonsering, som sker i stället för och som ersätter gängse annonsering. Förhållandet bör enligt Lagrådets mening belysas i författningskommentaren. Om möjligt bör i författningstexten en annan term användas för att undvika missförstånd.

9 kap. K-lagen och 9 kap. F-lagen

Kapitlen innehåller bestämmelser om kommunikation mellan upphandlande enhet respektive anbudssökande och anbudsgivare samt om information och dokumentation i upphandlingsförfarandet.

I den allmänna motiveringen (s. 213) uttalas att bestämmelserna i art. 42 K-direktivet om kommunikationssätt inte skall vara tillämpliga

på koncessioner avseende byggtreprenader. Såvitt Lagrådet kunnat finna kommer denna begränsning inte till uttryck i den föreslagna författningstexten.

9 kap. 1 § K-lagen och 9 kap. 1 § F-lagen

Paragraferna innehåller bestämmelser om kommunikation och informationsutbyte mellan upphandlande enhet och andra parter i upphandlingsförfarandet. Enligt Lagrådets mening bör den grundläggande regeln att kommunikationen skall ske skriftligen anges i inledningen av paragrafen.

9 kap. 4 § K-lagen och 9 kap. 4 § F-lagen

Enligt paragraferna ges anbudssökande och anbudsgivare möjlighet att, vid elektronisk inlämning av anbudsansökningar och anbud, ge in bevis, intyg och andra sådana handlingar som åberopas i upphandlingsärendet i form av skriftliga handlingar, om de inte finns tillgängliga i elektronisk form.

Det har uppgetts under föredragningen att bestämmelserna tar sikte på de fall då den upphandlande enheten, med stöd av 9 kap.1 § i respektive lag, bestämt att kommunikationen i ett upphandlingsärende skall ske med elektroniska medel. Detta bör klargöras.

Lagrådet har inte kunnat finna någon uttrycklig föreskrift om hur en upphandlande enhet skall förfara om den valt elektroniskt förfarande i en upphandling och får in en anbudsansökan eller ett anbud i form av en skriftlig handling. Detta bör klargöras.

9 kap. 5 § K-lagen och 9 kap. 5 § F-lagen

I paragraferna anges krav på bekräftelse av anbudsansökan i vissa fall.

Det bör klargöras om det kan krävas att en bekräftelse av en telefaxansökan med annat elektroniskt medel skall ha den kvalificerade form, avancerad elektronisk signatur, som enligt 9 kap. 3 § andra stycket i respektive lag kan krävas beträffande anbud i elektronisk form.

9 kap. 7 § K-lagen och 9 kap. 7 § F-lagen

Något särskilt förfarande vid öppning av anbudsansökningar är inte föreskrivet i andra styckena. Det kan finnas skäl för en något mindre strikt behandling av anbudsansökningar, jämfört med vad som gäller för anbud. I kommentaren till andra stycket sägs emellertid att det saknas skäl att inte hantera samtliga anbudsansökningar och anbud på samma sätt. Vill man ha det så bör detta komma till uttryck i författningstexten.

9 kap. 10 § K-lagen och 9 kap. 10 § F-lagen

Paragraferna innehåller bestämmelser om en upphandlande enhets skyldighet att på begäran ange skälen till att anbudsansökningar avslagits eller anbud förkastats (första styckena) och till att ett visst anbud förlorat i konkurrensen (andra styckena). Enligt Lagrådets mening är bestämmelsernas räckvidd och förhållandet till underrättelseskyldigheten enligt 9 kap. 9 § i respektive lag inte helt klarlagda. Dessa frågor bör belysas ytterligare.

9 kap. 11 § K-lagen och 9 kap. 11 § F-lagen

Enligt paragrafernas andra stycken är anbudsgivaren bunden av sitt anbud även om han fått underrättelse från myndigheten om kontraktstilldelning enligt 9 kap. 9 § första stycket eller enligt 9 kap. 10 § respektive lag om skäl om varför anbudet förkastats.

Bestämmelserna har inga motsvarigheter i direktiven men finns i LOU och behovet av sådana bestämmelser sägs kvarstå. Enligt den dispositiva bestämmelsen i 1 kap. 5 § lagen (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område förfaller ett anbud när det avslås, även om detta sker innan anbudstiden gått ut. Enligt Lagrådets mening bör skälen för detta avsteg från den angivna avtalsrättsliga principen redovisas och frågan övervägas på nytt.

9 kap. 12 § K-lagen

Paragrafen innehåller bestämmelser om protokollering i upphandlingsärenden. Några motsvarande bestämmelser finns inte i F-lagen.

9 kap. 12 och 13 §§ F-lagen

Hänvisningarna i 9 kap. 12 § andra stycket och 9 kap. 13 § första stycket till kriterier för uteslutning av leverantör bör koordineras.

9 kap. 13 § K-lagen och 9 kap. 14 § F-lagen

Enligt 9 kap. 13 § K-lagen åläggs en upphandlande myndighet att, efter det att en upphandling avslutats, på betryggande sätt förvara anbudsansökningar, anbud och viss annan angiven dokumentation i upphandlingsärendet. I kommentaren anges att bestämmelsen närmast är tänkt för de offentligt styrda organ som omfattas av upphandlingslagstiftningen men som inte enligt 1 kap. 9 §

sekretesslagen jämställs med myndighet och därför inte är bundna av arkivlagens bestämmelser. Någon sådan begränsning av tillämpningsområdet är emellertid inte angiven. Med en sådan utgångspunkt kan man se bestämmelsen som en *lex specialis* angående arkivering inom upphandlingsområdet och den skulle då gälla framför arkivlagen vad gäller myndigheter.

Inom myndighetsområdet finns gallringsbestämmelser som tidsmässigt begränsar skyldigheten att hålla handlingar arkiverade. Den föreslagna bestämmelsen innehåller ingen sådan begränsning av skyldigheten att förvara upphandlingsdokumentation. Lagrådet antar att gallring efter viss tid bör kunna ske, i vart fall i fråga om vanligt förekommande upphandlingar. Frågan bör övervägas och kan enligt Lagrådets mening ges en lösning i enlighet med den reglering som gäller för myndigheter eller med regleringen i 9 kap. 14 § tredje stycket i F-lagen.

De frågeställningar som redovisats ovan tyder på att förhållandet mellan upphandlingslagstiftningen och arkivförfattningar respektive redovisningslagstiftning vad gäller frågor om bl.a. arkivering och gallring bör belysas ytterligare.

10 kap. K-lagen och 10 kap. F-lagen

10 kap. 1 § K-lagen och 10 kap.1 § F-lagen

I de föreslagna paragraferna föreskrivs att en upphandlande skall utesluta en leverantör från att delta i en upphandling, om den upphandlande får kännedom om att leverantören enligt en lagakraftvunnen dom har dömts för vissa brott.

Bestämmelserna ger enligt Lagrådets mening upphov till flera frågor som avser bl.a. tydlighet, förutsebarhet och likabehandling. Flera,

dock inte alla, svårigheter som kan förutses vid en framtida tillämpning har sin grund i direktivens utformning.

Den brottslighet som skall föranleda uteslutning som leverantör beskrivs inte genom hänvisning till svenska straffbestämmelser, utan till straffbestämmelser i gemenskapsrätten. Grunden för uteslutning anges så att leverantören skall ha dömts för brott som innefattar deltagande i kriminell organisation, bestickning, bedrägeri eller penningtvätt, såsom dessa begrepp definieras i olika EG-rättsakter. Av dessa begrepp har "deltagande i kriminell organisation" inte någon direkt motsvarighet i den svenska brottsbalken medan "penningtvätt" i viss utsträckning täcks av de svenska bestämmelserna om häleribrott.

Vid utformningen av dessa bestämmelser måste beaktas att det här är fråga om en skyldighet för den upphandlande att utesluta leverantör och att bestämmelserna skall tillämpas av ett stort antal upphandlare med högst varierande förutsättningar och kompetens att hantera frågor av nämnt slag. Mot denna bakgrund anser Lagrådet att de föreslagna bestämmelserna har getts en utformning som inte svarar mot ens mycket begränsade krav på tydlighet och tillgänglighet. De är därför inte acceptabla i sin nuvarande form.

