

Camilla Graf Morin

REMISSVAR

DATUM  
2005-06-16  
ERT DATUM  
2005-03-18

DIARIENR  
2005/0066-22  
ER BETECKNING  
Fi2005/1694

1 (28)

Finansdepartementet  
103 33 STOCKHOLM

**Delbetänkande av Upphandlingsutredningen 2004  
Nya upphandlingsregler (SOU 2005:22)**

**NOU:s huvudsakliga inställning till förslagen i betänkandet.**

NOU sätter stort värde i ambitionen att genomföra de nya direktiven till svensk rätt i så nära anslutning till direktiven som möjligt. NOU:s uppfattning är att utredningen efter den korta tid som stått till dess förfogande presenterat ett väl genomarbetat förslag till ny lagstiftning på upphandlingsområdet. Detta trots lagstiftningens komplexitet inte bara avseende innehåll utan även omfångsmässigt. Förutskickade förenklingar av lagstiftningen har tyvärr i stort sett uteblivit. Detta beror främst på upphandlingsdirektivens innehåll. NOU förespråkar vid några enstaka tillfällen av pedagogiska skäl och i syfte att uppnå förenklingar avvikelser från ordalydelsen eller turordningen i direktiven.

En stor nackdel vid bedömningen av föreliggande betänkande är att det inte är komplett i den meningen att kommande ändringar dels i dagens 6 och 7 kap. LOU och dels avseende de frivilliga delarna (i vad avser det nya förfarandet inom den klassiska sektorn, s.k. konkurrenspräglad dialog, och de nya förfarandena elektroniska auktioner och dynamiska inköpssystem, som förekommer inom båda de nya direktiven) kan komma att påverka utformningen av eller förståelsen av de nu föreliggande förslagen.

Förslaget att upphandlingsreglerna tas in i två lagar, en som avser den offentliga upphandlingen inom den klassiska sektorn och en som avser upphandling inom försörjningssektorerna, torde enligt NOU:s mening, avsevärt underlätta tillämpningen av lagstiftningen.

NOU anser att lagstiftningen bör tillföras både en innehållsförteckning och ett register, så att alla de som kommer att tillämpa lagen, lättare kan få en uppfattning om dess innehåll och uppbyggnad.

Det är angeläget att det av propositionstexten framgår hur den svenska lagstiftningen täcker in beaktandesatserna, som är juridiskt bindande och som inleder bägge direktiven, om detta inte explicit framgår av lagarna.

Camilla Graf Morin

**NOU anser att bestämmelserna i nuvarande 6 kap. och 7 kap. LOU bör hållas oförändrade, inför de förslag som skall ges av Upphandlingsutredningen i etapp två, om det inte rör sig om helt nödvändiga följdändringar.**

**NOU ställer sig bakom förslaget att utmönstra affärsmässighetsbegreppet ur lagstiftningen på upphandlingsområdet. NOU:s ställningstagande härvidlag förutsätter dock att innehållet i beaktandesats (2) i 2004/18/EG kommer till uttryck i portalparagrafen. Vad avser lagen om upphandling inom försörjningssektorerna är det viktigt att komma ihåg att de EG-rättsliga principerna endast indirekt är tillämpliga på de privata upphandlande enheterna, varför hänvisningen här endast bör omfatta de offentliga upphandlande enheterna.**

**Det bör klart framkomma att alla de grundläggande principerna för offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna för offentliga upphandlande enheter, gäller vid upphandling av ett kontrakt avseende en tjänstekoncession. Likaså bör klargöras hur bestämmelserna om rättsmedel skall tillämpas.**

**Beträffande förslagen om ramavtal och inköpscentraler anser NOU att det innan bestämmelserna träder ikraft bör klargöras hur rättsmedlen, överprövning och skadestånd, avses tillämpas vid tecknandet av ramavtalet och vid tilldelning av kontrakt som grundar sig på ramavtalet samt vid köp från eller via en inköpscentral.**

**I förslaget till lag om upphandling inom försörjningssektorerna måste definitionen av upphandlande myndighet klargöras. Definitionen av upphandlande enhet saknar nu den nödvändiga kopplingen till de olika verksamheterna som omfattas av reglerna. Även definitionerna av de olika verksamheterna måste anpassas, så att de inte skiljer sig från definitionerna i det nya försörjningsdirektivet.**

**NOU vill peka på problemet att Sverige behåller striktare regler för upphandlingar under än för de över tröskelvärdena vid upphandlingar inom försörjningssektorerna om man endast överför befintliga regler i den nuvarande lagens kapitel 6 till förslaget om lag om upphandling inom försörjningssektorerna.**

Camilla Graf Morin

## **Del I**

### **Allmänna synpunkter på förslagets struktur och uppbyggnad**

1. NOU sätter stort värde i ambitionen hos Upphandlingsutredningen 2004 att genomföra de nya direktiven till svensk rätt i så nära anslutning till direktiven som möjligt. NOU:s uppfattning är att utredningen efter den korta tid som stått till dess förfogande presenterat ett väl genomarbetat förslag till ny lagstiftning på upphandlingsområdet. Detta trots lagstiftningens komplexitet inte bara avseende innehåll utan även omfångsmässigt. Förutskickade förenklingar av lagstiftningen har tyvärr i stort sett uteblivit. Detta beror främst på upphandlingsdirektivens innehåll. NOU förespråkar vid några enstaka tillfällen nedan av pedagogiska skäl i syfte att uppnå förenklingar och i något fall att täcka in en beaktandesats från direktiven avvikelser från ordalydelsen eller turordningen i direktiven.

En så nära överensstämmelse som möjligt mellan den svenska lagen och bestämmelserna i direktiven bör, enligt NOU:s uppfattning, annars eftersträvas. Överensstämmelsen bör präglade inte bara det sakliga innehållet utan även turordningen och strukturen av bestämmelserna. NOU vidhåller uppfattningen som har framförts tidigare att upphandlingsdirektiven bör införlivas i stort sett ordagrant i svensk rätt.

En likartad införlivning underlättar kommande jämförelser av lagstiftningen mellan olika medlemsstater och viljan att säkerställa att leverantörerna blir behandlade på ett likartat sätt. Möjligheten att följa praxis från EG-domstolen underlättas också avsevärt om den svenska lagen i stort sett överensstämmer med direktiven.

2. En stor nackdel vid bedömningen av föreliggande betänkande är att det inte är komplett i den meningen att kommande ändringar dels i dagens 6 och 7 kap. LOU och dels avseende de frivilliga delarna (i vad avser det nya förfarandet inom den klassiska sektorn, s.k. konkurrenspräglad dialog, och de nya förfarandena elektroniska auktioner och dynamiska inköpssystem, som förekommer inom båda de nya direktiven) kan komma att påverka utformningen eller förståelsen av de nu föreliggande förslagen. NOU förutser många juridiskt svårhanterliga situationer när föreliggande förslag till ändringar i upphandlingslagstiftningen trätt ikraft den 1 februari 2006 samtidigt som övriga delar enligt tilläggsdirektiv till Upphandlingsutredningen 2004 inte träder ikraft förrän betydligt senare. De upphandlande myndigheterna liksom leverantörerna tvingas leva i extra stor osäkerhet och behovet av NOU:s tolkningar kommer sannolikt att öka avsevärt.

3. Förslaget att upphandlingsreglerna tas in i två lagar, en som avser den offentliga upphandlingen inom den klassiska sektorn och en som avser upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, i fortsättningen kallad lagen om upphandling inom försörjningssektorerna

Camilla Graf Morin

(LUFSS), torde enligt NOU:s mening, avsevärt underlätta tillämpningen av lagstiftningen.

