

LAGRÅDET

Utdrag ur protokoll vid sammanträde 2010-03-16

Närvarande: F.d. justitierådet Staffan Magnusson, f.d. regeringsrådet Lars Wennerström och regeringsrådet Eskil Nord.

Nya rättsmedel m.m. på upphandlingsområdet

Enligt en lagrådsremiss den 17 december 2009 (Finansdepartementet) har regeringen beslutat att inhämta Lagrådets yttrande över förslag till

1. lag om ändring i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
2. lag om ändring i lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster,
3. lag om ändring i offentlighets- och sekretesslagen (2009:400).

Förslagen har inför Lagrådet föredragits av departementsrådet Gunilla Hulting samt rättssakkunniga Anneli Berglund Creutz och Maria Ringvall.

Förslagen föranleder följande yttrande av Lagrådet:

Lagrådsremissen innehåller förslag till ändringar i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, och i lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, LUF, och en följdändring i offentlighets- och sekretesslagen

(2009:400). Förslagen innehåller bestämmelser om nya rättsmedel och det nya upphandlingsförfarandet konkurrenspräglad dialog. Vidare innehåller remissen bestämmelser om s.k. elektronisk auktion som kan användas som avslutning på vissa av de befintliga förfarandena och en bestämmelse om möjligheterna att ta miljöhänsyn och sociala hänsyn vid upphandling.

Genom lagförslagen om upphandling genomförs bestämmelser i Europaparlamentets och rådets direktiv av den 31 mars 2004, 2004/18/EG (det klassiska direktivet) och Europaparlamentets och rådets direktiv av den 31 mars 2004, 2004/17/EG (försörjningsdirektivet) samt genomförs i svensk rätt också Europaparlamentets och rådets direktiv 2007/66/EG av den 11 december 2007 om ändring av rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG vad gäller effektivare förfaranden för prövning av offentlig upphandling (ändringsdirektivet).

Lagförslagen föreslås bli inarbetade i LOU och LUF med bibehållande av den struktur som dessa lagar getts och har getts en språklig utformning som nära ansluter till de direktivbestämmelser som förslagen bygger på. En sådan lagstiftningsteknik har Lagrådet i flera lagstiftningsärenden haft anledning att ifrågasätta eftersom den har den nackdelen att förekommande oklarheter i direktivtexten också överförs till den svenska lagtexten (jfr bl.a. Lagrådets yttrande i prop. 2006/07:128 del 2 s. 594 f). Lagstiftningstekniken får dock numera anses allmänt vedertagen men Lagrådet vill ändå inledningsvis understryka att tekniken många gånger förutsätter att lagstiftaren genom olika exempel närmare utvecklar sin syn på de oklarheter som kan föreligga samt undersöker hur oklarheterna hanterats i andra medlemsstater, hur de behandlas i kommissionens olika publikationer och inte minst i EU-domstolens avgöranden.

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

1 kap. 9 a §

I paragrafen anges bl.a. att en upphandlande myndighet bör beakta miljöhänsyn och sociala hänsyn i den utsträckning det är påkallat med hänsyn till upphandlingens art.

I författningskommentaren anges att bestämmelsen har karaktär av ett målsättningsstadgande. Enligt Lagrådets mening vore det en fördel om bestämmelsen kunde utformas mera i enlighet med den karaktär den sägs vara avsedd att ha. En möjlig formulering skulle kunna vara att myndigheten bör beakta miljöhänsyn och sociala hänsyn om upphandlingens art motiverar detta.

2 kap. 6 a §

Paragrafen innehåller en definition av elektroniska auktioner. I andra delen av definitionen finns en beskrivning av mer materiell karaktär, vars innehåll lämpligen lämpligen hör hemma i de inledande paragraferna i 5 a kap. Lagrådet återkommer i det följande till den frågan. Vad gäller förevarande paragraf skulle den då erhålla följande lydelse.

Med *elektronisk auktion* avses en upprepad process med hjälp av elektroniska medel för att presentera nya lägre priser eller nya värden för vissa delar av anbuden.

2 kap. 10 a §

Paragrafen innehåller en definition av konkurrenspräglad dialog. Även denna definition innehåller mer än vad som rätteligen hör till en

definition. Lagrådet föreslår att den föreslagna paragrafen avslutas med orden ”.. att delta i detta förfarande.” och att resterande del av texten överförs till 4 kap. 13 § (se Lagrådets förslag till ny lydelse av den paragrafen).

4 kap. 10–21 §§

I rubricerade paragrafer behandlas det nya upphandlingsförfarandet konkurrenspräglad dialog. Det framgår emellertid inte med tillräcklig tydlighet att dessa paragrafer endast rör detta förfarande. Enligt Lagrådets mening skulle denna otydlighet kunna avhjälpas genom att rubriken närmast före 10 § blir huvudrubrik och får lydelsen ”Konkurrenspräglad dialog” och att paragraferna i övrigt förses med underrubriker.

Vad sedan gäller bestämmelserna rörande den konkurrenspräglade dialogen är de inte helt lättillgängliga. Sammantaget med övriga bestämmelser som rör detta upphandlingsförfarande innebär de i stort sett följande. Den upphandlande myndigheten ska annonsera den konkurrenspräglade dialogen (12 §). De anbudssökande som valts ut med tillämpning av 10 och 11 kap. ska sedan bjudas in att delta i dialogen. En dialog som, mot bakgrund av de sekretesshänsyn som gör sig gällande i processen, ska föras individuellt med de olika anbudssökandena och med envar av dem fortgå så länge som behövs för att alla aspekter av respektive sökandes förslag till lösning blivit klarlagda (13 §). Den kan således komma att fortgå olika länge med olika sökande. Dialogen får genomföras i successiva steg för att begränsa antalet lösningar (14 §; jfr prop. 2006/07:128 del 1 s. 326 där motsvarande möjlighet vid förhandlat förfarande med föregående annonsering behandlas). Dialogen ska fortsätta till dess att myndigheten funnit den eller de lösningar som tillgodoser dess behov. Myndigheten ska då förklara dialogen avslutad med samtliga

anbudssökande eller, för det fall dialogen genomförs i successiva steg, de kvarvarande anbudssökandena och underrätta dessa om detta (15 §). Den upphandlande myndigheten ska därefter, såvida någon begränsning av antalet inte föreskrivits, uppmana samtliga de deltagande eller kvarstående "anbudssökandena" att lämna sina slutgiltiga anbud (16 §; i remissens lagförslag har av förbiseende begreppet anbudsgivare använts). Anbuderna ska i princip lämnas på grundval av den eller, där så medgetts, de lösningar som varje anbudssökande lagt fram och preciserat under dialogen. Efter värdering av anbuderna och i förekommande fall viss precisering och justering av dessa kan sedan, om upphandlingsförfarandet slutförs, ett tilldelningsbeslut meddelas (17–19 §§).

De nu redovisade bestämmelserna är relativt knapphändiga och framstår i flera avseenden som oklara. Det klassiska direktivet och den nu föreslagna lagtexten innehåller inte heller i övrigt några mer detaljerade regler rörande förutsättningarna för att tillämpa en konkurrenspräglad dialog och genomföra ett sådant upphandlingsförfarande. Det kan därför vara av värde om i samband med det fortsatta lagstiftningsarbetet, i högre grad än vad som redovisas i remissen, upphandlingsförfarandet närmare belyses och analyseras. En utgångspunkt kan därvid vara hur kommissionen i sina explanatory notes (Explanatory notes – competitive dialogue – classic directive) ser på olika frågeställningar och problemområden.