Härtill kommer frågan hur de upphandlande skall få kännedom om dels att det finns en lagakraftvunnen dom mot en leverantör (i Sverige eller utomlands), dels att domen avser brott som innefattar någon grund som gör att den upphandlande är skyldig att utesluta leverantören. Av lagrådsremissen (s. 231 f.) kan man möjligen få uppfattningen att den upphandlande kan ta förhållandevis lätt på sin uppgift. Bl.a. sägs i remissen att det bör finnas en skyldighet för de upphandlande att skaffa sig underlag för ett eventuellt uteslutningsbeslut endast när det förekommer sakligt grundad anledning att anta att uteslutningsgrundande brott föreligger. Vidare framgår att det saknar betydelse hur den upphandlande fått kännedom om en sådan

grundad anledning, t.ex. kan det ha skett genom uppgifter som lämnats i massmedia eller av andra leverantörer. Av texten kan man också få intrycket att den upphandlande inte behöver ta initiativ till undersökning om grund för uteslutning föreligger i andra fall än då det av en eller annan anledning finns skäl att anta att så är fallet, en kunskap som den upphandlade tycks förutsättas få mer eller mindre av en slump. Detta kan väl ligga i uttryckssättet... ” om myndigheten får kännedom om”..., men står enligt Lagrådets mening ändå i viss kontrast till att gärningarna anses så allvarliga att en upphandlande inte bara får, utan skall utesluta en leverantör från upphandlingen, om den upphandlande får vetskap om att leverantören har dömts för brott som innefattar någon av de i paragraferna angivna gärningarna.

Till detta kommer att när väl en kontroll görs av en leverantör så kan denne komma att behandlas olika i kontrollhänseende beroende på om den upphandlande har att göra med är en svensk eller utländsk leverantör.

Svårigheter kan enligt Lagrådets bedömning också förutses vid tillämpningen när leverantören är en juridisk person. I sådant fall skall den juridiska personen/leverantören uteslutas om en företrädare för denne dömts för sådant brott som avses i paragraferna. I författningens kommentaren har inte närmare angetts vilka personer i ett företags ledning som i detta sammanhang avses som företrädare för företaget.

Av lagrådsremissen (s. 365) framgår också att inte bara remissinstanser utan även regeringen förutser att de föreslagna bestämmelserna är av sådan natur att de kan tvinga de upphandlande till komplicerade bedömningar av en leverantörs organisation och inte helt lätta överväganden om en brottslig gärning enligt en dom omfattar sådana gärningar som beskrivs i gemenskapsrättsakterna.

Med hänsyn till det ovan anförda anser Lagrådet att förslaget måste omarbetas under den fortsatta beredningen av lagstiftningsärendet. En väg som bör prövas är att i stället för hänvisning till EG-rätten direkt i lagtexten beskriva i vilka fall uteslutning skall ske. Ett annat alternativ som kan prövas är om en hänvisning lämpligen bör ske till svenska straffbestämmelser i de fall där det finns relevanta sådana (jfr 9 kap. 3 a § och 6 a § samt 17 kap. 7 § brottsbalken). Härigenom skulle det ofta, om än inte alltid, bli enklare att jämföra innehållet i en dom med vad som föreskrivs i de här aktuella paragraferna. När det gäller brottet "deltagande i kriminell organisation" i gemenskapsrätten kan den föreslagna ordningen enligt Lagrådets mening inte behållas, eftersom man i Sverige inte, som det sägs i förslaget, döms för att man deltar i en kriminell organisation (jfr 2 kap. 1 § första stycket 5 regeringsformen). I stället kan övervägas en liknande ordning som i 4 § lagen (2000:343) om internationellt polisiärt samarbete (jfr även 2 kap. 2 § lagen (2003:1156) om överlämnande från Sverige enligt en europeisk arresteringsorder). Som förebild vid en överarbetning av lagtexten i övriga delar bör kunna tjäna 1 kap. 17 § första stycket LOU som motsvaras av delar av förslagets 10 kap. 2 § K-lagen och 10 kap. 3 § F-lagen.

En annan fråga som man enligt Lagrådets mening måste ta ställning till under den fortsatta beredningen av lagstiftningsärendet är om det verkligen är meningen att alla domar av nämnt slag skall kunna ligga till grund för uteslutning eller om det – vilket förefaller rimligt- skall finnas någon gräns bakåt i tiden (jfr t.ex. näringsförbud).

11 kap. K-lagen och 11 kap. F-lagen

11 kap. K-lagen har rubriken "Kontroll av leverantörers lämplighet och val av deltagare m.m." medan 11 kap. F-lagen har rubriken "Kvalificering och urvalsbedömning". En genomläsning av kapitlens

bestämmelser ger dock vid handen att bestämmelserna i båda kapitlen, fastän de getts olika utformning, avser att reglera hur leverantörers lämplighet skall kontrolleras och bedömas samt hur urvalet av anbudssökande och anbudsgivare skall gå till. I F-lagen finns regler om att en upphandlande enhet får upprätta och tillämpa ett särskilt kvalificeringssystem för urval på förhand av leverantörer som får delta i ett selektivt eller förhandlat förfarande. Några motsvarande regler finns inte i den klassiska lagen. I övrigt är det svårt att finna några materiella skillnader av vikt mellan övriga bestämmelser i respektive kapitel. Vid föredragningen har uppgetts att direktivens motsvarande bestämmelser har tillkommit vid olika tillfällen och att något försök inte gjorts att samordna dessa. Att så inte skett får, enligt Lagrådets mening, inte hindra att de svenska bestämmelserna ges en enhetlig utformning, så länge detta inte strider mot direktiven.

11 kap. 1 § K-lagen och 11 kap. 1–3 §§ F-lagen

I bestämmelserna, som främst avser att åskådliggöra ett upphandlingsförfarandes gång, beskrivs de moment som en upphandlande enhet skall vidta sedan anbudsansökningarna eller anbudena kommit in. Den enda regeln med materiellt innehåll synes vara den i första meningen i 11 kap. 1 § K-lagen som anger att lämpligheten hos de leverantörer som inte har uteslutits enligt 10 kap. 1 och 2 §§ skall kontrolleras innan kontrakt tilldelas enligt 12 kap. Enligt Lagrådets mening bör 11 kap. 3 § F-lagen, som endast innehåller en erinran om att den upphandlande enheten skall tilldela kontrakt enligt bestämmelserna i 12 kap., utgå och övriga bestämmelser kompletteras med en beskrivning i författningskommentaren av alla moment som kan ingå i ett upphandlingsärende.

11 kap. 4 § K-lagen

I paragrafen anges det lägsta antal anbudssökande som måste delta i ett selektivt förfarande och i ett förhandlat förfarande med föregående annonsering. I en andra mening anges att antalet som deltar dock alltid skall vara tillräckligt stort för att verklig konkurrens skall kunna uppnås. Lagrådet förordar att denna senare regel anges först, eftersom den ger uttryck för det grundläggande syftet med reglerad upphandling. Enligt Lagrådets mening kan paragrafen lämpligen utformas enligt följande.

Antalet anbudssökande som bjuds in att delta vid ett selektivt förfarande och vid ett förhandlat förfarande med föregående annonsering skall alltid vara tillräckligt stort för att en effektiv konkurrens skall kunna uppnås. Antalet anbudssökande som bjuds in att delta vid ett selektivt förfarande får dock inte vara mindre än fem och vid ett förhandlat förfarande med föregående annonsering inte mindre än tre.

11 kap. 5 § K-lagen

I paragrafens andra stycke föreskrivs att om antalet anbudssökande som uppfyller de urvalskriterier som avses i 3 § andra stycket 1 (de i annonsen angivna) och de miniminivåer som avses i 2 § (i fråga om kapacitet), är lägre än det minsta antal deltagare som angetts i annonsen enligt 3 § andra stycket 2, får den upphandlande myndigheten fortsätta förfarandet genom att bjuda in den eller de anbudssökande som har begärt detta och som har tillräcklig kapacitet.

Vad som avses torde vara att den upphandlande myndigheten, oavsett att det i annonsen angivna minsta antalet deltagare inte uppnåtts, trots det får fortsätta förfarandet genom att bjuda in de kvalificerade anbudssökande som begärt att få delta.

Enligt Lagrådets mening kan paragrafens andra stycke lämpligen utformas enligt följande.

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

11 kap. 7 § K-lagen

I paragrafen ges exempel på vad som kan utgöra bevis på en leverantörs ekonomiska och finansiella ställning. Frågan är om det inte är tillräckligt att här använda begreppet ekonomisk ställning eftersom detta torde inrymma också finansiell ställning.