4. Förslaget som beträffande t.ex. direktiv 2004/18/EG innehåller 18 kapitel och 211 paragrafer är svårt att orientera sig i. Det är därför angeläget att propositionstexten innehåller en innehållsförteckning för bägge lagarna, så att de som kommer att tillämpa lagen lättare kan få en uppfattning om dess innehåll och uppbyggnad. En innehållsförteckning som efter förebild från direktiven med rubriker och underrubriker skulle avsevärt förbättra möjligheterna att orientera sig i lagstiftningen och underlätta tillämpningen av densamma. Även ett register skulle underlätta tillämpningen av lagstiftningen.

5. Det är angeläget att det av propositionstexten framgår hur den svenska lagstiftningen täcker in beaktandesatserna, som är juridiskt bindande, och som inleder bägge direktiven, om detta inte explicit framgår av lagarna. Sverige har åtagit sig att genomföra direktiven till svensk rätt och direktiven består dels av artiklar och dels av beaktandesatser. Även om beaktandesatserna ofta inte är lika stringenta till sitt innehåll som artiklarna i direktiven, fyller de en viktig funktion i att underlätta förståelsen för innehållet i direktiven. NOU ser en stor fördel med att försöka inkludera de viktigaste beaktandesatserna i den kommande lagstiftningen.

Sålunda bör beaktandesats (2) i 2004/18/EG arbetas in i LOU:s portalparagraf, se vidare nedan i del II beträffande 1 kap. 5 § i lagförslaget.

I 2004/18/EG anges vidare i beaktandesats (8) att en upphandlande myndighet får söka eller godta råd, som kan användas när specifikationerna utarbetas, dock under förutsättning att sådana råd inte leder till hinder för konkurrensen. Att hänvisa till förslagets 1 kap. 5 § i dess föreslagna utformning räcker inte, eftersom direktivet endast hänvisar till principen om icke-diskriminering och likabehandling. Andra exempel på beaktandesatser som bör inarbetas i lagtexten är (10) i direktiv 2004/18/EG och (25) i direktiv 2004/17/EG.

EG-domstolen hänvisar i sina domar ofta till upphandlingsdirektivens beaktandesatser, vilket påvisar den juridiska tyngden av dessa.

6. NOU anser att bestämmelserna i nuvarande 6 kap. och 7 kap. LOU bör hållas oförändrade, inför de förslag som skall ges av Upphandlingsutredningen i etapp två, om det inte rör sig om helt nödvändiga följdändringar. NOU anser det olämpligt och förvirrande att delvis göra ändringar i nu gällande bestämmelser som kan komma att beröras av nya ändringar efter utredningens slutbetänkande som skall avlämnas redan innan detta lagförslag träder i kraft. Kommentarer till framlagda förslag i nytt 17 kap. och 18 kap. görs emellertid nedan.

Camilla Graf Morin

7. Föreliggande lagförslag innehåller några bestämmelser som medför särbehandling av leverantörer från medlemsstater alternativt EES-stater. NOU vill uppmärksamma att sådana bestämmelser kan komma i konflikt med upphandlingsavtalet inom WTO (GPA) och kan avvika från Sveriges tidigare inställning beträffande frihandel. Bestämmelser som avses är t.ex. 1 kap. 6 § och 16 kap. 3 § i lagen för den klassiska sektorn beträffande rätten att få delta i ett upphandlingsförfarande (artikel 4.1 och 66) och 1 kap. 9 § och 8 kap. 4 § LUFSS samt 8 kap. 10 § avseende klassiska sektorn beträffande erkända organ (11 kap. 11 § LUFSS). Utredningen har valt att inte beröra frågor om GPA, vilket medför att reglerna som likställer fördragsslutande stater med medlemsstater inte berörs (beaktandesats (7) eller artikel 5 i klassiska direktivet). Det är vidare oklart om den föreslagna kursändringen är medveten eller har uppkommit oavsiktligt vid en direktivnära överföring av reglerna.

NOU saknar en analys av förslagets konsekvenser i detta hänseende. Uttryckssättet i nämnda paragrafer ovan kan jämföras med 13 kap. 3 § i lagförslaget beträffande den klassiska sektorn, där utredningen valt en lösning som bortser från nationalitet på leverantören. Det anges att myndigheten får begära att en leverantör visar att han är "registrerad i det land där han bedriver verksamhet" och motsvarande artikel i direktivet (46) anger i "den medlemsstat där han är etablerad". En jämförelse kan också göras med 13 kap. 12 § 2 stycket sista meningen i lagförslaget beträffande den klassiska sektorn avseende kvalitetssäkringsstandarder, där det anges att den upphandlande myndigheten skall även godta andra bevis på likvärdiga kvalitetssäkringsåtgärder.

8. Bemyndiganden att ge ut föreskrifter ges i flera kapitel i författningsförslaget avseende rätten att ge ut olika föreskrifter. I lagförslaget för den klassiska sektorn finns sådan reglering i t.ex. 8 kap. 21 § avseende vad som förstås med tekniska specifikationer, 9 kap. 9 § avseende annonsering, 11 kap. 3 § tredje stycket avseende krav som skall vara uppfyllda beträffande anordningar som används för elektronisk mottagning av anbud och ansökningar, 11 kap. 13 § avseende innehållet i ett protokoll över upphandling och 12 kap. 4 § beträffande bevis.

Det är angeläget att dessa förordningar utarbetas och hinner träda ikraft senast den 1 februari 2006 d.v.s. samtidigt med de övriga bestämmelserna.

9. Den föreslagna upphandlingslagstiftningen har inte samlat de bestämmelser som anger vad ett förfrågningsunderlag skall innehålla. I kap. 8 med rubriken "Förfrågningsunderlag m.m." saknas ett par av de obligatoriska och mest betydelsefulla inslagen i ett förfrågningsunderlag, nämligen vilken utvärderingsgrund som kommer att användas vid utvärderingen av anbud samt eventuella utvärderingskriterier. Utvärderingsgrunderna är placerade ganska sent i lagförslagen, t.ex. beträffande den klassiska sektorn i 14 kap. 2 § tredje stycket där det anges

Camilla Graf Morin

att den relativa betydelsen av kriterierna eller prioritetsordningen skall anges i annonsen eller i förfrågningsunderlaget.

Lagstiftningen saknar också en bestämmelse som åskådliggör upphandlingsförfarandets gång, så att det framkommer vilka moment som ingår och i vilken turordning dessa inträffar. NOU föreslår att 13 kap. 1 § beträffande lagen om offentlig upphandling inom den klassiska sektorn förtydligas i enlighet med motsvarigheten i direktivet (artikel 44). Artikel 44 återfinns dessutom under rubriken "upphandlingsförfarandets gång", vilket tydligare passar för den som vill ha en översiktlig uppfattning om de moment som ingår i en upphandling än den i förslaget för 13 kap. 1 § som lyder: "Kontroll av leverantörers lämplighet".

I artikeln anges att kontrakt skall tilldelas på grundval av kriterierna i artiklarna 53 (som innehåller bestämmelser om tilldelningsgrunderna) och 55 (som innehåller bestämmelser om onormalt låga anbud) och med beaktande av artikel 24 (alternativa anbud), efter det att lämpligheten hos de leverantörer som inte har uteslutits enligt artiklarna 45 och 46 har kontrollerats av den upphandlande myndigheten enligt de kriterier för ekonomisk och finansiell ställning samt yrkesmässig och teknisk kunskap eller kapacitet samt i förekommande fall, de icke-diskriminerande regler och kriterier som avses i punkt 3.

## **Del II**

### **Synpunkter på förslaget till lag om offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster och där så särskilt anges synpunkter även på förslaget om lag om upphandling inom försörjningssektorerna**

Hänvisningarna som görs nedan avser författningsförslaget beträffande lagen om offentlig upphandling för den klassiska sektorn och artiklar i direktiv 2004/18/EG. Där synpunkten är lika relevant för förslaget inom försörjningssektorerna hänvisas till LUFSS och aktuell bestämmelse i direktiv 2004/17/EG.