Till det nu sagda kan fogas ytterligare en möjlig oklarhet på grund av den kategoriska utformningen av 15 §. Det synes nämligen vara förutsatt att dialogen lyckas. Det är tänkbart att myndigheten i ett sådant fall inte avslutar dialogen, utan helt enkelt avbryter hela förfarandet. Lagrådet anser att det vore en fördel om t.ex. författningssamfundet kunde tillföras ett resonemang om denna sak.

4 kap. 12 §

Paragrafen bör förtydligas och lämpligen ges följande lydelse.

Om en upphandlande myndighet vill använda sig av en konkurrenspräglad dialog ska den i en annons eller ett beskrivande dokument ange detta och också ange sina behov och krav.

4 kap. 13 §

Med hänvisning till Lagrådets förslag avseende 2 kap. 10 a § föreslår Lagrådet att förevarande paragraf avslutas enligt följande.

Under dialogen får myndigheten diskutera alla aspekter av kontraktet med de utvalda anbudssökandena, för att nå fram till en eller flera lösningar som kan tillgodose myndighetens behov och utgöra grunden för de anbud som de utvalda anbudssökandena bjuds in att lämna.

4 kap. 15 §

Enligt vad som föreskrivs i paragrafen ska anbudssökandena underrättas om ett beslut att förklara dialogen avslutad. Upphandlingsutredningen hade föreslagit att en upphandlande myndighet skulle vara skyldig att underrätta anbudssökandena om flera beslut under förfarandet, bl.a. beslut om att välja ut vissa leverantörer med vilka dialogen ska inledas, om att utesluta en lösning och beslut om ändringar i det valda anbudet. I remissen görs dock sammanfattningsvis den bedömningen att det inte finns något behov av att gå utöver den underrättelseskyldighet som direktivet föreskriver. Det föreslås därför en formell underrättelseskyldighet endast för beslut om att avsluta dialogen, men inte någon skyldighet att underrätta om andra beslut under förfarandet.

Lagrådet kan i och för sig godta detta men vill i sammanhanget erinra om att frågan huruvida ett beslut under upphandlingen ska meddelas särskilt eller först senare, t.ex. i anslutning till dialogfasens avslutande eller i samband med ett tilldelningsbeslut, får avgöras från fall till fall. EU-domstolen har således uttalat att en upphandlande enhet, som har kännedom om alla omständigheter som behövs för att fatta ett beslut om en leverantör ska delta i upphandlingen, men ändå fördröjer ett sådant beslut, fråntar leverantören möjlighet att åberopa EU-rättens bestämmelser under tid då överträdelsen fortfarande kan rättas på ett effektivt sätt (se domstolens dom den 3 mars 2005 i de förenade målen C-21/03 och C-34/03, Fabricom SA mot Belgiska staten, REG 2005, s. I-1559). Mot den bakgrunden bör exempelvis en leverantör som utesluts från upphandlingen på grund av att han gjort sig skyldig till sådan brottslighet som avses i 10 kap. 1 § få besked om detta genom ett särskilt beslut (se prop. 2006/07:128 del 1 s. 378).

4 kap. 16 §

I enlighet med vad ovan påpekats bör begreppet "anbudsgivare" i paragrafen ersättas med "anbudssökandena"

4 kap. 17 och 20 §§

I lagrummen talas om att konkurrensen "påverkas" eller leder till diskriminering respektive att konkurrensen "snedvrids" eller leder till diskriminering. Det är en väsentlig skillnad mellan påverkas och snedvrids. Om den skillnaden är avsedd bör den kommenteras i allmänmotiveringen eller författningskommentaren.

4 kap. 19 §

De avslutande orden "för den upphandlande myndigheten" förefaller överflödiga och kan utgå.

5 a kap.

Kapitlet behandlar elektroniska auktioner och inte heller bestämmelserna i detta kapitel är helt lättillgängliga. De vore därför betjänta av att i det fortsatta lagstiftningsarbetet närmare belysas och också exemplifieras.

5 a kap. 1 §

För att det av lagtexten på ett tydligare sätt ska framgå att elektroniska auktioner inte utgör ett fullständigt upphandlingsförfarande utan endast kan ingå som en avslutande del i ett upphandlingsförfarande bör detta, för att belysa institutets karaktär, inledningsvis direkt framgå av lagtexten.

I 5 a kap. 1 § anges vidare i remissförslaget vid vilka förfaranden en elektronisk auktion får användas. Så får ske bl.a. vid ett sådant förhandlat förfarande som enligt 4 kap. 2 § 1 får användas på grund av att de anbud som har lämnats vid ett öppet eller selektivt förfarande eller vid en konkurrenspräglad dialog är ogiltiga eller inte kan godtas. För att markera att det är i denna situation som det då vid ett förhandlat förfarande kan uppkomma anbud som kan medföra att anbudsgivaren enligt 5 kap. 6 § kan bjudas in till en elektronisk auktion bör punkten 3 omformuleras så att det tydligare framgår att fråga är om ett förhandlat förfarande som får användas i de fall som avses i 4 kap. 2 § 1 då man inte kunnat slutföra ett öppet eller selektivt förfarande eller en konkurrenspräglad dialog.

Om Lagrådets förslag i nu berörda delar godtas skulle 5 a kap. 1 § kunna erhålla följande lydelse.

En upphandlande myndighet får, om förfrågningsunderlaget kan fastställas med tillräcklig grad av exakthet, som en avslutande del av ett upphandlingsförfarande genomföra en elektronisk auktion vid

1. öppet förfarande,
2. selektivt förfarande,
3. ett sådant förhandlat förfarande som får användas i det fall som avses i 4 kap. 2 § 1,
4. förnyad konkurrensutsättning inom ett ramavtal enligt 5 kap.7 §,
5. förenklat förfarande, och
6. urvalsförfarande.

5 a kap. 2 §

Uttrycket "komponenter i anbud" är svårt att förstå. Inte heller ger direktiven någon egentlig ledning. Det förefaller Lagrådet dock som om det uttryck som bättre skulle kunna motsvara "features" i den engelska utgåvan av direktiven skulle kunna vara "delar av anbud".

Med hänvisning till vad Lagrådet anfört under 2 kap. 6 a § bör andra delen av definitionen av vad som är en elektronisk auktion flyttas till detta kapitel. Enligt Lagrådets mening bör inarbetningen göras i inledningen av rubricerade paragraf. Paragrafen skulle då få följande lydelse.

Den elektroniska auktionen ska möjliggöra en rangordning på grund av automatiska utvärderingsmetoder och ska grundas på

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

Lagrådet antecknar att resterande del av definitionen finns i den föreslagna lydelsen av 5 a kap. 5 §.

5 a kap. 6 §

I paragrafen används uttrycket "giltiga anbud". Detta är avsett att motsvara direktivets "admissible tenders", vilket i den svenska utgåvan av direktiven översatts som "godtagbara anbud".

Lagrådet föreslår att uttrycket "giltiga anbud" ersätts av "godtagbara anbud".

8 kap.