Uppräkningen inleds med intyg från banker och avslutas med uppgift om företagets omsättning. Eftersom intyg från banker utgör uppgifter från utomstående förefaller det lämpligare att inleda uppräkningsen med uppgifter som kan erhållas direkt från leverantören i form av uppgift om omsättning och avsluta uppräkningsen med intyg från banker etc. I författningskommentaren bör erinras om att EG-domstolen i de förenade målen C-27/86, C-28/86 och 29/86 behandlat frågan om bevis angående ekonomisk ställning enligt äldre direktiv och därvid uttalat att den där intagna listan inte är uttömmande.

11 kap. 8 § K-lagen

I paragrafens andra mening sägs att en balansräkning eller utdrag ur den endast behöver visas upp om det krävs enligt lagstiftningen i det land där leverantören är etablerad.

Stadgandet är något dunkelt. Antingen avses att lagstiftningen i den andra medlemsstaten *i en motsvarande situation* skall uppställa krav

på att balansräkningen eller utdrag ur den skall visas upp där eller så är bestämmelsen ett uttryck för vad som sägs i art. 47.1b K-direktivet, om att balansräkningar eller utdrag ur dem kan utgöra bevis på en leverantörs ekonomiska ställning, om det krävs offentliggörande av dem i det land där leverantören är etablerad. Är det senare riktigt bör paragrafens andra mening ges t.ex. följande lydelse. "En balansräkning eller utdrag ur den behöver endast visas upp om den skall offentliggöras enligt lagstiftningen i det land där leverantören är hemmahörande." Frågan bör klaras ut under den fortsatta beredningen.

11 kap. 10 och 13 §§ K-lagen samt 11 kap. 8 § F-lagen

I 11 kap. 10 och 13 §§ K-lagen finns i paragrafernas första stycken regler om att en leverantör får åberopa andra företags kapacitet. I F-lagen (11 kap. 8 §) har F-direktivets bestämmelser (art. 53.4 och 53.5) om detta skrivits ihop till en paragraf. Detta torde utan olägenhet kunna göras också beträffande det klassiska direktivets motsvarande bestämmelser.

Av paragrafernas andra stycken framgår att en grupp av leverantörer kan åberopa resurserna hos leverantörerna i gruppen eller hos andra företag. Dessa bestämmelser torde, med hänsyn till att definitionerna av leverantör (2 kap. 10 § K-lagen och 2 kap. 12 § F-lagen) omfattar också grupper av leverantörer, vara onödiga och kunna utgå.

11 kap. 12 § K-lagen

I paragrafen behandlas i huvudsak frågan på vilka sätt en leverantör kan styrka sin tekniska kapacitet. Innehållet överensstämmer till stor del med vad som anges i den s.k. bevisförordningen, förordningen (1998:1364) om bevis vid offentlig upphandling. Bestämmelserna är

mycket detaljerade och passar mindre väl i en lag. Vid den fortsatta beredningen bör därför övervägas om det inte är möjligt att i stället ta in i vart fall bestämmelserna i andra – femte styckena i en förordning.

I paragrafens tredje stycke anges att "Om det är nödvändigt skall den behöriga myndigheten sända intyg enligt andra stycket 1 direkt till den upphandlande myndigheten." Stadgandet, som inte har någon motsvarighet inom F-direktivets tillämpningsområde, synes onödigt och torde kunna undvaras.

11 kap. 15 och 16 §§ K-lagen och 11 kap.17 och 18 §§ F-lagen

I paragraferna behandlas kvalitetssäkringsstandarder och standarder för miljöledning. Om den upphandlande enheten kräver intyg eller certifikat som visar att leverantören iakttar vissa kvalitetssäkringsstandarder eller uppfyller vissa miljöledningsstandarder skall enheten hänvisa till standarder som certifieras av organ som uppfyller europeiska eller internationella standarder för certifiering.

I paragrafernas andra stycken har angetts att den upphandlande skall godta likvärdiga intyg från sådana organ som är etablerade i andra länder inom EES. Eftersom inte något eller några länder inom EES nämnts i paragrafernas första stycken kan man fråga sig vad som avses med "andra länder inom EES". Möjligen avses i stället att den upphandlande skall godta likvärdiga intyg från *andra* organ som är etablerade inom EES. Saken måste klaras ut under den fortsatta beredningen och bestämmelserna ändras.

11 kap. 4 och 10 §§ F-lagen

I 11 kap. 4–11 §§ F-lagen regleras det (pre-)kvalificeringssystem som en upphandlande enhet får upprätta och tillämpa för att på förhand välja ut de leverantörer som får delta i ett selektivt eller

förhandlat förfarande. Någon motsvarighet till dessa regler finns inte i K-direktivet och föreslås inte heller bli införda inom det upphandlingsområdet. Detta leder till frågan om det är otillåtet att tillämpa ett sådant system inom det klassiska upphandlingsområdet (jfr ramavtal som utan någon reglering motsvarande den inom försörjningssektorerna ändå har använts inom det klassiska området). Förhållandet bör klargöras under den fortsatta beredningen.

I 11 kap. 4 § första stycket andra meningen F-lagen sägs att en kvalificering får begränsas till deltagande i förfarande för tilldelning av en eller flera typer av kontrakt. Ett liknande uttryckssätt används i andra meningen i 11 kap.10 § F-lagen. Vad som torde avses är olika kategorier av leveranser. Såsom angetts i författningskommentaren skulle det kunna vara fråga om en leverantör som ansetts kvalificerad endast för anläggandet av vägar eller för tillhandahållandet av ett visst slag av varor. Lagtexten bör ändras så att den bättre uttrycker vad som avses.

11 kap. 5, 7 och 9 §§ F-lagen

I 11 kap. 5 § första meningen F-lagen föreskrivs att den upphandlande enheten skall ange kriterier och regler för urval till ett kvalificeringssystem. Av 11 kap. 7 § F-lagen framgår att dessa kriterier och regler även skall, i den utsträckning som framgår av 10 kap., innefatta grunder för uteslutning från ett sådant system. Detta skulle enligt Lagrådets mening med fördel kunna anges direkt i 11 kap. 5 §, varefter 11 kap. 7 § kan utgå.

I andra meningen i 5 § anges att kriterierna och reglerna skall utformas så att de innebär en garanti för att

1. samma krav ställs på varje leverantör,
2. urvalet görs utan ovidkommande hänsyn, och
3. leverantörer när som helst kan ansöka om att bli kvalificerade.

Vad som anges i punkterna 1 och 2 är uttryck för grundläggande principer för hur reglerad upphandling skall gå till (jfr 1 kap. 24 § F-lagen). Det kan därför ifrågasättas om inte dessa punkter med fördel skulle kunna ersättas med en erinran om dessa principer i kommentaren till ifrågavarande bestämmelse.

I 11 kap. 9 § F-lagen anges att de kriterier och regler som avses i 11 kap. 5 § F-lagen skall tillhandahållas leverantörer som begär detta och, om en uppdatering sker av kriterierna och reglerna, skall de berörda leverantörerna underrättas om detta. Av paragrafens andra stycke framgår också att om en upphandlande enhet anser att andra upphandlande enheters system uppfyller enhetens krav så skall den meddela de berörda leverantörerna namnen på dessa företag eller organ. Bestämmelserna i 11 kap. 9 § ter sig, mot bakgrund av principen om att upphandling skall genomföras på ett öppet sätt, närmast som överflödiga. Om bestämmelserna likväl anses böra behållas kan de lämpligen föras över till 11 kap. 5 §. Det bör under alla förhållanden göras tydligt att hänvisningen till andra enheters system endast utgör ett alternativ till att upprätta ett eget. Följs Lagrådets förslag kan 11 kap. 5 § utformas enligt följande.

Den upphandlande enheten skall ange kriterier och regler för urval till ett kvalificeringssystem och, i den utsträckning som framgår av 10 kap., grunder för uteslutning från ett sådant system. Detta kan göras genom en hänvisning till andra företags kvalificeringssystem.

Kriterierna och reglerna skall tillhandahållas den leverantör som begär det.

En leverantör skall när som helst kunna ansöka om att bli kvalificerad.

Kriterierna och villkoren för urval får vid behov uppdateras. Berörda leverantörer skall underrättas om de ändringar som gjorts.