#### **1 kap. 5 §, artikel 2**

NOU ställer sig bakom förslaget att utmönstra affärsmässighetsbegreppet ur lagstiftningen på upphandlingsområdet. NOU:s ställningstagande härvidlag förutsätter dock att innehållet i beaktandesats (2) i 2004/18/EG kommer till uttryck i portalparagrafen. Paragrafen i den nya upphandlingslagstiftningen bör i likhet med beaktandesatsen således även hänvisa till t.ex. principen om ömsesidigt erkännande och proportionalitetsprincipen. Ett utelämnande av dessa principer i kombination med att affärsmässighetsbegreppet föreslås utgå, riskerar att medföra att dessa principer inte får genomslag i de upphandlingar som kommer att genomföras enligt den framtida lagstiftningen. Beaktandesats (2) öppnar även för beaktande av ytterligare

Camilla Graf Morin

principer genom att den före uppräknigen av principerna anger t.ex. vilket även den svenska paragrafen bör göra.

Om affärsmässighetsbegreppet tas bort ur kommande upphandlingslagstiftning anser NOU att ett förtydligande behövs i kommentaren till 1 kap. 5 § avseende jävsförhållanden vid offentlig upphandling. I 11 § förvaltningslagen finns bestämmelser om olika situationer som utgör jäv. Ett förtydligande beträffande jävsförhållanden är angeläget dels för att personal som arbetar med upphandling ofta utsätts för erbjudanden av olika slag och dels eftersom inte samtliga upphandlande myndigheter/enheter omfattas av reglerna i förvaltningslagen. EG-domstolen uttryckte nyligen sin uppfattning beträffande möjligheten för en leverantör som medverkat vid förstudier eller vid utformningen av förfrågningsunderlaget att delta i upphandlingen i en dom<sup>1</sup>. Domen har refererats i *NOU info mars -05* sid. 14 ff.

Det ligger ett värde i att även framgent behålla beteckningen 1 kap. 4 § som principparagraf också beträffande lagen om offentlig upphandling inom den klassiska sektorn.

Förslagets 1 kap. 5 § anger att ”tilldelning av offentliga kontrakt skall...”. NOU anser att det finns en risk att tillämpningsområdet för paragrafen uppfattas för snävt och anses endast omfatta överväganden som görs vid den egentliga tilldelningen och inte hela processen inklusive formuleringar av t.ex. de tekniska specifikationerna vid utformningen av förfrågningsunderlaget. Direktivet använder sig av begreppet ”tilldelning av kontrakt” ibland för att beteckna hela upphandlingsprocessen och ibland endast för beslutet om leverantör och själva kontraktstilldelningen. Sannolikheten är stor, med nuvarande förslag, att det kommer att uppfattas på det snävare sättet och inte i normalfallet anses omfatta hela upphandlingsprocessen. I vart fall bör lagens mest betydelsefulla paragraf uttryckas på ett sådant sätt att missförstånd med vad lagstiftaren menar undviks i så hög utsträckning som möjligt. 14 kap. i lagförslaget benämns Kontraktstilldelning, vilket ytterligare talar för att byta ut begreppet tilldelning av offentliga kontrakt till något som tydligare anger att det är hela upphandlingsprocessen som avses.

Som exempel på den snävare innebörden kan nämnas att tidsfrist i 17 kap. 25 § räknas från ”kontraktet tilldelats”, det vill säga från tilldelningsbeslutet.

Om begreppet upphandling ska bibehålls i kommande lagstiftning kan övervägas om rubriken före 1 kap. 5 § i stället kan vara ”Principer för offentlig upphandling” och inledningen av lagrummet blir ”En offentlig upphandling skall göras ...”. I lagen om upphandling inom försörjningssektorerna kan motsvarande rubrik lyda ”Principer för upphandling” och inledningen ”En upphandling skall göras...”.

---

<sup>1</sup> Förenade målen C-21/03 och C-34/03 Fabricom SA mot État belge.

Camilla Graf Morin

**1 kap. 8 §, artikel 19 och 1 kap. 11 § LUFSS, artikel 28, beträffande ”Reserverade kontrakt”**

Medlemsstater ges en rätt enligt artikeln att undanta vissa kontrakt. Enligt förslaget överlåtes rätten till upphandlande myndigheter/enheter. NOU saknar en analys av förslagets konsekvenser för upphandlande myndigheter och enheter.

**1 kap. 9 §, artikel 3 beträffande ”Beviljande av särskilda rättigheter eller ensamrätt”**

NOU anser det var oklart vad förslaget innebär för lagens tillämpning i övrigt, t.ex. vad gäller bestämmelserna om överprövning och skadestånd, d.v.s. om en leverantör får begära överprövning eller skadestånd och i så fall från vem.

**2 kap., artikel 1 beträffande föreslagna definitioner**

Alla definitioner som ges i lagstiftningen bör samlas i det föreslagna 2 kap. som har rubriken Definitioner. Detta bör gälla även de definitioner som endast avser upphandling enligt 17 kap. (Upphandling som inte omfattas av direktivet). Författningsförslaget 3 kap. 5 andra stycket som definierar begreppet tjänstekoncession och 9 kap. 4 § tredje stycket beträffande begreppet upphandlarprofil (9 kap. 4-5, 11-13) bör t.ex. flyttas till 2 kap. Principen bör vara att om ett begrepp i lagtexten används mer än en gång, skall definitionen placeras i 2 kap. annars är det lättare för tillämparen att den placeras i sitt sammanhang. NOU anser ändå att begreppet tjänstekoncession skall placeras i 2 kap. eftersom begreppet är så viktigt.

**2 kap. 2 och 3 §§, artikel 1.2 a** - definitionerna av upphandling (saknar motsvarighet i direktivet) och offentligt kontrakt. Definitionerna bör skrivas ihop för att få en sammanhängande definition.

Definitionen i **2 kap. 10 §, artikel 1.8** av anbudssökande lyder:

”Med anbudssökande avses en leverantör som ansöker om att få delta i ett selektivt eller förhandlat upphandlingsförfarande.”

Även vid genomförandet av en urvalsupphandling förekommer anbudssökande och andra paragrafer i lagen anger olika rättigheter för dessa, t.ex. i 11 kap. 8 § att rätta en uppenbar felskrivning eller felräkning, 11 kap. 9 § beträffande underrättelse om beslut till anbudsgivare och anbudssökande. Definitionen skall således även omfatta anbudssökande vid urvalsupphandling.

**2 kap. 17 §, artikel 1.11 d**

Definitionen av förhandlat förfarande anger att myndigheten inbjuder utvalda leverantör att lämna anbud och förhandlar med en eller flera. Lydelsen passar mindre väl vid övergång från öppen eller selektiv upphandling, eftersom det då inte begärs in nya anbud. Definitionen i direktivet att myndigheten vänder sig till utvalda leverantörer och förhandlar om kontraktsvillkoren med en eller flera av dem är att föredra.

Camilla Graf Morin

**2 kap. 18 §, artikel 1.11 e, 2 kap. 15 § LUFS, artikel 1.10**

Av definitionen av begreppet projekttävling i direktivet framkommer att det är fråga om ett förfarande, dels därför att ordet förfarande används och dels därför att definitionen ges tillsammans med övriga definitioner av förfarandena.

**2 kap. 19 §, artikel 1.12, 2 kap. 16 § LUFS, artikel 1.11**

Förslaget till definition av vad som avses med begreppet skriftlig överensstämmer med ordalydelsen i direktivet. Det framkommer inte tydligt om definitionen av skriftlig stämmer helt överens med vad som normalt avses i svensk lagstiftning med begreppet. Övervägas kan om texten för tydlighetens skull annars skall ändras till "Med skriftlig avses i denna lag...", trots att det i 2 kap. 1 § anges att det i detta kapitel finns definitioner av vissa begrepp som används i denna lag.