Kapitlet behandlar tidsfrister vid selektivt förfarande, konkurrenspräglad dialog och förhandlat förfarande med föregående annonsering. Den lagtext som i remissen redovisas som nuvarande lagtext bygger när det gäller 3, 5, 11, och 12 §§ inte på nu gällande lagtext utan på de lagförslag som Upphandlingsutredningen redovisade i sitt slutbetänkande, Nya upphandlingsregler 2 (SOU 2006:28). Till följd härav har den i remissen nu föreslagna lydelsen av dessa paragrafer i ett par hänseenden kommit att innehålla felaktiga hänvisningar eller i övrigt blivit motsägelsefull. Kapitlet bör i stället i sin helhet, såväl när det gäller nuvarande lydelse som föreslagen lydelse, redovisas på sätt som anges i bilaga 1 till Lagrådets yttrande.

15 kap. 2 §

LOU:s konstruktion leder ibland till att omfattande hänvisningar görs till olika lagrum. 15 kap. 2 § är ett exempel på detta. Enligt Lagrådets mening leder en sådan konstruktion oundvikligen till otydlighet och gör dessutom att lagen kan bli svår att tillämpa. Detta eftersom tekniken förutsätter tämligen omfattande kunskaper om vad de skilda paragraferna handlar om.

Det vore en fördel om lagtexten i sin helhet i ett annat sammanhang kunde ses över i detta hänseende. I avvaktan på en sådan eventuell översyn rekommenderar Lagrådet för sin del att förevarande paragraf utförs i strecksatser där varje strecksats innehåller en hänvisning till en paragraf jämte något eller några ord om vad den paragrafen handlar om.

Lagrådet ger här ett exempel på hur en sådan utformning skulle kunna se ut.

Vid offentlig upphandling enligt detta kapitel tillämpas även

- 1 kap. (lagens innehåll m.m.)
- 2 kap. (definitioner)
- 4 kap. 22 § (inköpscentraler)

osv.

I sammanhanget bör beaktas att paragrafen även bör innehålla hänvisningar till 8 kap. 12 § samt med beaktande av vad Lagrådet nedan anför också hänvisningar till 6 kap. 4 och 7 §§ samt 18 kap.

I nu gällande lagtext finns i paragrafens sista stycke en regel som innebär att en upphandlande enhet får publicera annonser om upphandling på det sätt som gäller för upphandlingar enligt 7 kap. Enligt vad som följer av den nu föreslagna bestämmelsen i 16 kap. 18 § kan en upphandlande myndighet efterannonsera enligt 7 kap. 3 § och därmed förkorta den tidsfrist som gäller för leverantörer att ansöka om överprövning av ett avtals giltighet. Sådan efterannonsering kan även ske enligt 15 kap. 21 § när det gäller B-tjänster över tröskelvärdena. Det finns däremot ingen särskild bestämmelse i 15 kap. om efterannonsering för upphandlingar under tröskelvärdena. Då det även i detta fall bör finnas möjlighet att förkorta tiden bör lämpligen bestämmelsen i 15 kap. 2 § sista stycket, som upplyser att

annonsering enligt 7 kap. får göras även vid upphandling enligt 15 kap., kvarstå.

15 kap. 3 a §

Syftet bakom tredje stycket synes vara att det inte ska vara möjligt att direktupphandla i sådan omfattning att det i själva verket blir fråga om väsentliga belopp. Lagrådet sätter i fråga att detta syfte uppnås när hänsyn ska tas till upphandlingar ”senare än ett år tillbaka”, eftersom en sådan konstruktion leder till att varje ny dag är sista dagen på en ny 12-månadersperiod. Enligt Lagrådets mening bör bestämmelsen övervägas på nytt i det fortsatta arbetet och göras mer lättillämpad genom att en hänvisning görs till en fast tidsperiod, t.ex. budgetår eller räkenskapsår.

15 kap. 7 §

Eftersom andra och tredje styckena föreslås utgå återstår i paragrafen endast en hänvisning till 6 kap. 4 och 7 §§. En sådan kan då lämpligen göras i 15 kap. 2 §, varvid förevarande paragraf utgår.

16 kap.

I lagrådsremissen föreslås att det införs ett nytt 16 kap. i LOU. Det föreslagna kapitlet motsvarar i vissa delar det hittillsvarande 16 kap. men innehåller också väsentliga nyheter. De nuvarande reglerna om överprövning i domstol av en upphandling kompletteras med bestämmelser om ogiltigförklaring av avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör. Det införs också bestämmelser om avtalsspärr, dvs. förbud att ingå avtal under vissa angivna tidsperioder.

Det föreslagna 16 kap. innehåller liksom det nuvarande kapitlet bestämmelser om rätt till skadestånd för leverantörer. Bestämmelserna byggs ut för att bättre överensstämma med motsvarande regler i LUF.

För att de nya bestämmelserna ska bli mera överskådliga och lättillgängliga föreslår Lagrådet att kapitlet ska redigeras om i väsentliga delar. De viktiga reglerna om avtalsspärr bör lyftas fram och sammanföras i ett särskilt avsnitt som lämpligen kan placeras först i kapitlet. I ett följande avsnitt bör tas in regler om dels överprövning av upphandling, dels överprövning av ingångna avtals giltighet. Kapitlet bör avslutas med regleringen av rätten till skadestånd.

Remissförslagets bestämmelser om överprövning är – liksom de nuvarande, mer begränsade reglerna om överprövning i LOU – disponerade så, att man först anger vad en leverantör har att göra för att få till stånd en domstolsprövning, medan domstolens uppgifter beskrivs i en senare paragraf. En naturligare ordning – som också står i bättre överensstämmelse med svensk lagstiftningstradition – får anses vara att man först beskriver vad domstolen kan göra och vilka förutsättningar som gäller för olika åtgärder. Först därefter följer processuella bestämmelser, bl.a. regler om vad som ska iakttas av den som vill anhängiggöra en talan i domstolen. Lagrådet förordar att denna ordning tillämpas när det gäller reglerna om överprövning.

Utöver omredigeringar föreslår Lagrådet att ett antal enskilda paragrafer justeras.

Av bilaga 2 till Lagrådets yttrande framgår hur 16 kap. kommer att se ut, om Lagrådets förslag godtas.

Lagrådet övergår därefter till att närmare kommentera de olika paragraferna i remissförslaget.

16 kap. 1 och 2 §§

I det remitterade lagförslaget inleds 16 kap. med processuella regler som rör överprövning. I 1 § anges att en leverantör som anser att han har lidit eller kan komma att lida skada får vända sig till allmän förvaltningsdomstol och ansöka om åtgärd enligt 5 § (överprövning av upphandling) eller 15 § (överprövning av avtals giltighet). I 2 § föreskrivs bl.a. att en ansökan ska göras hos den förvaltningsrätt i vars domkrets den upphandlande myndigheten har sitt hemvist.

Som Lagrådet tidigare har anfört bör 16 kap. inledas med bestämmelserna om avtalsspärr. Dessa bestämmelser bör bilda ett särskilt avsnitt, som omfattar 1-3 §§. Först därefter bör överprövningsinstitutet regleras. Avsnittet om överprövning bör inledas med en allmän bestämmelse om att en förvaltningsrätt kan överpröva dels en upphandling, dels giltigheten av ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör. I paragrafen bör också anges att en överprövning sker efter ansökan av leverantör. Efter denna allmänna bestämmelse kan lämpligen tas in föreskrifter motsvarande 2 § i det remitterade förslaget.