11 kap. 11 § F-lagen

I paragrafen anges att om en konkurrensutsättning sker med hjälp av en annons om ett kvalificeringssystem skall anbudsgivarna i ett selektivt förfarande eller deltagarna i ett förhandlat förfarande väljas ut bland de anbudssökande som kvalificerat sig enligt detta system. Regleringen leder till frågan om en upphandlande enhet som upprättat ett sådant system också måste tillämpa detta eller om enheten i varje enskilt fall har möjlighet att välja att upphandla enligt grundförfarandet. Detta bör klargöras under den fortsatta beredningen.

11 kap. 12 – 14 §§ F-lagen

Enligt 11 kap. 12 § första stycket F-lagen skall vid ett öppet förfarande en upphandlande enhet ange urvalskriterier enligt objektiva regler och kriterier som är tillgängliga för de berörda leverantörerna. Innebörden av bestämmelsen är oklar. Vad som avses bli reglerat torde vara att urvalskriterierna skall vara tillgängliga för presumtiva leverantörer. Detta kan lämpligen uttryckas så att en upphandlande enhet skall se till att urvalskriterierna är tillgängliga för presumtiva leverantörer.

I 11 kap. 12 § andra stycket F-lagen sägs att om urvalskriterierna innefattar krav rörande leverantörernas ekonomiska och finansiella kapacitet, tekniska förmåga eller yrkeskunnande, skall 8 § tillämpas. I K-lagen talas i detta sammanhang (11 kap. 11 §) om tekniska och yrkesmässiga kapacitet istället för som här tekniska förmåga eller yrkeskunnande. En enhetlig terminologi bör användas. Vidare torde alla bestämmelser om att en leverantör har rätt att åberopa annans kapacitet kunna samlas i en bestämmelse. Det kan ifrågasättas om det föreslagna tredje stycket i 11 kap. 12 §, som anger det självklara kravet att om andra företags resurser åberopas, skall dessa vara

tillgängliga vid fullgörandet av det aktuella kontraktet. Om så bedöms vara fallet kan stycket föras till den nämnda bestämmelsen.

I 11 kap. 14 § F-lagen föreskrivs att de kriterier och regler som anges i 11 kap. 12 och 13 §§ skall, i den utsträckning som framgår av 10 kap., innefatta grunder för uteslutning. Detta skulle enligt Lagrådets mening med fördel kunna sägas direkt i 11 kap.12 respektive 13 §, varefter 11 kap. 14 § kan utgå.

I 11 kap.13 § F-lagen föreskrivs att en upphandlande enhet vid selektivt eller förhandlat förfarande skall välja ut anbudssökande enligt de objektiva regler och kriterier som den har angett och som är tillgängliga för de berörda leverantörerna. Detta skulle i enlighet med vad Lagrådet tidigare anfört kunna uttryckas så att en upphandlande enhet skall välja ut eller utesluta leverantörer enligt de kriterier och grunder som enheten angett och gjort tillgängliga för berörda leverantörer.

En fråga som de här berörda paragraferna ger upphov till är varför inte motsvarande reglering om att urvalskriterierna också skall omfatta kriterier för uteslutning behövs inom K-direktivets tillämpningsområde. I K-lagen (jfr 11 kap. 1 §) sägs i stället att den upphandlande myndigheten, innan kontrakt tilldelas enligt 12 kap., skall kontrollera lämpligheten hos de leverantörer som inte har uteslutits enligt 10 kap. 1 och 2 §§ och att denna kontroll skall ske i enlighet med bl.a. bestämmelserna om ekonomisk och finansiell ställning samt yrkesmässig och teknisk kunskap eller kapacitet i 11 kap. 6–16 §§. Något krav på att uteslutningsgrunderna enligt 10 kap. skall annonseras eller på annat sätt göras tillgängliga för presumtiva leverantörer synes med andra ord inte finnas i K-lagen. Om denna skillnad är avsedd och i så fall varför bör klargöras under den fortsatta beredningen.

11 kap. 16 § F-lagen

Rubriken till 11 kap. 16 § F-lagen talar om "Ömsesidigt erkännande av administrativa, tekniska och ekonomiska villkor samt intyg, prover och bevis". Rubriken är förbryllande eftersom det knappast är fråga om något ömsesidigt erkännande.

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

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

Lagrådet är tveksamt till behovet av en sådan regel eftersom den endast torde utgöra en påminnelse om de grundläggande principer som framgår av bl.a. 1 kap. 24 § och 10 kap. F-lagen.

12 kap. K-lagen och 12 kap. F-lagen

I 12 kap. anges vilka grunder som skall tillämpas vid tilldelning av kontrakt, hur kriterier skall användas vid bedömning av anbud samt hur anbud, som är onormalt låga, skall behandlas.

12 kap. 2 § K-lagen och 12 kap. 2 § F-lagen

I 12 kap. 2 §, som handlar om viktning av kriterier, föreskrivs bl.a. att kriterieviktningen får anges som intervall med en lämplig största tillåtna spridning. Enligt Lagrådets uppfattning är det svårt att enbart med ledning av författningstexten komma fram till vilket handlingsutrymme den upphandlande enheten ges när det gäller

viktning av kriterier. Denna fråga bör därför belysas med några praktiska exempel i författningskommentaren.

Enligt 12 kap. 2 § F-lagen skall viktningen av kriterierna eller kriteriernas prioritetsordning anges också i en inbjudan att lämna anbud eller att delta i förhandlingar. Lagrådet ifrågasätter om inte sådan skyldighet bör föreskrivas också för upphandlande enhet enligt K-lagen.

12 kap. 3 och 4 §§ K-lagen och 12 kap. 3 och 4 §§ F-lagen

I paragraferna finns bestämmelser rörande hanteringen av onormalt låga anbud vid upphandling.

Av bestämmelserna framgår att bedömningen av ett anbud kan påverkas av att anbudsgivaren erhållit "statligt stöd". I detta sammanhang torde det nämnda begreppet vara mera omfattande än vad en strikt tolkning av ordalagen leder till. Med utgångspunkt i EG-fördraget art. 87.1 kan frågan ställas om här avses också t.ex. EU-stöd, kommunalt stöd och stöd av offentligt styrda organ. Detta bör enligt Lagrådets mening klargöras.

En upphandlande enhet får inte förkasta ett onormalt lågt anbud förrän anbudsgivaren fått tillfälle att komma in med förklaring. I 12 kap. 3 § ges ett antal exempel på vad myndighetens begäran om förklaring kan avse, bl.a. om anbudsgivaren kan utnyttja ekonomiskt fördelaktiga metoder eller tekniska lösningar eller ovanligt gynnsamma förhållanden för att fullgöra kontraktet.

I den angivna paragrafen anges ingen begränsning vad gäller myndighetens begäran om förklaring eller anbudsgivarens skyldighet att lämna uppgifter. Enligt Lagrådets mening kan de knappast tillåtas gå så långt att anbudsgivarens uppgifter skulle vara ägnade att medföra skada för denne i konkurrenshänseende [jfr lagen

(1990:409) om skydd för företagshemligheter]. Denna frågeställning bör belysas i kommentaren.

Enligt en annan punkt i 12 kap. 3 § kan en begäran om förklaring gälla originaliteten i de varor, tjänster eller byggentreprenader som föreslås av anbudsgivaren. Innebörden av denna bestämmelse, närmare bestämt uttrycket "originaliteten", är inte alldeles klar. Direktiven i olika språkversioner ger inte heller någon ledning för tolkningen. Avses här bara skillnaden mellan original och kopia i varumärkesrättsligt hänseende eller avses uttrycket ha en vidare innebörd i detta sammanhang? Ett klagörande bör ske.

En begäran om förklaring kan vidare gälla om anbudsgivaren iakttar de bestämmelser om anställningsskydd och arbetsförhållanden som gäller på den ort där kontraktet skall fullgöras. Lagrådet finner inte skäl att i detta sammanhang gå in på frågan i vad mån t.ex. en utländsk anbudsgivare är skyldig att följa ortens bestämmelser i fråga om anställningsvillkor m.m. Den frågan kommer att belysas genom EG-domstolens prövning av det s.k. Laval-målet, (EG-domstolen C-341/05). Däremot förordar Lagrådet att uttrycket "bestämmelser om anställningsskydd och arbetsförhållanden" ersätts med "bestämmelser om arbetarskydd och arbetsförhållanden", som synes bättre anpassat till svensk arbetsrättslig terminologi.