**2 kap. 20 §, artikel 1.13, 2 kap. 17 § LUFS, artikel 1.12**

Definition av elektroniska medel, se kommentaren ovan avseende 2 kap. 19 §.

**Rubriken till 3 kap.** i förslaget benämns "Undantag från lagens tillämpningsområde" och det är inte korrekt eftersom 17 kap. skall gälla för viss upphandling som inte omfattas av direktivets bestämmelser. Rubriken avseende 5 kap. LUFS benämns på samma sätt.

Rubriken före 1 kap. 1 § är "Lagens tillämpningsområde" och 3 kap. benämns "Undantag från lagens tillämpningsområde". NOU anser att undantagen bör komma direkt efter tillämpningsområdet och dessutom ha samma nivå på rubrik.

**3 kap. 3 § andra stycket, artikel 15 a, 5 kap. 5 § andra stycket LUFS, artikel 22 a**

Bestämmelsen anger att vissa undantagna avtal skall skickas till kommissionen. Skyldigheten att tillställa kommissionen vissa avtal åvilar medlemsstaten och torde inte behövas i upphandlingslagstiftningen.

Rubriken före **3 kap. 4 §** som lyder "Förvärv av fastighet m.m." bör benämnas på ett annat sätt, eftersom rubriken inte på ett tillfredsställande sätt täcker innehållet. Övervägas bör om rubriken "Undantagna kontrakt och tjänstekoncessioner" passar bättre alternativt att tjänstekoncessioner placeras under en egen rubrik. Rubriken före 5 kap. 11 § LUFS benämns på samma sätt.

**3 kap. 4 § första stycket, artikel 16**

Inledningen av paragrafen bör i likhet med direktivet ange att undantaget endast avser tjänstekontrakt.

Camilla Graf Morin

Mot bakgrund av de problem med exploateringsavtal och liknande som funnits under de senare åren (bl.a. NOU:s dnr 2004/0041-26), bör ett förtydligande göras av att det endast är anskaffning av befintliga byggnader som undantas från lagens tillämpningsområde. Utredningen har utslutit uttrycket "befintliga byggnader" i 1 stycket 1 punkten, men tagit med det i 2 stycket, vilket inte löser tolkningsproblemet.

**3 kap. 5 §, artikel 17, 5 kap. 1 § LUFSS, artikel 18** beträffande tjänstekoncessioner

Beträffande utredningens förslag avseende tjänstekoncessioner har NOU uppfattningen att förfarandet bör regleras ytterligare. NOU hänvisar till yttrandet över EG-kommissionens Grönbok om offentlig-privata partnerskap och EG-rätten om offentlig upphandling och koncessioner (Dnr 2004/0143-22). Ett förslag angående upphandling av tjänstekoncessioner kan förväntas från kommissionen.

Utredningens förslag innebär att en upphandling av ett kontrakt avseende en tjänstekoncession undantas från lagens tillämpningsområde förutom 1 kap. 9 § som innebär att principen om icke-diskriminering på grund av nationalitet skall iakttas. NOU anser beträffande tjänstekoncessioner att förhållandet till principparagraferna 1 kap. 5 § respektive 1 kap. 4 § och rättsmedlen är oklar. Det bör klart framkomma att alla de grundläggande principerna för offentlig upphandling gäller vid upphandling av ett kontrakt avseende en tjänstekoncession, likaså bör klargöras hur bestämmelserna om rättsmedel skall tillämpas.

EG-domstolen har i ett mål<sup>2</sup> avseende ett avtal som inte omfattades av procedurdirektivet inom försörjningssektorn uppgivit följande: "Det skall härvid anmärkas att trots att sådana avtal på gemenskapsrättens nuvarande stadium inte omfattas av tillämpningsområdet för direktiv 93/38, är de upphandlande myndigheter som ingår sådana avtal ändå skyldiga att beakta fördragets grundläggande regler i allmänhet och principen om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet i synnerhet."

Denna princip förutsätter enligt domstolen bland annat att "det finns en skyldighet att lämna insyn, så att den upphandlande myndigheten kan försäkra sig om att principen iakttas". Domstolen uppger vidare att "[d]enna skyldighet att lämna insyn som åvilar varje upphandlande myndighet syftar till att garantera varje potentiell anbudsgivare att upphandlingen kringgärdas av sådan offentlighet att tjänstemarknaden är öppen för konkurrens och att det går att kontrollera om upphandlingsförfarandena är opartiska.

---

<sup>2</sup> C-324/98, p. 60 och del av punkt 2 samt punkt 3 i domslutet, Telaustria Verlags GmbH, Telefonadress GmbH och Telekom Austria AG, tidigare Post & Telekom Austria AG, REG. s. I-10745.

Camilla Graf Morin

**4 kap. 2 §, artikel 8**

Lagrummet riktar sig till upphandlande myndigheter som inte själva genomför en upphandling utan delvis finansierar en upphandling som genomförs av någon annan. Lagrummet har placerats i förslaget under rubriken "Tröskelvärden", vilket inte är särskilt informativt för läsaren. I direktivet finns motsvarande bestämmelse under rubriken "Tillämpningsområde" med underrubrik "Kontrakt som subventioneras med mer än 50 % av upphandlande myndigheter", vilket underlättar förståelsen av bestämmelsen betydligt. NOU föreslår att bestämmelsen flyttas till bestämmelserna beträffande lagens tillämpningsområde.

Ansvarsfrågan vid tillämpning av paragrafen är oklar och NOU anser att det bör tydliggöras hur rättsmedlen är avsedda att fungera.

**4 kap. 7 §, artikel 9.5 - Delkontrakt**

Sådana delkontrakt som avses i paragrafen och som understiger tröskelvärdet skall enligt den nuvarande svenska lagstiftningen upphandlas i enlighet med bestämmelserna för upphandling under tröskelvärdena i 6 kap. LOU. Se bland annat *Sammanställning NOU info 1996* sid. 36-38, *NOU info -98*, sid. 3. Det är oklart om avsikten med utredningens förslag är att ändra tillämpningsområdet. Om så inte är fallet skall en hänvisning i enlighet härmed ske till 17 kap.

NOU ser inga särskilda skäl till att undanta dessa delupphandlingar från bestämmelserna motsvarande dagens 6 kap. LOU.

Det förefaller som om direktivets bestämmelser om att det inte är tillämpligt i många fall angivits i det svenska lagförslaget som att den svenska lagen inte skall vara tillämplig, såsom exemplet ovan med delkontrakt. Se även kommentar ovan beträffande rubriken till 3 kap. NOU vill här endast erinra om den hittillsvarande svenska tekniken att ibland reglera viss från direktivet undantagen upphandling genom bestämmelserna för upphandling under tröskelvärdena.

Före **4 kap. 8 §** bör rubriken vara "Varukontrakt".

**4 kap. 11 §, artikel 9.9**

Sista stycket i paragrafen som anger hur ett ramavtal skall beräknas berör inte endast tjänstekontrakt som rubriken anger. Bestämmelsen bör lämpligen placeras på annat ställe t.ex. efter 4 § i samma kapitel.

**5 kap.**

Kapitlet bör benämnas "Användning av öppet, selektivt och förhandlat förfarande", eftersom det ger mer information om innehållet i bestämmelserna. Skulle kapitlets rubrik finnas kvar så bör den ändras till "Upphandlingsförfaranden".

Camilla Graf Morin

### **5 kap 1 - 3 §§**

Begreppen förhandlat upphandlingsförfarande och förhandlat förfarande används i förslaget beträffande samma förfarande. I syfte att förenkla användningen och tillämpningen av lagen förespråkar NOU det kortare begreppet. Väljs det bör definitionerna och benämningen i lagförslaget anpassas därefter. 5 kap. 1 och 2 §§ om användningen av öppet, selektivt och förhandlat förfarande bör skrivas ihop.