16 kap. 3 §

Reglerna i 3 §, som förbjuder överklagande genom laglighetsprövning, bör enligt Lagrådets mening flyttas och placeras sist i avsnittet om överprövning (18 §).

16 kap. 4 §

Enligt paragrafen får rätten fatta ett interimistiskt beslut om att avtal inte får ingås eller fullgöras. Ett sådant beslut får under vissa angivna förhållanden underlåtas.

Bestämmelsen om att avtal inte får ingås tar sikte på situationer då det inte gäller någon avtalsspärr och då det alltså inte finns något direkt förbud enligt lagen att ingå avtal. Detta bör uttryckligen framgå av lagtexten.

I övrigt har Lagrådet inte någon erinran mot den föreslagna 4 §. Bestämmelserna har i Lagrådets förslag tagits in i 9 §.

16 kap. 5 §

Remissförslagets 5 § innehåller det centrala stadgandet om överprövning av upphandling. Enligt paragrafen, som motsvarar 2 § i det nuvarande 16 kap., ska en förvaltningsdomstol under vissa förutsättningar besluta att en upphandling ska göras om eller att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse har gjorts. Förutsättningarna är att den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i lagen och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

Den svepande hänvisningen till "någon annan bestämmelse i lagen" gör att en rad olika brott mot lagen kan utlösa en domstolsåtgärd. Det krävs inte att lagöverträdelsen avser någon mera central bestämmelse, utan det är tillräckligt att det har uppstått skada eller risk för skada för leverantören. Att paragrafen har ett så vidsträckt tillämpningsområde är ägnat att väcka betänkligheter. Genom att så många

lagöverträdelser kan utlösa en överprövning finns det bl.a. en risk för att hela upphandlingen fördröjs väsentligt.

Paragrafens formulering grundar sig emellertid på EU-direktiv, och det har bekräftats i domstolspraxis att många skilda typer av beslut kan bli föremål för överprövning och föranleda en domstolsåtgärd. Så t.ex. framgår det av EU-domstolens dom i målet C-26/03, Stadt Halle, att ”varje åtgärd som vidtas av en upphandlande myndighet i samband med en offentlig upphandling [---] och som kan ha rättslig verkan utgör ett beslut som kan bli föremål för ansökan om överprövning” (p. 34 i domen).

Den nu diskuterade svepande formuleringen – som återkommer i ett par andra föreslagna paragrafer, som inte har någon motsvarighet i gällande rätt – får alltså godtas.

I Lagrådets förslag till utformning av 16 kap. har den centrala bestämmelsen om överprövning av upphandling placerats i 6 § första stycket. Innehållet överensstämmer med vad som sägs i 5 § i remissförslaget.

16 kap. 6 §

I remissförslagets 6 § har de grundläggande reglerna om avtalsspärr tagits in. Som tidigare berörts anser Lagrådet att reglerna bör tas in redan i 1 §. Efter vissa förtydliganden bör reglerna få följande lydelse:

Om en upphandlande myndighet är skyldig att skicka en underrättelse om tilldelningsbeslut enligt 9 kap. 9 § första stycket eller 15 kap. 19 § och underrättelsen har skickats med ett elektroniskt medel, får den upphandlande myndigheten inte ingå avtal (avtalsspärr) förrän tio dagar har gått från det att underrättelsen skickades.

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

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

16 kap. 7 och 8 §§

Paragraferna innehåller regler om undantag från avtalsspärr (7 §) och avtalsspärr vid förhandsinsyn (8 §). I Lagrådets förslag beträffande 16 kap. har reglerna med oförändrat innehåll placerats som 2 och 3 §§.

16 kap. 9 §

I paragrafen finns bestämmelser om förlängd avtalsspärr under handläggningen i förvaltningsrätten av en ansökan om överprövning av en upphandling. I Lagrådets lagförslag har bestämmelserna tagits in i 8 §.

16 kap. 10 §

Remissens 10 § innehåller regler om att avtal i vissa angivna situationer inte får ingås under en period om tio dagar (tiodagarsfrist). I Lagrådets lagförslag finns överensstämmande bestämmelser i 10 §.

16 kap. 11 och 12 §§

Paragraferna reglerar frågan inom vilken tid en ansökan om överprövning av upphandling ska ha kommit in till förvaltningsrätten. 11 § behandlar fall då en avtalsspärr gäller och föreskriver att ansökan ska ha kommit in före utgången av avtalsspärren. I 12 §

behandlas fall då det har fattats beslut om att avbryta upphandlingen. Av betydelse blir då om och på vad sätt en underrättelse om beslutet har skickats ut.

Bestämmelser som i sak överensstämmer med remissens 11 och 12 §§ har tagits in i 11 och 12 §§ i Lagrådets lagförslag. Lagrådet har dock gjort vissa justeringar. Lagrådet har bl.a. funnit att, när det gäller underrättelser om beslut att avbryta en upphandling, regleringen inte bör begränsas till underrättelser enligt 9 kap. 9 § andra stycket eller 15 kap. 19 §. Effekten av att inte skicka ut en underrättelse om ett avbrytandebeslut är att det inte uppkommer någon överprövningsfrist, medan en sådan frist uppkommer, om myndigheten underrättar om sitt beslut och också anger skälen för detta.

16 kap. 13 §

I paragrafen sägs att en ansökan om överprövning av en upphandling inte ska prövas efter den tidpunkt då avtal har slutits mellan upphandlande myndighet och leverantör.

Denna betydelsefulla bestämmelse har i Lagrådets förslag fått en mera framskjuten placering. Den föreslås utgöra ett andra stycke i 6 §.

16 kap. 14 §

I paragrafen har, under rubriken "Justering av talan", tagits in en bestämmelse där det sägs att, om ett avtal ingås i strid med 4, 6, 8, 9 eller 10 §, rätten ska, på yrkande av leverantören, överpröva avtalets giltighet.

Paragrafen tar sikte på den situationen att, efter det att ett mål om överprövning av en upphandling har anhängiggjorts, ett avtal ingås i strid mot en bestämmelse som förbjuder ingående av avtal. En leverantör ska då inte behöva anhängiggöra ett särskilt mål om överprövning av avtalets giltighet, utan rätten ska i stället, inom ramen för det pågående målet, kunna överpröva avtalets giltighet, om leverantören yrkar det.

Enligt Lagrådets mening är syftet med paragrafen värt beaktande. Den föreslagna lagtexten bör emellertid justeras, så att det framgår vilken situation paragrafen tar sikte på. Paragrafen kan lämpligen inledas med orden "Om det under pågående överprövning av en upphandling ingås ett avtal i strid med...". Lagrådet förordar vidare att rubriken till paragrafen utgår.

Paragrafen bör lämpligen placeras in som 7 § i Lagrådets lagförslag, efter regeln om att överprövning av upphandling inte får ske efter det att avtal har ingåtts.

16 kap. 15 §

Remissförslagets 15 § innehåller de centrala bestämmelserna om överprövning av avtals giltighet. Paragrafen anger i tre skilda punkter fall då ett avtal mellan en upphandlande myndighet och en leverantör ska förklaras ogiltigt.