Lagrådet vill vidare ifrågasätta om det inte skulle vara i god överensstämmelse med intentionerna i direktivet att bland förklaringarna ta upp en punkt som relateras till miljöskyddsintresset.

Enligt 12 kap. 3 § tredje stycket skall den upphandlande myndigheten i samråd med anbudsgivaren granska innehållet i anbudet med beaktande av de lämnade förklaringarna. Vilka krav som utifrån denna bestämmelse skall ställas på myndighetens hantering av ett upphandlingsärende framgår inte klart. Är den avsedda innebörden att anbudsgivaren skall ges tillfälle att

kommentera de synpunkter myndigheten kan tänkas ha på anbudet och förklaringarna, när dessa har kommit in från anbudsgivaren? Enligt Lagrådets mening behövs ett klargörande och en anpassning av lagtexten därefter.

Enligt 12 kap. 4 § skall en anbudsgivare som fått statligt stöd kunna visa att det är fråga om ett tillåtet stöd för att undvika att anbudet förkastas. Med utgångspunkt i vad som uppgetts vid föredragningen är det, enligt Lagrådets mening, mera klargörande att ange kravet på anbudsgivaren så att ...” det är fråga om ett med EG-fördraget förenligt stöd”...

13 kap. K-lagen

I 13 kap. K-lagen finns bestämmelser om den särskilda kategori av byggentreprenader som benämns byggkoncessioner och som karakteriseras av att åtminstone en del av ersättningen till leverantören utgörs av en rätt för denne att utnyttja den anläggning som skall uppföras. Bestämmelserna gäller byggkoncessioner med ett kontraktvärde av minst 5 278 000 euro, alltså samma tröskelvärde som för byggentreprenader.

Regleringen innebär bl.a. att det från den upphandlande myndighetens synpunkt ställs något lägre krav i fråga om annonsering och tidsfrister vid byggkoncessioner än vad som krävs vid byggentreprenader. Några skäl för dessa skillnader är inte redovisade.

En fråga är vilket regelsystem som skall tillämpas på byggkoncessioner i den mån de inte omfattas av specialregleringen i 13 kap. K-lagen.

För upphandling av byggkoncessioner under tröskelvärdet gäller enligt 1 kap. 2 § andra stycket 2 bestämmelserna i

15 kap., som är gemensamma för alla upphandlingar under tröskelvärdena. Detta kommer dock inte till klart uttryck i 15 kap. 1 §. Lagrådet återkommer till den frågan i kommentaren till 15 kap.

13 kap. 2 § K-lagen

Enligt den föreslagna paragrafen skall 13 kap. inte tillämpas på vissa upphandlingar av byggkoncessioner.

Att bestämmelserna i 13 kap. inte skall tillämpas i de fall som anges i 2 § följer redan av de i paragrafen angivna bestämmelserna i 1 kap. Dubbelreglering bör undvikas. Lagrådet förordar därför att paragrafen utgår och ersätts med en hänvisning i 1 § som kan utformas enligt följande. "Om inte annat följer av 1 kap. tillämpas bestämmelserna i detta kapitel"...

13 kap. 3 § K-lagen

Bestämmelserna om förhandsannonsering har inte gjorts tillämpliga på byggkoncessioner, varför hänvisningen i första stycket bör modifieras. Detsamma gäller om Lagrådets förslag i fråga om 7 kap. 7 § K-lagen följs.

13 kap. 5 § K-lagen

Enligt den föreslagna paragrafens första stycke får en upphandlande myndighet i förfrågningsunderlaget ange som villkor

1. att den som ansöker om att tilldelas en koncession skall lägga ut "minst 30 procent" av "koncessionsvärdet" på tredje man, med möjlighet för de sökande att öka denna andel, eller
2. att sökandena i sina anbud anger hur stor andel av koncessionens totala värde som de avser att lägga ut på tredje man.

Paragrafens innehåll ger enligt Lagrådet anledning till flera frågor. En av dem är varför i författningstexten talas om "koncessionsvärdet" när tidigare i kapitlet använts "värdet av kontraktet" och liknande (jfr 13 kap. 1 § K-lagen). Frågan är om någon skillnad i innebörd mellan de båda uttrycken är avsedd. Om så inte är fallet bör en enhetlig terminologi eftersträvas för att innebörden skall bli så tydlig som möjligt. En annan sak som kan framstå som något förbryllande är kombinationen av en fakultativ regel som innehåller en del med villkor om att den sökande skall lägga ut minst 30 % av koncessionsvärdet på tredje man med en del där koncessionshavaren kan ha möjlighet att öka på en sådan andel. Om villkoret formuleras som minst en viss procentandel har ju koncessionshavaren alltid möjlighet att öka andelen. En fråga i sammanhanget är om koncessionshavaren i dessa fall alltid skall ha obegränsad möjlighet att lägga ut koncessionsvärdet på tredje man och därmed, i ytterlighetsfall, kunna reducera sig själv till en ren mellanhand. Ytterligare en fråga är varför paragrafen inte ger utrymme för myndigheten att ställa villkor om att en mindre andel av koncessionsvärdet, t.ex. 20 %, skall läggas ut på tredje man. Direktivens olika språkversioner synes inte överensstämma helt på denna punkt. I den svenska versionen förekommer uttrycket "upp till minst 30 %", vilket i och för sig framstår som något motsägelsefullt, medan vissa andra versioner stämmer närmare överens med den föreslagna lagtexten. Enligt Lagrådets mening måste det här klargöras vad som skall gälla och lagtexten anpassas efter detta.

13 kap. 6 § K-lagen

Det framgår av förslaget till denna paragraf att om den som tilldelas en byggkoncession är en upphandlande myndighet, som i sin tur avser att lägga ut arbeten på tredje man, så skall bestämmelserna om upphandling av offentliga byggtreprenadkontrakt gälla för den upphandlande myndigheten.

Eftersom det som sägs i paragrafen enligt Lagrådets mening torde följa redan av lagens allmänna bestämmelser bör bestämmelsen kunna utgå.

13 kap. 7 och 8 §§ K-lagen

Av föreslagna 13 kap. 7 § följer att om byggkoncessionshavaren inte är en upphandlande myndighet skall den myndighet som upphandlat byggkoncessionen i kontraktet ta in villkor om annonsering, om koncessionshavaren i sin tur avser att upphandla en byggtreprenad av visst angivet slag.

Vad som sägs i 13 kap. 7 § andra stycket första meningen och tredje stycket följer redan av 1 §. Dessa delar av 7 § bör därför utgå.

Liknande bestämmelser föreslås i 13 kap. 8 § när det gäller tidsfrister. I denna talas om villkor, men däremot inte på samma sätt som i 13 kap. 7 § om att villkor skall föreskrivas, trots att detta enligt vad Lagrådet förstår torde vara avsikten.

Dessutom skulle båda paragraferna tjäna på en språklig bearbetning under den fortsatta beredningen av lagstiftningsärendet, där det också bör övervägas som ett alternativ att i föreslagna 13 kap. 7 § inarbeta innehållet i 13 kap. 8 §, t.ex. enligt följande mönster.

Om den som tilldelas en byggkoncession inte är en upphandlande myndighet skall kontraktet innehålla villkor om att koncessionshavaren, om han avser att tilldela tredje man ett byggtreprenadkontrakt som har ett värde av minst 5 278 000 euro, skall annonsera sådan upphandling och ange tidsfrister enligt andra och tredje styckena.

Annonseringen skall ske enligt föreskrifterna i 7 kap. 1, 7-9, 11 och 12 §§. Annonsering krävs dock inte i sådana fall då en upphandlande myndighet enligt 4 kap. 6 eller 8 § har fått använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering.

Tidsfrister för att komma in med anbudsansökningar och anbud skall anges enligt 8 kap. 3 §. Bestämmelserna och förkortning av tidsfrister i 8 kap. 5 och 6 §§ samt om förlängning av tidsfrister i 8 kap. 7 § skall tillämpas på motsvarande sätt.