### **5 kap. 3 § 2 p., artikel 30.1 b - Förhandlat förfarande med föregående annonsering**

Utredningen har här ersatt direktivets uttryckssätt ”i undantagsfall” som bättre markerar bestämmelsens karaktär av kvalificerat undantag med ”på grund av särskilda omständigheter”. Övriga undantagsbestämmelser i direktivet och i samma paragraf innehåller inte rekvisitet i undantagsfall, vilket markerar att denna punkt avser ett kvalificerat undantag.

### **5 kap. 3 – 5 §§, artikel 30**

Bestämmelserna i nämnda paragrafer bör utformas mer i enlighet med direktivens bestämmelser. Paragraferna innehåller undantagsbestämmelser och eftersom Sverige inte kan skapa egna sådana bör en ordalydelse väljas som ligger så nära direktivets som möjligt.

### **5 kap. 3 § 3 p., artikel 30.1 c**

Den svenska lagen bör exemplifiera vilken typ av tjänster som lagstiftaren har i åtanke, t.ex. finansiella och intellektuella tjänster. Motsvarigheten i direktivet anger mer tydligt vilka tjänster som är tänkta att omfattas.

### **5 kap. 8 § andra stycket, artikel 31.2 b.**

I paragrafen anges att kompletterande leveranser och återkommande kontrakt av samma slag får löpa under längre tid än tre år endast om det finns *särskilda skäl*. NOU anser att direktivets ordval *som regel* inte får överstige tre år bör användas.

Kommentar och hänvisning i en sådan till artikel 31.2 b saknas.

### **5 kap. 10 §, artikel 31.3**

En hänvisning i 16 kap. bör göras till 5 kap. 10 § som anger möjligheten att tillämpa förhandlat förfarande utan föregående annonsering om det är fråga om tilldelning av tjänstekontrakt som följer på en projekttävling. Ett alternativ är att bestämmelsen i 5 kap. 10 § flyttas till 16 kap. som bara handlar om projekttävlingar på tjänsteområdet.

### **5 kap. 11 §, artikel 44.2 - Selektion vid selektiv och förhandlad upphandling**

NOU anser att bestämmelsen något tydliggör hur selektion av intresserade leverantörer skall gå till vid selektiv och förhandlad upphandling. Enligt förslaget skall det i annonsen anges de miniminivåer som kan ha fastställts i

Camilla Graf Morin

fråga om deltagarnas ekonomiska, finansiella, tekniska och yrkesmässiga kapacitet.

Både i direktivet och i det svenska lagförslaget anges beträffande miniminivåerna att den kapacitet som krävs för ett bestämt kontrakt skall ha samband med kontraktsföremålet och stå i proportion till detta. Denna formulering tydliggör att den upphandlande myndigheten kan ange en kapacitetsribba och att inte bara den eller de som bäst klarar ribban skall väljas ut vid urvalet. Motsvarande klarläggande skulle underlätta urvalet av anbudssökande vid urvalsupphandling.

**6 kap. artikel 1.2.5, artikel 9.9 och artikel 32 - Ramavtal**

I betänkandet anges (sid. 276) ”En särskild svårighet uppkommer om den upphandlande myndigheten inte helt på egen hand kan bestämma vad myndigheten kan behöva. Detta gäller t.ex. i det fall en patient eller annan vård- eller omsorgstagare kan utöva inflytande på de tjänster eller varor som myndigheten skall tillhandahålla. För att tillgodose de enskilda önskemål som kan framföras måste en upphandlande myndighet, om den ingått ett ramavtal som täcker vad som efterfrågas, kunna avvika från vad som annars kan framstå som det bästa anbudet, och i stället anskaffa den vara eller tjänst som efterfrågas.”

Det bör tydligt anges i propositionstexten att en avvikelse från vad som kan framstå som det bästa anbudet endast kan accepteras om det slutliga avgörandet av behovet ligger utanför enhetens kontroll och att detta tydligt beskrivs både i förfrågningsunderlaget och i ramavtalet. Beskrivningen i propositionstexten av denna möjlighet att avvika bör inte kunna uppfattas som en avvikelse från LOU:s bestämmelser.

På sid. 276-277 i betänkandet pekar utredningen på problem som även av NOU uppfattas som svårlösliga vid användning av ramavtal.

Författningsförslaget beträffande ramavtal är enligt NOU:s uppfattning inte helt tillfredställande. Kommentarer lämnas nedan. Det bör vidare klargöras hur rättsmedlen, överprövning och skadestånd, avses tillämpas vid tecknandet av ramavtalet och tilldelning av kontrakt som grundar sig på ramavtalet, innan bestämmelserna träder ikraft.

**6 kap. 1 §, artikel 32.1**

Bestämmelsen som lyder ”En upphandlande myndighet får sluta ramavtal” kan tas bort. Motsvarigheten i direktivet ger medlemsstaterna en rätt att införa bestämmelser om ramavtal i den nationella lagstiftningen. Upphandlingsutredningen har nu föreslagit att Sverige skall införa sådana bestämmelser och ett särskilt lagrum om detta för upphandlande myndigheter fyller ingen funktion. Skrivningen kan uppfattas så att möjlighet att sluta ett ramavtal införs först genom ifrågavarande lags ikraftträdande.

Camilla Graf Morin

**6 kap. 2 §, artikel 32.2**

Artikel som bestämmelsen bygger på hänvisar endast till artikel 53 om tilldelningsgrunder och således inte till någon bestämmelse om onormalt låga anbud (artikel 55), varför paragrafen endast bör hänvisa till 14 kap. 1-2 §§.

**6 kap. 4 §, artikel 32.2 fjärde stycket**

I 6 kap. 4 § anges att "ett ramavtal får endast om det finns särskilda skäl löpa under längre tid än fyra år." Den valda formuleringen återspeglar inte till fullo direktivets formulering "ett ramavtal får inte löpa längre än fyra år, utom i vederbörligen styrkta undantagsfall, särskilt genom föremålet för ramavtalet."

Särskilda skäl är ett lägre krav än "vederbörligen styrkta undantagsfall" (den engelska språkversionen av direktivet talar om "exceptional cases"). Det framgår inte heller av lagförslaget att det är den upphandlande enheten som har bevisbördan för att rätt till undantag från fyraårsregeln föreligger. Det framgår inte heller av utredningens förslag att undantag från fyraårsregeln normalt endast kan beviljas på grund av skäl som sammanhänger med föremålet för upphandlingen (jfr kommissionens exempel att utförandet av leverantörens åtaganden kräver investeringar med en avskrivningstid som är längre än fyra år). Den upphandlande myndighetens uppfattning om vad som vore praktiskt, önskvärt etc. kan således normalt inte tillmätas någon betydelse vid bedömningen av om undantag från fyraårsregeln kan medges.

**6 kap. 5 §, artikel 32.2 femte stycket**

Kommentaren till förbudet att använda ramavtal "på ett otillbörligt sätt eller på ett sådant sätt att konkurrensen förhindras, begränsas eller snedvrids" bör ange att varje enskild situation kommer att bedömas utifrån rådande omständigheter och vägas mot de grundläggande principerna för offentlig upphandling.

**6 kap. 8 § andra stycket, artikel 32.4**

6 kap. 8 § andra stycket som motsvarar artikel 32.4.d) avser en situation där inte alla villkor är fastställda i ramavtalet och passar således inte ihop med första stycket i paragrafen som handlar om ramavtal där alla villkor är fastställda i ramavtalet. NOU föreslår att 6 kap. 8 § andra stycket stryks, eftersom bestämmelsen återfinns i föreslagen 6 kap. 9 § 4 p.