Enligt Lagrådets mening bör bestämmelserna redigeras om, så att de blir mera lättillgängliga. Reglerna i punkt 2, som handlar om fall då avtal har slutits i strid med bestämmelserna om avtalsspärr och tiodagarsfrist eller i strid med ett interimistiskt beslut bör brytas ut och bilda ett särskilt andra stycke. Reglerna bör också göras tydligare. De bör dessutom byggas ut, så att de inte bara täcker överträdelser

av bestämmelserna om avtalsspärr utan också fall då avtal har slutits utan föregående underrättelse om tilldelningsbeslut. Eftersom bestämmelserna om avtalsspärr utgår från att det har skickats ut en sådan underrättelse, kommer någon avtalsspärr inte att börja löpa. Såvitt Lagrådet kan finna finns det emellertid anledning att, i den angivna situationen, göra det möjligt att ogiltigförklara det ingångna avtalet.

Lagrådet föreslår att det förordade andra stycket får följande lydelse:

Ett avtal ska också förklaras ogiltigt, om det har ingåtts i strid med bestämmelserna om avtalsspärr i 1 eller 8 §, tiodagarsfristen i 10 § eller ett interimistiskt beslut i 9 § eller om avtalet har ingåtts före en underrättelse om tilldelningsbeslut enligt 9 kap. 9 § första stycket eller 15 kap. 19 §. För ogiltighet i sådana fall krävs dessutom att de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag har överträtts samt detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

De diskuterade bestämmelserna bör tas in i 13 § i Lagrådets lagförslag.

16 kap. 16 och 17 §§

Paragraferna innehåller regler om när ett avtal inte ska ogiltigförklaras. Paragraferna bör, med oförändrat innehåll, utgöra 14 och 15 §§ i Lagrådets lagförslag.

16 kap. 18 §

I paragrafen regleras frågan när en ansökan om överprövning av ett avtals giltighet senast ska ha kommit in till förvaltningsrätten.

Vid föredragningen i Lagrådet har uppmärksammats att den sexmånadersfrist som har tagits in i sist i paragrafen framstår som

huvudregel och att fristen kan förkortas, om den upphandlande myndigheten vidtar vissa angivna åtgärder. Paragrafen bör disponeras om, så att detta tydligt framgår. Vidare bör vissa andra justeringar göras.

Lagrådet förordar att lagtexten i remissen ska ersättas av följande text:

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

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

1. från det att Europeiska kommissionen har publicerat en annons enligt 7 kap. 3 § eller ett meddelande enligt 15 kap. 21 §, eller
2. från det att den upphandlande myndigheten skriftligen har underrättat anbudssökandena och anbudsgivarna om att avtalet har slutits samt har lämnat en sammanfattning av sådana upplysningar som avses i 9 kap. 10 §.

Bestämmelserna bör i Lagrådets lagförslag tas in i 16 §.

16 kap. 19 §

I paragrafen har tagits in en bestämmelse om beräkningen av avtalsspärrens längd och tidsfrister för ansökan om överprövning. Enligt rådets förordning nr 1182/71/EEG av den 3 juni 1971 om regler för bestämning av perioder, datum och frister ska förordningen tillämpas på rättsakter som antagits eller kommer att antas av rådet eller kommissionen. I paragrafen föreskrivs emellertid att vid beräkning av avtalsspärrens längd och tidsfrister för ansökan om överprövning den s.k. söndagsregeln i lagen (1930:173) om beräkning av lagstadgad tid ska tillämpas. En tillämpning av söndagsregeln torde i allt väsentligt överensstämma med vad som föreskrivs i artikel

3.4 i förordningen om att fristen ska upphöra vid påföljande arbetsdags sista timme.

Söndagsregeln synes dock i vissa fall medföra en längre tidsfrist för att ansöka om överprövning än vad som föreskrivs i artikel 3.4 i förordningen. Söndagsregeln innebär nämligen att, om sista dagen för att komma in till förvaltningsrätten med en ansökan om överprövning infaller på midsommarafton, julafton eller nyårsafton, får ansökan komma in nästföljande vardag. Förhållandet mellan förordningen och söndagsregeln bör därför ytterligare belysas i det fortsatta lagstiftningsarbetet. Lagrådet föreslår dock i dagsläget inte någon ändring av innehållet i paragrafen i detta avseende. Såvitt Lagrådet kan finna bör bestämmelsen emellertid även gälla beräkningen av den tiodagarsfrist som regleras i remissförslagets 10 §.

Bestämmelsen föreslås utgöra 17 § i Lagrådets text och förses med den kortare rubriken "Beräkning av vissa tider".

16 kap. 20–22 §§

Paragraferna innehåller regler om skadestånd. I den första av paragraferna finns en allmänt hållen bestämmelse om att en upphandlande myndighet som inte har följt bestämmelserna i lagen ska ersätta därigenom uppkommen skada för leverantör. Denna bestämmelse överensstämmer med vad som gäller enligt det nuvarande 16 kap. i LOU (16 kap. 5 §).

21 § i det remitterade förslaget innehåller en bestämmelse om rätt för anbudssökande och anbudsgivare att få ersättning för kostnader. Någon motsvarande regel finns inte i det nu gällande 16 kap. LOU. Däremot finns en motsvarande bestämmelse i LUF (16 kap. 6 §).

Lagrådet har förståelse för att man vill föra in en speciell bestämmelse om ersättning för kostnader i det nya 16 kap i LOU för att få överensstämmelse med skadeståndsregleringen i LUF. Det är emellertid att märka att leverantörer har rätt till ersättning för kostnader redan enligt den regel som nu föreslås bli införd i 20 §. Paragrafen är formulerad så, att den täcker såväl det negativa som det positiva kontraktsintresset. Att bestämmelsen ska tolkas så har bekräftats i rättspraxis.

Med den nu föreslagna 21 § blir det således en dubbelreglering av rätten till ersättning för kostnader. En sådan ordning är ägnad att vålla missförstånd. För att undvika detta föreslår Lagrådet att remissens 20 och 21 §§ slås ihop till en paragraf, varvid bestämmelsen om ersättning för kostnader får bilda ett andra stycke. Detta stycke bör inledas med orden "Rätten till skadestånd inbegriper även...".

I 22 § regleras frågan var och inom vilken tid en skadeståndstalan ska väckas. Det sägs bl.a. att, i fall då ett avtal har förklarats ogiltigt, det gäller en ettårsfrist. Lagrådet föreslår att det läggs till att fristen räknas från det att det finns ett lagakraftvunnet avgörande.

I Lagrådets lagförslag har skadeståndsbestämmelserna tagits in i 19 och 20 §§.

17 kap.

I 17 kap. i det remitterade förslaget har bestämmelser tagits in om dels marknadsskadeavgift, dels tillsyn.

Lagrådet föreslår till en början att bestämmelserna om tillsyn, som avser hela lagen, bryts ut från 17 kap. och får utgöra ett nytt 18 kap.

När det sedan gäller beteckningen "marknadsskadeavgift" vill Lagrådet anföra följande. Det antyds i allmänmotiveringen att denna benämning inte är helt lyckad, men att den under en tid kommit att bli etablerad. Under remissomgången har det dock framförts risk för sammanblandning med t.ex. marknadsstörningsavgiften i marknadsföringslagen. Lagrådet instämmer i uppfattningen att beteckningen kan missuppfattas. En jämförelse med liknande avgifter ger vid handen att dessa har benämnts med utgångspunkt i den företeelse som är central för respektive lag. Således är konkurrens fokus i konkurrenslagen (2008:579). Den särskilda avgiften där heter konkurrensskadeavgift (5 §). I marknadsföringslagen (2008:486) ligger fokus på marknadsföring och den särskilda avgiften där heter marknadsstörningsavgift (29 §). Det är då naturligt att den särskilda avgiften enligt de båda upphandlingslagarna bör benämnas upphandlingsskadeavgift.