14 kap. K-lagen och 13 kap. F-lagen

De båda kapitlen innehåller likartade bestämmelser om projekttävlingar. I stor utsträckning innebär bestämmelserna att de principer om upphandling som lagts fast i andra kapitel i de båda lagarna också skall gälla beträffande projekttävlingar. Åtskilliga av bestämmelserna synes därför med fördel kunna utgå och eventuellt ersättas med hänvisningar till andra bestämmelser. Om, såsom Lagrådet förordat (se inledningen), alla bestämmelser om den reglerade upphandlingen samlas i en lag måste vid den fortsatta beredningen övervägas i vilken mån det behövs bestämmelser om projekttävlingar, som skall gälla endast inom ett upphandlingsområde. Vidare måste i detta sammanhang övervägas i vilken utsträckning det verkligen behövs speciella regler för projekttävlingar.

14 kap. 2 § K-lagen och 13 kap. 2 § F-lagen

Paragraferna föregås av rubriken "Undantagna projekttävlingar". I 14 kap. 2 § K-lagen anges till en början att bestämmelserna i kapitlet inte skall tillämpas på projekttävlingar som omfattas av F-lagen. Detta synes redan ha reglerats i 1 kap. 3 § 1 K-lagen. Vidare föreskrivs att bestämmelserna inte skall tillämpas på projekttävlingar som är undantagna från F-lagens tillämpningsområde. Även detta synes redan ha reglerats i 1 kap. 3 § 2 K-lagen. Dessutom anges att bestämmelserna inte skall tillämpas på projekttävlingar som anordnas i sådana fall som avses i 1 kap. 2 § andra stycket 3 och 4 samt 13, 14 och 23 §§ F-lagen. De fall som avses torde dock redan

ha undantagits från K-lagens tillämpningsområde genom de specifika undantag från tillämpningsområdet som anges i lagens första kapitel. I paragrafens andra stycke anges slutligen att undantaget i första stycket för projekttävlingar som omfattas av F-lagens tillämpningsområde inte gäller projekttävlingar som anordnas av en upphandlande myndighet som tillhandahåller tjänster som avses i 1 kap. 9 § F-lagen (dvs. posttjänster). Frågan om vilken lag som gäller beträffande posttjänster synes redan uttömmande ha reglerats i andra bestämmelser i de föreslagna lagarna (se 1 kap. 3 § andra stycket K-lagen, punkt 3 av ikraftträdandebestämmelserna till samma lag och punkt 2 av ikraftträdandebestämmelserna till F-lagen).

Den rubricerade paragrafen i F-lagen synes på samma sätt ange att bestämmelserna i kapitlet inte skall tillämpas i ett antal fall som redan har undantagits från lagens tillämpningsområde genom andra bestämmelser i lagen.

Enligt Lagrådets mening bör, mot den angivna bakgrunden, de båda paragraferna kunna utgå.

14 kap. 3 § K-lagen och 13 kap. 3 och 4 §§ F-lagen

I 14 kap. 3 § K-lagen och 13 kap. 4 § F-lagen anges att reglerna för en projekttävling skall hållas tillgängliga för var och en som är intresserad av att delta samt att rätten att delta inte får begränsas till deltagare hemmahörande i ett visst EES-land eller i en viss geografisk del av ett sådant land. Vidare anges att deltagandet inte får begränsas så att endast fysiska eller endast juridiska personer får delta.

Vad som anges i dessa paragrafer synes endast ge uttryck för de allmänna principer om upphandling som anges i 1 kap. 9 § och 10 § första stycket K-lagen och 1 kap. 24 § F-lagen.

I 13 kap. 3 § F-lagen sägs att projekttävlingar skall anordnas med tillämpning av de förfaranden som anges i lagen.

De tre paragraferna innehåller således i princip endast hänvisningar till vad som redan föreskrivits i andra bestämmelser. Lagrådet ifrågasätter därför om dessa bestämmelser behövs.

14 kap. 4 § K-lagen och 13 kap. 5 § F-lagen

I paragraferna anges de tröskelvärden som skall gälla vid projekttävlingar. Frågan om tröskelvärdenas reglering har tidigare kommenterats i anslutning till de allmänna bestämmelserna om tröskelvärden.

14 kap. 5 och 6 §§ K-lagen och 13 kap. 6 och 7 §§ F-lagen

I de första meningarna i 14 kap. 5 § K-lagen respektive 13 kap. 6 § F-lagen anges att tröskelvärdet vid projekttävlingar skall beräknas till värdet av tjänstekontraktet exklusive mervärdesskatt. Att tröskelvärden skall beräknas exklusive mervärdesskatt synes vara en allmänt gällande princip som gäller för alla de i lagarna angivna tröskelvärdena. Om en bestämmelse med detta innehåll kan anses behövlig bör den därför placeras i det kapitel som särskilt behandlar tröskelvärden (se 3 kap. i respektive lagförslag). Paragrafernas andra meningar, som anger att värdet av de priser och ersättningar som skall betalas till deltagarna skall inräknas vid beräkningen av tröskelvärdet, kan enligt Lagrådets mening med fördel inarbetas i de följande paragraferna (14 kap. 6 § K-lagen och 13 kap. 7 § F-lagen), som behandlar beräkningen av tröskelvärdet vid projekttävlingar. Dessa paragrafer bör därvid ges en enhetlig utformning.

14 kap. 7 § K-lagen och 13 kap. 8 § F-lagen

I bestämmelserna, som är likadant utformade, anges att deltagarantalet i projekttävlingar får begränsas, att den upphandlande enheten skall ange entydiga och icke-diskriminerande kriterier för urvalet samt att antalet deltagare som inbjuds skall vara så stort att "verklig konkurrens" uppnås.

Vid den fortsatta beredningen bör övervägas om det finns behov av att här ange att kriterierna skall vara entydiga och icke-diskriminerande, vilket följer av de allmänna principer som gäller för upphandling. När det gäller frågan om uttryckssättet "verklig konkurrens" hänvisas till vad Lagrådet anfört under 4 kap. 5 § K-lagen.

14 kap. 8 § K-lagen och 13 kap. 9 § F-lagen

Beträffande dessa båda paragrafer anser Lagrådet att det är en fördel om första och andra meningarna skrivs ihop enligt följande.

"En upphandlande enhet som avser att anordna en projekttävling skall annonsera tävlingen och resultatet av denna".

14 kap. 9 § K-lagen och 13 kap. 10 § F-lagen

Paragraferna behandlar kommunikation och information. Båda lagförslagen innehåller bestämmelser om kommunikation, information och dokumentation i 9 kap. i respektive lag. Enligt Lagrådets mening bör de rubricerade bestämmelserna – liksom andra bestämmelser i de aktuella kapitlen – med fördel kunna ersättas med *en* bestämmelse om att ett antal uppräknade bestämmelser i lagen skall tillämpas på motsvarande sätt på projekttävlingar.

14 kap. 13 § K-lagen

Om det anses att det behövs en erinran i det aktuella kapitlet om att det finns en bestämmelse i 4 kap. 9 § K-lagen som också reglerar vad som skall gälla vid projekttävlingar, bör detta göras genom en bestämmelse som anger detta och inte genom en bestämmelse som den nu föreslagna, som anger att för tjänstekontrakt som följer på en projekttävling får en upphandlande myndighet tillämpa bestämmelserna i 4 kap. 9 § K-lagen, vilket redan föreskrivits i den paragrafen.

14 kap. F-lagen

Bestämmelserna i 14 kap. F-lagen innebär att en upphandlande enhet i vissa fall får och i andra fall (om anbud enligt 14 kap. 3 § första stycket skall anses likvärdiga) skall gynna anbud som omfattar varor med ursprung i gemenskapen eller i ett tredje land som slutit avtal med gemenskapen, vilket tillförsäkrar företag från gemenskapen jämförbart och faktiskt tillträde till marknaden i detta land.

Lagrådet noterar att K-lagen inte innehåller några motsvarande bestämmelser och att något skäl för denna skillnad inte har redovisats.

Enligt F-direktivet (art. 58.1) skall dessa bestämmelser inte påverka avtal som gemenskapen eller en medlemsstat har med tredje land. Detta kommer dock inte till klart uttryck i de föreslagna bestämmelserna. Särskilt som dessa i vissa fall (14 kap. 3 §) är tvingande bör, enligt Lagrådets mening, denna reservation komma till uttryck i lagtexten, t.ex. genom ett andra stycke i 14 kap. 1 § av följande lydelse (jfr 4 kap. 29 § andra meningen LOU).

Bestämmelserna i 1 och 2 §§ tillämpas inte om annat följer av åtaganden som gemenskapen eller Sverige har med tredje land.