**7 kap. artikel 11 - Inköpscentraler**

NOU konstaterar att förslaget beträffande användningen av inköpscentraler inte ger mycket information om hur anskaffning från eller via dessa skall gå till. Utredningen anger "De frågor som osäkerheten ger upphov till kräver noggrannare analyser än som varit möjliga inom ramen för detta betänkande". Frågor som åsyftas är hur en upphandlande myndighet kan ta reda på om inköpscentralen har följt LOU vid sin upphandling, vilka effekter det får för myndigheten om det visar sig att inköpscentralen inte har gjort det och hur en felaktig upphandling skall angripas.

Camilla Graf Morin

Dessa frågor är centrala för bedömningen av vem som ansvarar för upphandlingens genomförande. NOU anser därför att lagstiftningen tydligare bör reglera förfarandet innan LOU öppnar möjligheten att göra anskaffningar från eller via dessa. Det bör således bland annat klargöras hur rättsmedlen, överprövning och skadestånd, avses tillämpas vid upphandlande myndigheters köp från eller via inköpscentraler innan bestämmelserna om dessa träder ikraft.

**8 kap. 2 §, artikel 23.3 a - Tekniska specifikationer**

I tredje stycket anges att varje hänvisning som avses i första stycket 5 punkten skall följas av orden ”eller likvärdigt”. I direktivet synes denna skyldighet att lägga till orden ”eller likvärdigt” inte begränsa sig endast till 5 punkten utan skall avse alla punkter i lagrummet.

**8 kap. 2-5 §§, artikel 23.3 och 4**

I direktivet anges att de tekniska specifikationerna *skall* vara utformade på något av följande sätt och sedan görs en hänvisning till punkterna a-d. I förslaget till 8 kap. 3-5 §§ som motsvarar punkterna artikel 23.3. b-d anges att de tekniska specifikationerna *får* utformas på angivet sätt.

**8 kap. 7 §, artikel 23.4**

NOU anser att artikel 23.4 andra stycket avseende lämpligt sätt att visa att föreslagna lösningar på ett likvärdigt sätt uppfyller kraven i den tekniska specifikationen bör tas in i den svenska lagen. Som lämpligt sätt anges tillhandahållande av teknisk dokumentation från tillverkaren eller en provningsrapport från ett erkänt organ.

**8 kap. 8 §, artikel 23.5**

NOU anser att artikel 23.5 tredje stycket avseende lämpligt sätt att visa att föremålet för upphandlingen uppfyller den upphandlande myndighetens prestanda- eller funktionskrav bör tas in i den svenska lagen. Som lämpligt sätt anges tillhandahållande av teknisk dokumentation från tillverkaren eller en provningsrapport från ett erkänt organ.

**8 kap. 9 §, artikel 23.6 - Miljömärken**

Paragrafens lydelse på sid. 295 f. i betänkandet stämmer inte överens med lydelsen av samma paragraf i författningsförslaget sid. 33. Orden i punkt 1 ”utarbetats på grundval av vetenskapliga rön” skall i författningsförslaget flyttas ner sist i punkt 2.

NOU anser att lagtexten för tydlighetens skull bör nämna det som direktivet anger som exempel på bevismedel; teknisk dokumentation från tillverkaren eller en provningsrapport från ett erkänt organ.

**8 kap. 10 §, artikel 23.7 - Erkända organ**

En direktivnära förklaring ges i 8 kap. 10 § av begreppet ”erkänt organ”. Förklaringen börjar ”Med erkända organ avses i detta kapitel...”.

Utredningen har dock i det svenska lagförslaget utelämnat de tre ställen i artikeln som nämner begreppet erkänt organ. Artikel 23.4 andra stycket,

Camilla Graf Morin

23.5 tredje stycket och 23.6 andra stycket. Den svenska lagen nämner således inte begreppet erkända organ annat än i förklaringen i 8 kap. 10 §.

Förslaget innebär att upphandlande myndigheter skall godta intyg från erkända organ som är etablerade i andra medlemsstater. Fråga är om inte Sverige med hänsyn till bland annat åtagandet inom GPA bör utsträcka skyldigheten att godta intyg från organ till att gälla stater som anslutit sig till GPA.

**8 kap. 14 §, artikel 27 - Information om arbetsvillkor m.m.**

Rubriken bör i den svenska lagen räkna upp alla fyra aktuella områden - beskattning, miljöskydd, arbetarskydd och arbetsvillkor - såsom direktivet gör.

Den artikel som den svenska lagen skall införa nämner inte bara anbudsgivare utan också anbudssökande som mottagare för uppgiften om vilka organ som kan lämna relevanta uppgifter om skyldigheter avseende beskattning, miljöskydd, arbetarskydd och arbetsvillkor. Tillägg bör göras i 8 kap. 14 §, första och andra styckena.

**8 kap. 16 §, artikel 39 - Tillhandahållande av förfrågningsunderlag**

Paragrafen föreskriver att upphandlande myndigheter skall lämna ut förfrågningsunderlaget och andra kompletterande handlingar senast 6 dagar efter det att begäran har tagits emot förutsatt att den gjorts i god tid före fastställd sista dag för mottagande av anbud. Kommentaren bör här påminna om skyldigheten för de myndigheter som lyder under offentlighetsprincipen att en begärd handling skall lämnas ut skyndsamt, vilket normalt torde innebära inom ett par dagar.

**9 kap. 2 §, artikel 35.1 första stycket a-c - Förhandsannonsering**

Utredningen anger i kommentaren till 9 kap. 2 § att fråga är, när det gäller förhandsannonsering, om värdet av kontrakten skall läggas samman med värdet av ramavtalen eller om en beräkning skall göras för kontrakten och en annan för ramavtalen. Utredningen fastnar för tolkningen att det inte är det sammanlagda värdet av kontrakt och ramavtal som avgör om gränsvärdet uppnås eller inte. Grunden för deras uppfattning uppges vara att det i direktivet står "kontrakt eller ramavtal".

NOU har motsatt uppfattning och anser att det är det sammanlagda värdet av kommande kontrakt och ramavtal som är avgörande för skyldigheten att förhandsannonsera. Denna uppfattning grundar sig på syftet med förhandsannonsering, d.v.s. att tidigt varsko marknaden och potentiella leverantörer om kommande upphandlingar och eventuellt nya marknadsmöjligheter.

**9 kap. 6 §, artikel 35.1 femte och sjätte styckena**

Rubriken till lagrummet benämns "Begränsning av skyldigheten att förhandsannonsera" och även paragrafen talar om skyldigheten att

Camilla Graf Morin

förhandsannonsera. Det kan knappast anses vara en skyldighet att förhandsannonsera, eftersom det endast är en förutsättning för att kunna tillgodoräkna sig kortare tidsfrist.

**9 kap. 8 §, artikel 35.4 femte stycket**

Det bör framgå av kommentaren till paragrafen att lagrummet inte inskränker skyldigheten för berörda upphandlande myndigheter att lämna ut handlingar enligt offentlighetsprincipen.

**10 kap. 8 § första stycket, artikel 38.8**

Bestämmelsen reglerar förkortade tidsfrister för *anbudsansökningar* på grund av tidsbrist vid selektivt och förhandlat förfarande med föregående annonsering. Lagrummet hänvisar felaktigt till 10 kap. 2 § som reglerar *anbudstid* vid öppen upphandling. 10 kap. 8 § första stycket avser tidsfrist beträffande mottagande av *anbudsansökningar* och hänvisar felaktigt till 3 § som reglerar tidsfrist för mottagande av *anbud*.