Avgiften ska tillfalla staten (17 kap. 7 §). En sådan ordning faller sig naturlig i de fall att staten vänder sig emot någon annan sektor än den statliga, eftersom det i den situationen verkligen blir fråga om en reell kostnad för den som blir skyldig att betala avgiften. Tanken bakom ändringsdirektivets regler om avgift är att den ska vara avskräckande. För att detta syfte ska kunna säkerställas i den situationen att staten genom Konkurrensverket vänder sig mot en annan statlig myndighet, fordras att det upprätthålls en strikt budgetdisciplin. I så fall kan det antas att den extra utgiften blir kännbar också för en felande statlig myndighet. (Jfr betr skadestånd Justitiekanslerns beslut 2008-05-13; dnr 8092-06-40.)

Lagrådet går nu över till att föreslå vissa ändringar av de enskilda paragraferna. Av bilaga 3 till Lagrådets yttrande framgår hur kap. 17 kap. kommer att se ut, om Lagrådets förslag genomförs.

17 kap. 1 och 2 §§

I remissförslaget innehåller dessa paragrafer de grundläggande bestämmelserna om marknadsskadeavgift. Det framgår av bestämmelserna att avgiften påförs av allmän förvaltningsdomstol. Frågan i vilka fall en avgift ska beslutas regleras i 2 §. De situationer som ska föranleda en avgift anges i tre skilda punkter. Punkt 1 handlar om fall då ett avtal mellan en upphandlande myndighet och en leverantör ska få bestå, trots att lagstadgad avtalsspärr inte har iakttagits, medan punkt 2 tar sikte på fall då ett avtal får bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Punkt 3 slutligen behandlar den situationen att den upphandlande myndigheten har slutit avtal med en leverantör utan föregående annonsering.

1 § vänder sig till tillsynsmyndigheten och föreskriver att myndigheten, i fall som avses i 2 § 1 och 2, ”ska” ansöka hos domstol om att en upphandlande myndighet ska påföras en avgift, medan tillsynsmyndigheten i fall enligt 2 § 3 ”får” göra en avgiftsansökan.

I linje med vad som har föreslagits beträffande bestämmelserna om överprövning i 16 kap. anser Lagrådet att den inledande regeln om marknadsskadeavgift ska ta sikte på domstolens uppgifter och ange vilka förutsättningar som gäller för ett avgiftsbeslut. Det kan emellertid vara lämpligt att i samma paragraf också slå fast att domstolen beslutar om avgift efter ansökan av tillsynsmyndigheten.

Uppdelningen i 1 § då fall då tillsynsmyndigheten ”ska” respektive ”får” ansöka om ett avgiftsbeslut grundar sig på ändringsdirektivet.

Enligt Lagrådets mening kan det emellertid starkt ifrågasättas om en sådan uppdelning är meningsfull. En ovillkorlig skyldighet för tillsynsmyndigheten att ansöka om avgift, så snart någon av de angivna lagöverträdelserna har inträffat kan knappast upprätthållas. Hänsyn måste kunna tas till överträdelsens karaktär och betydelse i det enskilda fallet. Här spelar det också in vilka resurser tillsynsmyndigheten har till sitt förfogande.

Även regeln om att tillsynsmyndigheten i fall enligt 2 § 3 "får" göra en ansökan om avgift väcker frågor. Ett spørsmål är vilka kriterier som ska gälla för myndighetens beslut. Enligt Lagrådets uppfattning kan de fall som avses med punkten 3 – att den upphandlande myndigheten har slutit avtal med en leverantör utan föregående annonsering – vara minst lika allvarliga som de fall som behandlas i de övriga punkterna. Är förhållandena graverande, torde tillsynsmyndigheten ha anledning att agera.

Med hänsyn till det anförda anser Lagrådet att man bör avstå från att göra en sådan uppdelning som har skett i 1 § i det remitterade förslaget. Det bör vara tillräckligt att, som Lagrådet redan har varit inne på, ange att domstolen beslutar om avgift efter ansökan av tillsynsmyndigheten. Det får förutsättas att tillsynsmyndigheten noga följer utvecklingen på upphandlingsområdet och gör en ansökan när det med hänsyn till samtliga omständigheter är befogat. Den nu föreslagna ordningen får enligt Lagrådets mening anses uppfylla kraven i artikel 2e i ändringsdirektivet.

De föreslagna 1 och 2 §§ i remissförslaget bör alltså ersättas av en enda paragraf.

Remissförslagets beskrivning av förutsättningarna för ett avgiftsbeslut bör enligt Lagrådets mening redigeras om. Det finns bl.a.

anledning att låta bestämmelsen i punkt 2, som tar sikte på fall då ett avtal har fått bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse, bli placerad sist i uppräknningen. Möjligheten att i sådana fall besluta om avgift torde ha begränsad betydelse.

Den utformning av lagtexten som Lagrådet förordar framgår av bilaga 3 till Lagrådets yttrande.

Efter 1 § i Lagrådets förslag bör följa bestämmelser om behörig domstol m.m. motsvarande de bestämmelser som i remissförslaget har tagits in i 14 § första och tredje styckena. Bestämmelserna bör alltså i Lagrådets förslag bilda 2 §.

17 kap. 3 §

Remissförslaget 3 § innehåller bestämmelser om marknadsskadeavgiftens storlek. I första stycket sägs bl.a. att avgiften inte får överstiga tio procent av kontraktsvärdet. Hur kontraktsvärdet ska uppskattas anges i paragrafens andra stycke. Lagrådet föreslår att man där tar in en hänvisning till bestämmelserna i 3 kap. 3 och 4 §§ samt 15 kap. 3 a §.

17 kap. 4 §

Enligt paragrafen ska vid fastställandet av marknadsskadeavgiftens storlek särskild hänsyn tas till hur allvarlig överträdelsen är. Vidare sägs att någon avgift inte ska påföras i ringa fall och att avgiften får efterges, om det finns synnerliga skäl.

Enligt Lagrådets mening bör författningskommentaren beträffande dessa bestämmelser göras fylligare än som skett i lagrådsremissen. Bl.a. bör det lämnas ett eller ett par exempel på fall då avgiften bör

kunna efterges. Det finns också anledning att behandla frågan om en avgift ska kunna beslutas när ett avtal har förklarats ogiltigt.

17 kap. 5 och 6 §§

Paragraferna innehåller bestämmelser om tidsfrister för ansökningar om marknadsskadeavgift. Lagrådet har i sak inte någon erinran mot paragraferna. De intagna hänvisningarna till andra lagrum får emellertid justeras med hänsyn till vad Lagrådet har föreslagit i det föregående.

17 kap. 7–9 §§

I paragraferna regleras frågor om betalning av marknadsskadeavgift m.m. Paragrafernas lydelse lämnas utan erinran.