14 kap. 2 § F-lagen

Enligt den föreslagna lagtexten skall andelen varor med ursprung i tredje land bestämmas "enligt rådets förordning (EEG) nr 2913/92 av den 12 oktober 1992 om inrättande av en tullkodex för gemenskapen, senast ändrad genom Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 648/2005".

Enligt Lagrådets mening borde det vara möjligt, liksom sker vid hänvisning i lagtext till annan författning i SFS, att begränsa hänvisningen till EG:s grundförfattning, underförstått i dess gällande lydelse. Om så sker behövs ingen ändring i den svenska upphandlingslagstiftningen enbart av det skälet att EG:s tullkodex ändras på ovan angivet sätt.

14 kap. 3 § F-lagen

Lagrådet förordar att första stycket ges följande lydelse.

Om prisskillnaden mellan två eller flera anbud inte är större än tre procent och anbuden i övrigt är likvärdiga vid en bedömning enligt 12 kap. 1 §, skall företräde ges anbud som inte kan förkastas med stöd av 2 §, om inte annat följer av andra stycket.

Lagrådet vill vidare ifrågasätta om andra stycket behövs. Om någon av punkterna 1 – 3 är tillämpliga på ett anbud torde det, åtminstone från den upphandlande enhetens synpunkt, inte vara likvärdigt med anbud som inte kan hänföras till någon av de angivna punkterna.

15 kap. K-lagen och 15 kap. F-lagen

I 15 kap. i respektive lag finns bestämmelser om sådan upphandling som inte omfattas av direktiven, dvs. väsentligen upphandling under

tröskelvärdena och upphandling av B-tjänster. Dessa bestämmelser har behandlats i Upphandlingsutredningens andra etapp och utredningen har redovisat sina överväganden i det slutbetänkande som för närvarande är under beredning i Regeringskansliet. Ändringarna som föreslås i den här aktuella lagrådsremissen är i huvudsak begränsade till nödvändiga anpassningar till lagförslaget i övrigt. Också Lagrådets granskning har anpassats efter dessa förutsättningar.

Lagförslagets första 14 kapitel handlar om upphandlingar som ligger över vissa tröskelvärden och därför omfattas av upphandlingslagstiftningens förhållandevis omfattande och komplicerade regelverk. Bestämmelserna i 15 kap. har fått karaktären av en lag i lagen. I kapitlet upprepas i stort sett genomgående innehållet i bestämmelser som finns i tidigare kapitel. Detta sker i en del fall som ett upprepande av det materiella innehållet i tidigare paragrafer och i andra fall genom en hänvisning till sådana paragrafer.

Enligt vad som uppgetts under föredragningen regleras ca 95 % av antalet offentliga upphandlingar (motsvarande ca 80 % av upphandlat värde) av bestämmelser motsvarande dem som enligt förslaget tas in i 15 kap. Särskilt med tanke på detta bör frågan ställas om det inte skulle vara en betydande fördel för tillämparna om förfarandet styrdes av en fullständig reglering i lagen i stället för som i förslaget till stor del genom hänvisningar till andra bestämmelser i andra kapitel i samma lag.

En annan härmed sammanhängande fråga är kapitlets förhållandevis undanskymda placering. Ett alternativ som bör prövas är att redan efter de två inledande kapitlen ta in de materiella bestämmelserna som gäller upphandlingar som ligger under tröskelvärdena och andra upphandlingar som inte omfattas av direktiven (B-tjänster). Härfter kan följa bestämmelserna för de upphandlingar som ligger över tröskelvärdena och avslutningsvis de

bestämmelser som är gemensamma för de båda huvudgrupperna av upphandlingar.

Lagrådet övergår här efter till att kommentera de i kapitlet föreslagna paragraferna.

15 kap. 1 § K-lagen och 15 kap. 1 § F-lagen

De föreslagna paragraferna, som anger kapitlets tillämpningsområde, utgör enligt Lagrådets mening en dubbelreglering, eftersom innehållet redan finns i förslagets 1 kap. 2 §. För att undvika dubbelregleringen kan 15 kap. 1 § omformuleras som en hänvisning till nämnda lagrum. Paragrafen kan ges följande lydelse.

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

Vidare kan man av paragrafernas ordalydelse få intrycket att 15 kap. inte gäller för upphandlingar under tröskelvärdena när upphandlingarna avser byggkoncessioner (13 kap. K-lagen). Inte heller synes klart framgå vad som gäller i fråga om ramavtal under tröskelvärdena. Avsikten torde möjligen vara att även sådana upphandlingar skall omfattas av bestämmelserna i 15 kap. Hur det förhåller sig bör enligt Lagrådets uppfattning klargöras och ges tydligt uttryck i lagtexten.

15 kap. 2 § K-lagen och 15 kap. 2 § F-lagen

De första och andra styckena i de föreslagna paragraferna innehåller en beskrivning av vilka bestämmelser i detta och övriga kapitel som skall vara tillämpliga på här aktuella slag av upphandlingar. Tredje stycket utgör en handlingsregel för en upphandlande myndighet att iaktta vid annonsering om upphandling.

Lagrådet förordar att första stycket ges följande lydelse för K-lagen. (Motsvarande hänvisningar för försörjningsområdet bör avse 1 och 2 kap., 6 kap. 9 § samt 16 kap. 1–10 §§.)

”Vid offentlig upphandling enligt detta kapitel tillämpas även 1 och 2 kap., 6 kap. 9 § och 16 kap.”

Vidare har, enligt Lagrådets mening, tredje stycket fått en utformning som medfört att innebörden blivit något oklar. Lagrådet föreslår därför följande lydelse för K-lagen. (Motsvarande hänvisning inom försörjningsområdet bör avse 7 kap. 13 – 18 §§.)

”Om en upphandlande myndighet publicerar en annons om upphandling, skall myndigheten iaktta vad som anges i 7 kap. 8-13 §§.”

15 kap. 3 § K-lagen och 15 kap. 3 § F-lagen

I de föreslagna paragrafernas andra stycken sägs att direktupphandling får användas om ”kontraktets värde är lågt” eller om det finns ”synnerliga skäl”. Även i andra paragrafer i kapitlet förekommer uttryck där ordet ”lågt” ingår i likartade sammanhang. Vare sig av författningstexten eller av lagrådsremissen i övrigt synes framgå närmare vad som avses med uttrycken (jfr dock prop. 2001/02:142 s. 99 beträffande uttrycket ”synnerliga skäl” i motsvarande paragraf i LOU). Enligt Lagrådets mening bör dessa gränsdragningsfrågor ytterligare belysas under den fortsatta beredningen av lagstiftningsärendet, bl.a. genom exemplifiering i författningskommentaren

15 kap. 11 § K-lagen och 15 kap. 11 § F-lagen

Förslagen handlar om en anbudsgivares bundenhet av sitt anbud i förhållande till den upphandlande.

Lagrådet hänvisar till kommentaren till 9 kap. 11 § K-lagen.

15 kap.15 § K-lagen och 15 kap. 15 § F-lagen

De föreslagna paragraferna handlar om kontroll och uteslutning av leverantörer.

Paragraferna ger enligt Lagrådet anledning till flera frågor. En första fråga är vad som gäller om en leverantör dömts för brott som innefattar gärning som avses i 10 kap. 1 § i respektive lag. Är den upphandlande myndigheten skyldig att utesluta leverantören och får en upphandlande enhet utesluta honom. Det måste klargöras vad som skall gälla och detta måste komma till uttryck i lagtexten.

Ytterligare en fråga är om inte de i paragraferna föreslagna granskningsmomenten kan innebära en särbehandling av svenska leverantörer, jämfört med leverantörer som kommer från andra EES-länder. Den registerkontroll som skall ske enligt andra stycket enligt punkterna 1 och 2 tar sikte på rent svenska förhållanden, likaså den kontroll som enligt punkten 3 skall ske av betalning av skatter m.m., som avser endast svenska skatter och socialförsäkringsavgifter. Vad avses gälla i fråga om motsvarande kontroll av leverantörer från andra EES-stater?

Enligt Lagrådets mening bör dessa frågor besvaras under den fortsatta beredningen av lagstiftningsärendet och ställningstagandena komma till uttryck i lagtexten.

15 kap. 16 § K-lagen och 15 kap. 16 § F-lagen

I de föreslagna paragraferna behandlas krav på registrering av en leverantör. En upphandlande enhet skall enligt förslaget inte få anta ett anbud, om leverantören inte är registrerad i register som avses i

15 kap. 15 § andra styckena, under förutsättning att registreringskyldighet föreligger.