**11 kap. 1 §, artikel 42**

Artikel 42 punkt 1 anger att all kommunikation och allt informationsutbyte som avses i denna avdelning (det vill säga avdelning II som motsvarar artikel 4-55) får efter den upphandlande myndighetens eget val ske per post, etc. medan det i det svenska lagförslaget anges *enligt denna lag*. Konsekvensen blir t.ex. att kommunikation och informationsutbyte beträffande koncessioner avseende byggtreprenader (avdelning III i direktivet) och beträffande projekttävlingar på tjänsteområdet (avdelning IV i direktivet) också omfattas. Kapitel 16 beträffande projekttävlingar på tjänsteområdet innehåller dessutom egna regler om kommunikation och information. (Se 16 kap. 10 §, artikel 71).

**11 kap. 5 §, artikel 42.6 b**

Det svenska förslaget talar om bekräftelse av en muntlig ansökan om att få lämna anbud men direktivet behandlar bekräftelse vid ansökan per telefon. NOU anser att en mer direktivnära formulering är att föredra.

Kommentaren anger att paragrafen motsvarar artikel 42.6 b och c i direktivet som handlar om överföring av *anbudsansökningar* medan det svenska förslaget även handlar om bekräftelse av *anbud*.

**11 kap. 7 § (ej motsvarighet i direktivet) - Öppning av anbud**

Utredningen föreslår att möjligheten att öppna inkomna anbud allteftersom tas bort. I författningsförslaget anges sålunda att anbudena skall öppnas samtidigt.

NOU, som i tidigare remissyttranden framfört nämnda förslag, har inget att erinra mot förslaget men anser att samma krav på förrättning som anges i första stycket med tillhörande formkrav och möjlighet för en av handelskammaren utsedd person att närvara bör gälla för samtliga upphandlingsförfaranden (utom direktupphandling).

Camilla Graf Morin

Anledningen till att avstå från en förrättning har varit att det är opraktiskt när anbudet öppnas allteftersom. NOU anser således att 11 kap. 7 § andra stycke kan strykas.

NOU föreslår beträffande lagrummet att ordet förrättning utgår ur lagstiftningen. (11 kap. 7§ och 17 kap. 14 § i lagförslaget avseende upphandling inom den klassiska sektorn, 14 kap. 7 § och 19 kap. 14 § i lagförslaget avseende upphandling inom försörjningssektorerna). Enligt NOU:s erfarenhet uppfattas benämningen förrättning ofta som onödigt byråkratisk och samma resultat skulle uppnås även om ordet stryks ur lagstiftningen. (...efter anbudstidens utgång, öppnas av minst två personer som utsetts av den upphandlande myndigheten/enheten...)

**11 kap. 8 §, artikel 51**

Det synes som om förslagets tredje stycke delvis konsumeras av det andra stycket. Dessutom finns inte begränsningen med från andra stycket att förtydligandet och kompletteringen får ske endast om det kan göras utan risk för särbehandling och konkurrensbegränsning.

Enligt artikel 51 får upphandlande myndigheter anmoda leverantörerna att komplettera eller förtydliga inlämnade certifikat och handlingar med tillämpning av artiklarna 45-50. 11 kap. 8 § hänvisar till 12 kap. och 13 kap. 3 §. Många av de lagrum som motsvarar artiklarna 45-50 finns i övriga paragrafer i kap. 13 t.ex. 4 §, 9 §, 12§ och 13 §.

Kommentaren anger att det saknas motsvarighet i direktivet men NOU vill erinra om ovan nämnda artikel 51 som handlar om kompletteringar och upplysningar. Kommentaren bör vidare för tydlighetens skull upplysa om att bestämmelsen motsvarar de uttalanden av rådet och kommissionen som ligger sist i de numera upphävda direktiven 89/440/EEG avseende upphandling av byggtreprenader inom den klassiska sektorn och 90/531/EEG avseende upphandling inom försörjningssektorn.

**11 kap. 9 §, artikel 41.1 - Underrättelse om beslut**

Enligt NOU:s uppfattning bör det av lagtexten uttryckligen framgå i likhet med artikeln att paragrafen innebär att information skall lämnas även beträffande ett beslut att avbryta en upphandling.

**11 kap. 10 §, artikel 6, artikel 35 p. 4 sista stycket, artikel 41p.3 - Beslut att inte lämna ut information**

I gällande 1 kap. 11 § LOU anges att en annons om avslutad upphandling inte får innehålla uppgifter vars publicering skulle strida mot något allmänt intresse eller motverka befogade affärs- eller konkurrensintressen. Bestämmelserna om sekretess vid upphandling finns annars i sekretesslagen och förslaget till 11 kap. 10 § innebär ytterligare ett frångående av principen att sekretessreglerna hör hemma i sekretesslagen och inte i

Camilla Graf Morin

upphandlingslagstiftningen. Samma iakttagelse kan nämnas beträffande föreslagen bestämmelse i 9 kap. 8 §.

Bestämmelsen i 11 kap. 10 § innehåller delvis andra skäl för hemlighållande av information än de som framgår av 6 kap. 2 § och 8 kap. 10 § sekretesslagen. För att ingen konflikt mellan å ena sidan den aktuella paragrafen och å andra sidan offentlighetsprincipen och sekretesslagen skall uppstå bör den föreslagna bestämmelsen synkroniseras med sekretesslagens bestämmelser.

De konsekvenser som paragrafens bestämmelse ger upphov till för upphandlande myndigheter som inte lyder under offentlighetsprincipen bör uppmärksammas. Eftersom bestämmelsen ger upphandlande myndigheter möjlighet att, med åberopande av vissa angivna grunder, inskränka den information om tilldelningsbeslutet som annars skulle ha lämnats, kan man föreställa sig att det kommer att uppkomma fall då den upphandlande myndigheten och anbudsgivarna har olika uppfattning om paragrafens tillämplighet. Möjligheten att få ett beslut om hemlighållande överprövat i domstol bör tydliggöras. I praktiken blir det fråga om att domstolen får göra ett slags sekretessprövning, dock inte enligt sekretesslagen utan enligt den aktuella paragrafen. En nackdel med att ta in bestämmelser i skilda lagstiftningar om att upphandlande myndigheter inte behöver lämna ut information om upphandlingar är att överprövning av besluten i vissa fall kommer att prövas av länsrätt i första instans och endast efter prövningstillstånd i kammarrätt medan ett sekretessbeslut enligt sekretesslagen prövas direkt i kammarrätt.

**11 kap. 12 §**, ej motsvarighet i direktivet

Bestämmelsen behandlar anbudsgivares bundenhet. Det kan ifrågasättas om bestämmelsen hör hemma i ett kapitel med rubriken Kommunikation, information och dokumentation.

**11 kap. 13 §**, *artikel 43* - Protokollens innehåll

Om 1 kap. 24 § LOU beträffande förvaring av handlingar upphävs i enlighet med förslaget, är det angeläget att den föreslagna förordningen träder ikraft samtidigt med lagändringarna. NOU vill också rikta uppmärksamhet på Riksarkivets föreskrifter och allmänna råd om gallring och återlämnande av handlingar vid offentlig upphandling (RA-FS 2004:2 som trädde ikraft den 1 november 2004, (se *NOU info juni -04* sid. 18f.). Riksarkivets föreskrifter RA-FS 2004:2 gäller för vissa upphandlande myndigheter.

**12 kap. 1 §**, *artikel 45.1* – Omständigheter som skall medföra uteslutning av leverantörer

En upphandlande myndighet skall utesluta en leverantör om myndigheten får kännedom om de förhållanden som avses i lagrummet. Kommentaren bör därför relativt tydligt återge de förhållanden som avses, eftersom det föreligger obligatorisk uteslutning av leverantör om vetskap erhålles om

Camilla Graf Morin

avsedda förhållanden. Kommentaren bör även upplysa om var gemenskapsrättsakterna som lagrummet hänvisar till återges.

### **13 kap. 4-6 §§**

Kommentarerna anger motsvarande artikel i direktivet och anger vidare att motsvarighet saknas i LOU. Information saknas om att uppgifterna finns i förordning (1998:1364) om bevis vid offentlig upphandling.