17 kap. 10–13 §§

I remissförslaget har i 10–13 §§ tagits in regler om tillsyn. I enlighet med vad Lagrådet har föreslagit i det föregående bör dessa regler brytas ut ur 17 kap. och bilda ett nytt 18 kap. med rubriken Tillsyn. Detta kapitel bör i en särskild paragraf också innehålla en motsvarighet till lagrådsremissens bestämmelser om behörig domstol m.m. i 17 kap. 14 § andra och tredje styckena.

18 kap.

Rubriken till detta nya kapitel bör vara Tillsyn.

I det följande hänför sig Lagrådet till paragraferna 17 kap. 10–14 §§ i det remitterade förslaget. Om Lagrådets förslag till omredigering av

17 kap. godtas, kommer dessa paragrafer att betecknas 18 kap. 1–5 §§.

18 kap. 11 §

I denna och några följande paragrafer i lagrådsremissen förekommer uttrycket ”upphandlande myndigheter eller den som kan antas vara en upphandlande myndighet”.

I allmänmotiveringen (avsnitt 10) anges att syftet med den senare delen av uttrycket (”kan antas vara en upphandlande myndighet”) är att man ska komma till rätta med att vissa organ anser sig inte vara upphandlande myndigheter. Med det angivna uttrycket skulle tillsynsmyndigheten få lättare att med olika åtgärder vända sig mot dessa organ.

Enligt Lagrådets mening kan det ifrågasättas om den angivna bestämmelsen är ändamålsenlig. Lagrådet vill dock inte motsätta sig att bestämmelsen införs.

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

För det fall Lagrådets ovan redovisade förslag till ändringar i LOU godtas bör motsvarande ändringar i tillämpliga delar göras i rubricerad lag.

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

Lagrådet lämnar förslaget utan erinran.

*Bilaga 1 till Lagrådets yttrande***8 kap.****Tidsfrister vid selektivt förfarande och förhandlat förfarande med föregående annonsering**

Vid selektivt förfarande och förhandlat förfarande med föregående annonsering *skall* tidsfristen för att komma in med anbudsansökningar vara minst 37 dagar från den dag då annonsen om upphandling skickades för publicering.

Vid selektivt förfarande *skall* tidsfristen för att komma in med anbud vara minst 40 dagar från den dag då en inbjudan enligt 10 § skickades till utvalda anbudssökande.

Det som anges i första och andra styckena gäller om inte något annat följer av 4–8 §§.

Om en annons utarbetas och skickas med elektroniska medel, får tidsfristerna enligt 2 och 4 §§ för att komma in med anbud vid öppet förfarande och tidsfristen enligt 3 § första stycket för mottagande av anbudsansökningar vid selektivt *eller* förhandlat förfarande med föregående annonsering, förkortas med sju dagar.

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

3 §

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

Vid selektivt förfarande *ska* tidsfristen för att komma in med anbud vara minst 40 dagar från den dag då en inbjudan enligt 10 § skickades till utvalda anbudssökande.

Det som anges i första och andra styckena gäller om inte något annat följer av 4–8 §§.

5 §

Om en annons utarbetas och skickas med elektroniska medel, får tidsfristerna enligt 2 och 4 § § för att komma in med anbud vid öppet förfarande och tidsfristen enligt 3 § första stycket för att komma in med anbudsansökningar vid selektivt förfarande, *konkurrenspräglad dialog eller* förhandlat förfarande med föregående annonsering, förkortas med sju dagar.

Skriftlig inbjudan att komma in med anbud *eller* att förhandla vid selektivt respektive förhandlat förfarande

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

10 §

Vid selektivt förfarande och förhandlat förfarande med föregående annonsering *skall* en upphandlande myndighet vid ett och samma tillfälle skicka en skriftlig inbjudan till samtliga utvalda anbudssökande att komma in med anbud *eller* att förhandla.

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

Inbjudan *skall* innehålla förfrågningsunderlaget. Om förfrågningsunderlaget är direkt tillgängligt med elektroniska medel, är det dock tillräckligt att inbjudan innehåller en uppgift om var underlaget hålls tillgängligt.

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

En inbjudan *skall* dessutom innehålla minst uppgift om

En inbjudan *ska* dessutom innehålla minst uppgift om

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

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

2. sista dag för att ta emot anbud samt till vilken adress anbudet *skall* skickas och på vilket eller vilka språk det *skall* skrivas,

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

3. en hänvisning till annonsen om upphandlingen,

3. en hänvisning till annonsen om upphandlingen,

4. vilka handlingar som *skall* bifogas,

4. vilka handlingar som *ska* bifogas,

5. den inbördes viktningen av kriterierna för tilldelning av kontrakt eller kriteriernas prioritetsordning, om dessa upplysningar inte framgår av annonsen om upphandling eller av förfrågningsunderlaget och

5. den inbördes viktningen av kriterierna för tilldelning av kontrakt eller kriteriernas prioritetsordning, om dessa upplysningar inte framgår av annonsen om upphandling, *det beskrivande dokumentet* eller av förfrågningsunderlaget, och

6. övriga uppgifter av betydelse för upphandlingen.

Om någon annan än den upphandlande myndigheten *skall* lämna ut förfrågningsunderlaget

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

11 §

Om någon annan än den upphandlande myndigheten på begäran *skall* lämna ut hela eller delar av förfrågningsunderlaget, *skall* adressen anges i inbjudan. Om en tidsfrist gäller för en sådan begäran och om en avgift *skall* betalas för de begärda handlingarna, *skall* upplysning om fristen och avgiften samt betalningsvillkor anges i inbjudan.

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

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

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

Tillhandahållande av kompletterande handlingar och upplysningar vid selektivt och förhandlat förfarande

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

12 §

Den upphandlande myndigheten *skall* vid selektivt och förhandlat förfarande lämna ut kompletterande

Den upphandlande myndigheten *ska* vid selektivt och förhandlat förfarande *samt vid konkurrenspräglad dialog*

upplysningar om
förfrågningsunderlaget eller
kompletterande handlingar
senast sex dagar före angiven
sista dag för att komma in med
anbud, förutsatt att sådana
upplysningar begärts i god tid.

Vid påskyndat förfarande
enligt 8 § andra stycket *skall*
denna tidsfrist vara fyra dagar.

lämna ut kompletterande
upplysningar om
förfrågningsunderlaget, *det be-
skrivande dokumentet* eller
kompletterande handlingar
senast sex dagar före angiven
sista dag för att komma in med
anbud, förutsatt att sådana
upplysningar begärts i god tid.

Vid påskyndat förfarande
enligt 8 § andra stycket *ska*
denna tidsfrist vara fyra dagar.

16 kap. **Avtalsspärr, överprövning och skadestånd**

Avtalsspärr

Allmänna bestämmelser om avtalsspärr

1 §

Om en upphandlande myndighet är skyldig att skicka en underrättelse om tilldelningsbeslut enligt 9 kap. 9 § första stycket eller 15 kap. 19 § och underrättelsen har skickats med ett elektroniskt medel, får den upphandlande myndigheten inte ingå avtal (avtalsspärr) förrän tio dagar har gått från det att underrättelsen skickades.