Av samma skäl som Lagrådet har anfört i kommentaren till 15 kap. 15 § torde bestämmelserna innebära att en svensk leverantör kan komma att särbehandlas i förhållande till en leverantör från en annan EES-stat, vilket självfallet inte skall komma ifråga.

15 kap. 19 § K-lagen och 15 kap. 19 § F-lagen

Paragraferna innehåller bestämmelser om alternativa grunder för antagande av anbud vid upphandling.

Enligt paragrafernas tredje stycken skall kriterieviktning eller prioritetsordning anges i annonsen om upphandling eller i förfrågningsunderlaget. Vid en jämförelse med andra motsvarande paragrafer inställer sig frågan varför ett sådant angivande inte kan få ske i inbjudan till anbudsansökan. Denna fråga bör belysas under den fortsatta beredningen av lagstiftningsärendet.

15 kap. 20 § K-lagen och 15 kap. 20 § F-lagen

I de föreslagna paragraferna behandlas frågan om anbud som är "onormalt lågt". Paragraferna torde ha utformats med bl.a. delar av 12 kap. 3 § K-lagen och 6 kap. 12 § LOU som förebild.

Av lagrådsremissen framgår inte varför de bestämmelser om kommunikation och samråd som föreslås i 12 kap. 3 § i respektive lag, inte är motiverade också när det gäller upphandlingar av nu aktuellt slag. Vidare har uttrycket "onormalt lågt", som i och för sig överensstämmer med motsvarande bestämmelse i 12 kap. 3 §, ersatt det i 6 kap. 12 § LOU använda uttrycket "orimligt lågt". Det har inte klargjorts om någon saklig skillnad är avsedd och vad den i så fall innebär. Det bör noteras i sammanhanget att denna fråga inte är

direktivbunden. Enligt Lagrådets mening bör de här aktualiserade frågeställningarna belysas ytterligare under den fortsatta beredningen av lagstiftningsärendet.

I övrigt hänvisas till Lagrådets kommentar till 12 kap. 3 § K-lagen.

15 kap. 21 § K-lagen och 15 kap. 21 § F-lagen

De föreslagna paragraferna handlar om dokumentation av beslut i upphandlingsärenden. Bl.a. sägs att skälen för beslut inte behöver antecknas vid tilldelning av kontrakt som avser "lågt värde".

I fråga om vad som avses med "lågt värde", hänvisas till Lagrådets kommentar till 15 kap. 3 § K-lagen.

15 kap. 22 § K-lagen och 15 kap. 22 § F-lagen

I de föreslagna paragraferna behandlas frågor om underrättelseskyldighet vid beslut rörande upphandling.

Enligt Lagrådets mening är det lämpligt att i andra styckena uttryckligen ange vilka typer av upphandlingar som avses där.

15 kap. 23 § K-lagen och 15 kap. 23 § F-lagen

De föreslagna paragraferna handlar om förvaring av handlingar i ett upphandlingsärende.

Av förslaget framgår inte om handlingarna någonsin får gallras i de fall detta inte heller regleras av den allmänna arkivlagstiftningen eller av lagstiftningen om redovisning. Denna fråga bör enligt Lagrådets mening närmare belysas under den fortsatta beredningen av lagstiftningsärendet (jfr Lagrådets kommentar till 9 kap. 13 § K-lagen).

15 kap. 26 § K-lagen och 15 kap. 26 § F-lagen

Paragraferna handlar om projekttävlingar.

Ett uttryck som används i bestämmelserna är "tävlingen avser lågt värde". Enligt Lagrådets mening bör under den fortsatta beredningen klargöras vad som konkret avses med detta uttryck och författningstexten justeras härefter (jfr även Lagrådets kommentar till 15 kap. 3 § K-lagen.)

16 kap. K-lagen och 16 kap. F-lagen

Av lagrådsremissen framgår att bestämmelserna om överprövning, skadestånd m.m. i 7 kap. LOU har varit föremål för en översyn av Upphandlingsutredningen. Dess förslag har redovisats i slutbetänkandet Nya upphandlingsregler (SOU 2006:28). Beredningen av detta betänkande har ännu inte avslutats. Vidare har uppgetts att kommissionen har utarbetat ett förslag till rättsmedelsdirektiv, som innefattar ändringar i de båda nu gällande rättsmedelsdirektiven. Detta förslag behandlas för närvarande i en rådsarbetsgrupp. Mot denna bakgrund har i förevarande kapitel föreslagits bestämmelser som i huvudsak överensstämmer med bestämmelserna i 7 kap. LOU. I princip har endast sådana ändringar föreslagits som är nödvändiga för att anpassa regleringen till de nya lagarna.

Lagrådet utgår från att de oklarheter som föreligger i fråga om t.ex. överprövning av upphandling som skett genom ramavtal (remissen s. 170) kommer att behandlas i beredningen av slutbetänkandet och det nya rättsmedelsdirektivet.

16 kap. 5 § K-lagen och 16 kap. 6 § F-lagen

I författningskommentaren anges endast att paragraferna överensstämmer med eller motsvarar 7 kap. 6 § LOU. Tillämpningen av den paragrafen har belysts i rättstillämpningen (se bl.a. NJA 1998 s. 873 och 2000 s. 712). Kommentaren bör kompletteras med en hänvisning till rättspraxis.

16 kap. 7 § F-lagen

I paragrafen, som inte har någon motsvarighet i den föreslagna K-lagen, anges att en anbudsgivare eller anbudssökande är berättigad till ersättning för kostnader för att förbereda anbud och i övrigt delta i upphandlingen, om åsidosättandet av bestämmelserna i denna lag menligt har påverkat hans eller hennes möjligheter att tilldelas kontraktet. Vid den fortsatta beredningen bör övervägas om denna bestämmelse behövs mot bakgrund av den praxis som utvecklats i anslutning till tillämpningen av 7 kap. 6 § LOU och som har redovisats ovan i kommentaren till 16 kap. 5 § K-lagen. Om så bedöms vara fallet bör frågan om bestämmelsens räckvidd och relation till 16 kap. 6 § F-lagen belysas i författningskommentaren. Likaså bör övervägas om det, mot bakgrund av HD:s ställningstagande i rättsfallet NJA 2000 s. 712, i förtydligande syfte bör föreskrivas motsvarande för klassiska sektorn

Övergångsbestämmelserna

Enligt övergångsbestämmelserna är den tidpunkt då en upphandling påbörjas avgörande för om gammal eller ny lag skall tillämpas. I kommentaren bör klargöras när en upphandling anses påbörjad.

Enligt Lagrådets mening är del av punkt 3 i övergångsbestämmelserna till K-lagen överflödiga och kan utgå. Jfr Lagrådets kommentar till 1 kap. 3 § K-lagen.

Förslaget till lag om ändring i lagen om medbestämmande i arbetslivet

39 §

De föreslagna hänvisningarna till 12 kap. 2 § K-lagen och 16 kap. 3 § F-lagen är förbryllande.

I 39 § föreskrivs en begränsning av en arbetstagarorganisations vetorätt i samband med upphandlingar. Den får grundas endast på sådana omständigheter som sägs i 1 kap. 17 § eller 6 kap. 9–11 §§ LOU, dvs. omständigheter som kan utgöra grund för att utesluta en leverantör från en upphandling.

Lagrådet utgår från att en arbetstagarorganisations vetorätt, med den upphandlingslagstiftning som nu föreslås, skall kunna grundas antingen på sådana omständigheter som skall leda till att en leverantör utesluts från en upphandling eller på omständigheter som kan leda till uteslutning. Vidare utgår Lagrådet från att motsvarande bestämmelser skall tillämpas vid upphandling enligt 15 kap. i de föreslagna lagarna.

Med nu angivna utgångspunkter bör hänvisning i 39 och 40 §§ ske dels till 10 kap. 2 § samt 15 kap. 15 § K-lagen, dels till 10 kap. 2 och 3 §§ samt 15 kap. 15 § F-lagen.

Förslaget till lag om ändring i lagen (1994:615) om ingripande mot otillbörligt beteende avseende offentlig upphandling

Hänvisningen i 2 § till 2 kap. 23 § i F-lagen är överflödigt och kan utgå.

Övriga lagförslag

Lagrådet lämnar förslagen utan erinran.