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

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

Undantag från avtalsspärr

2 §

Avtalsspärr gäller inte

1. vid tilldelning av kontrakt som avses i 1 kap. 2 § andra stycket 3 eller 4, om undantag har beslutats med stöd av 15 kap. 22 §,
2. vid tilldelning av kontrakt efter upphandling utan föregående annonsering med stöd av 4 kap. 5–9 §§,
3. vid tilldelning av kontrakt på grund av ramavtal enligt 5 kap. 7 §, eller
4. vid direktupphandling enligt 15 kap. 3 § andra stycket.

Avtalsspärr vid förhandsinsyn

3 §

Vid förhandsinsyn enligt 7 kap. 4 § eller 15 kap. 5 a § får avtal inte ingås förrän tio dagar har gått från det att annonsen om förhandsinsyn publicerades.

Överprövning

Allmänna bestämmelser om överprövning

4 §

Efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller riskera att lida skada kan en förvaltningsrätt överpröva

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

5 §

Ansökning om överprövning görs hos den förvaltningsrätt i vars domkrets den upphandlande myndigheten har sitt hemvist.

Prövningstillstånd krävs vid överklagande till kammarrätten.

Överprövning av upphandling

6 §

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att den leverantör som har ansökt om överprövning av upphandling har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Överprövning av upphandling får inte ske efter det att avtal har slutits mellan den upphandlande myndigheten och leverantören.

7 §

Om det under pågående överprövning av en upphandling ingås ett avtal i strid med 1, 3, 8, 9 eller 10 §, ska rätten, på yrkande av leverantören, överpröva avtalets giltighet.

Förlängd avtalsspärr vid överprövning av upphandling

8 §

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

Rätten får besluta att någon förlängd avtalsspärr inte ska gälla.

Interimistiska beslut

9 §

I fall då avtalsspärr inte gäller får rätten besluta att avtal inte får ingås innan något annat har bestämts. Rätten får också besluta att, till dess något annat har bestämts, ett avtal inte får fullgöras.

Beslut enligt första stycket får underlåtas, om den skada eller olägenhet som åtgärden skulle medföra kan bedömas vara större än skadan för leverantören.

Tiodagarsfrist

10 §

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

När en förvaltningsrätt eller en kammarrätt har fattat ett beslut enligt 9 §, får avtal inte ingås förrän tio dagar har gått från det att domstolen har avgjort målet eller upphävt beslutet.

När Regeringsrätten har fattat ett beslut enligt 9 § och beslutat att återförvisa målet till lägre instans, får avtal inte ingås förrän tio dagar har gått från beslutet om återförvisning.

Rätten får besluta att någon tiodagarsfrist inte ska gälla.

Tidsfrister för ansökan om överprövning av upphandling

11 §

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

12 §

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

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

Överprövning av avtals giltighet

3 §

Rätten ska besluta att ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör är ogiltigt, om avtalet har slutits

1. utan föregående annonsering enligt 7 kap. 1 eller 2 §, 13 kap. 2 eller 5 §, 14 kap. 5 § eller 15 kap. 4 eller 6 §, eller
2. enligt ett förfarande i 5 kap. 7 § utan att de villkor har följts som framgår av den paragrafen eller av det ramavtal som ligger till grund för det nya anbudsförfarandet och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

Ett avtal ska också förklaras ogiltigt, om det har ingåtts i strid med bestämmelserna om avtalsspärr i 1, 3 eller 8 §, tiodagarsfristen i 10 § eller ett interimistiskt beslut i 9 § eller om avtalet har ingåtts före en underrättelse om tilldelningsbeslut enligt 9 kap. 9 § första stycket eller 15 kap. 19 §. För ogiltighet i sådana fall krävs dessutom att de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag har överträtts samt detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

14 §

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

15 §

Bestämmelserna om ogiltighet i 13 § ska inte tillämpas

1. på avtal som har slutits av en upphandlande myndighet med stöd av ramavtal enligt 5 kap. 7 §, om den upphandlande myndigheten har skickat en underrättelse om tilldelningsbeslut enligt 9 kap. 9 § första stycket samt iakttagit en avtalsspärr enligt 1 §, eller
2. om en upphandlande myndighet genom förhandsinsyn enligt 7 kap. 4 § eller 15 kap. 5 a § har meddelat sin avsikt att upphandla och har iakttagit avtalsspärren vid förhandsinsyn enligt 3 §.

Tidsfrister för ansökan om överprövning av avtals giltighet

16 §

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

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

1. från det att Europeiska kommissionen har publicerat en annons enligt 7 kap. 3 § eller ett meddelande enligt 15 kap. 21 §, eller
2. från det att den upphandlande myndigheten skriftligen har underrättat anbudssökandena och anbudsgivarna om att avtalet har slutits samt har lämnat en sammanfattning av sådana upplysningar som avses i 9 kap. 10 §.

Beräkning av vissa tider

17 §

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

Förbud mot överklagande

18 §

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

Skadestånd

19 §

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

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

20 §

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

*Bilaga 3 till Lagrådets
yttrande*

17 kap. Upphandlingsskadeavgift

Allmänna bestämmelser om upphandlingsskadeavgift

1 §

Efter ansökan av tillsynsmyndigheten kan en allmän förvaltningsdomstol besluta att en upphandlande myndighet ska betala en upphandlingsskadeavgift, om

1. ett avtal mellan myndigheten och en leverantör har slutits utan föregående annonsering enligt 7 kap. 1 eller 2 §, 13 kap. 2 eller 5 §, 14 kap. 5 § eller 15 kap. 4 eller 6 §,
2. en allmän förvaltningsdomstol i ett lagakraftvunnet avgörande har fastställt att ett avtal mellan myndigheten och en leverantör får bestå, trots att det har ingåtts i strid med bestämmelserna om avtalsspärr i 16 kap. 1, 3 eller 8 §, eller
3. en förvaltningsdomstol genom ett lagakraftvunnet avgörande har fastställt att ett avtal mellan myndigheten och en leverantör får bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse enligt 16 kap.14 §.

2 §

Ansökning om upphandlingsskadeavgift ska göras hos den förvaltningsrätt i vars domkrets den upphandlande myndigheten har sitt hemvist.

Prövningstillstånd krävs vid överklagande till kammarrätten.

Avgiftens storlek

3 §

Avgiften ska uppgå till lägst 10 000 kr och högst tio miljoner kr.

Avgiften får inte överstiga tio procent av kontraktsvärdet.

Beräkningen av kontraktsvärdet ska ske enligt 3 kap. 3 och 4 §§ eller 15 kap. 3 a §.

4 §

Vid fastställande av upphandlingsskadeavgiftens storlek ska särskild hänsyn tas till hur allvarlig en överträdelse är.

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

Tidsfrister för ansökan om upphandlingsskadeavgift.

5 §

En ansökan om avgift enligt 1 § 1 eller 3 ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom sex månader från den tidpunkt då det avgörande som ansökan grundades på har vunnit laga kraft.

6 §

När en ansökan om avgift grundas på 1 § 2 och en eller flera leverantörer har ansökt om överprövning av avtalets giltighet inom de tidsfrister som anges i 16 kap. 16 §, får avgiftsansökningen inte göras förrän fristen har löpt ut och samtliga beslut med anledning av

överprövningen har vunnit laga kraft. Avgiftsansökningen ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom sex månader från den tidpunkt då samtliga beslut med anledning av överprövningen har vunnit laga kraft.

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

Betalning av upphandlingsskadeavgift m.m.

7 §

Upphandlingsskadeavgiften tillfaller staten.

8 §

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

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

9 §

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