### **13 kap. 12 och 13 §§, artikel 49 och 50**

Hänvisning görs i 13 kap. 12 § 2 st. avseende godkännande av intyg beträffande kvalitetssäkringsstandarder till organ som är etablerade i *andra EES-stater*. 13 kap. 13 § 2 st. hänvisar på motsvarande sätt beträffande standarder för miljöledning till *andra medlemsstater*. Motsvarigheten i direktivet uttrycks på samma sätt i bägge fallen (andra medlemsstater).

### **14 kap. 2 §, artikel 53**

Det anges i direktivet att de olika tilldelningskriterierna skall viktas inbördes för att ange hur tilldelning av kontrakt kommer att ske vid utvärderingsgrunden det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

I lagförslaget anges att den upphandlande myndigheten skall ange vilken relativ inbördes betydelse de olika kriterierna kommer att ges vid utvärderingen. Om detta inte är möjligt skall de anges i fallande prioritetsordning. NOU har den uppfattningen att förslaget kan uppfattas ha en annan och eventuellt en något vagare innebörd. En paragraf som är så central som denna bör, enligt NOU:s uppfattning, överensstämma med motsvarigheten i direktivet. En fördel med att ha samma ordval som i direktivet är att Sverige lättare kan följa och ta till sig kommande uttalanden från EG-domstolen beträffande bestämmelsen.

### **14 kap. 4 §, artikel 55.3**

NOU ställer sig frågande till varför den upphandlande myndigheten "skall" samråda med anbudsgivaren, när myndigheten sedan "får" välja att förkasta anbudet. Det är ju en sak att myndigheten inte får förkasta anbudet utan att först ha samrått med anbudsgivaren, men varför finns det en skyldighet att samråda även i de fall då myndigheten inte har för avsikt att förkasta anbudet, oavsett om det förekommer statligt stöd eller ej? NOU föredrar en mer direktivnära formulering.

### **15 kap. 9 §, artikel 63.2, 5 kap. 6 § LUFSS, artikel 23.2**

NOU anser att begreppet företag som förekommer i förslaget till lagstiftning t.ex. i 15 kap. 9 § och 5 kap. 6 § LUFSS bör definieras antingen i lagtexten eller i förarbetena till lagstiftningen.

### **15 kap. 11 §, artikel 65**

Hänvisningar saknas i kommentaren till 15 kap. 11 till artikel 38.5, 38.6 och 38.7 som ger rätt under vissa förhållanden att förlänga och förkorta tidsfristerna.

Camilla Graf Morin

**17 kap.** Upphandling som inte omfattas av direktivet (*Ej motsvarighet i direktivet*)

NOU anser att bestämmelserna i nuvarande 6 kap. LOU bör hållas oförändrade, inför de förslag som skall ges av Upphandlingsutredningen i etapp två, om det inte rör sig om helt nödvändiga följdändringar. NOU anser det olämpligt och förvirrande att delvis göra ändringar i nu gällande bestämmelser som kan komma att beröras av nya ändringar efter utredningens slutbetänkande som skall avlämnas redan innan detta lagförslag träder i kraft. Kommentarer till framlagda förslag i nytt 17 kap. görs emellertid nedan.

NOU anser dessutom beträffande förslaget 17 kap. att det bör innehålla så få hänvisningar till bestämmelser avseende upphandling över tröskelvärdena som möjligt. I strävan att förenkla tillämpningen av kapitel 17 bör paragraferna i stället upprepa sådant som anges på annat ställe i lagen och som skall gälla även för detta kapitel. T.ex. bör den grundläggande bestämmelsen i 17 kap. 20 § om grunder för tilldelning av kontrakt inte hänvisa till 14 kap. 1 § andra stycket utan det som anges i andra stycket bör istället upprepas i paragrafen.

Rubriken på 17 kap. som avser upphandling enligt nuvarande 6 kap. LOU föreslås ändras till "Upphandling som inte omfattas av direktivet". NOU anser att rubriken bör omformuleras. Nuvarande 6 kap. LOU benämns "Upphandling som understiger de tröskelvärden som anges i 2-5 kap., m.m.". Den rubriken är lite missvisande, eftersom uttrycket m.m. som innefattar t.ex. upphandling av alla B-tjänster utgör värdemässigt en stor andel av upphandlingen i Sverige. Nuvarande rubrik i LOU är dock bättre än utredningens förslag.

Se kommentaren till 5 kap. 11 § ovan som avser selektering vid selektiv och förhandlad upphandling. NOU anser att motsvarande klargörande bör göras beträffande selektering vid urvalsupphandling.

**17 kap. 2 § andra stycket**

Lagrummet hänvisar bland annat till 8 kap. 6 § som behandlar uppgifter om tillverkning och ursprung m.m., trots att motsvarande bestämmelse finns intagen i 17 kap. 8 §.

**17 kap. 10 §**

17 kap. 10 § hänvisar till 11 kap. 1 § första och andra styckena, 2–3 §§ och 5-6 §§ men inte till 11 kap. 4 §. Om handlingar, intyg m.m. inte finns elektroniskt, skall även dessa skickas inom tiden. En hänvisning bör således ske även till 11 kap. 4 §.

**17 kap. 14 §**

Utredningen föreslår att möjligheten att öppna inkomna anbud allteftersom tas bort. I författningsförslaget anges sålunda att anbuden skall öppnas samtidigt. Det anges i andra stycket att vid förenklat förfarande och

Camilla Graf Morin

urvalsförfarande som angetts innefatta förhandling, får försändelserna öppnas och anbuden förtecknas utan en sådan förrättning som avses i första stycket. Anbuden skall öppnas samtidigt.

NOU, som i tidigare remissyttranden framfört nämnda förslag, har inget att erinra mot förslaget men anser att samma krav på förrättning som anges i första stycket med tillhörande formkrav och möjlighet för en av handelskammaren utsedd person att närvara bör gälla för samtliga upphandlingsförfaranden (utom direktupphandling).

Anledningen till att avstå från en förrättning har varit att det är opraktiskt när anbuden öppnas allteftersom. NOU anser således att 17 kap. 14 § andra stycke kan strykas. NOU föreslår beträffande 17 kap. 14 § att ordet förrättning utgår ur lagstiftningen. Motivering till förslaget återfinns ovan under 11 kap. 7 §.

Kravet enligt andra stycket att den upphandlande myndigheten skall ha angivit att förfarandet innefattar förhandling stämmer inte väl med formuleringen att det av förfrågningsunderlaget skall framgå att ett anbud kan komma att antas utan föregående förhandling. (17 kap. 8 §.)

#### **17 kap. 16 §**

Samma grunder för uteslutning på grund av ekonomiska och andra förhållanden föreslås gälla som i gällande lagstiftning (6 kap. 9 § LOU) för upphandling enligt 17 kap. med det tillägg som anges nedan.

Hänvisning görs bland annat till 12 kap. 2 § där det föreskrivs att om en leverantör är en juridisk person får den uteslutas om någon som direkt eller indirekt har ett bestämmande inflytande över leverantören har dömts för brott som avses i 12 kap. 2 första stycket 3 eller gjort sig skyldig till sådant fel som avses i första stycket 4. NOU får här hänvisa till uppfattningen beträffande bestämmelserna i nuvarande 6 kap. LOU att dessa bör hållas oförändrade i nuvarande situation, eftersom en allmän översyn pågår.

#### **17 kap. 20 §**

Vid upphandling enligt 17 kap. och tillämpning av utvärderingsgrunden det ekonomisk mest fördelaktiga anbudet föreslås följande. Den upphandlande myndigheten skall ange antingen vilken relativ betydelse de olika utvärderingskriterierna kommer att ges vid anbudsutvärderingen eller ange dem i fallande prioritetsordning. Här finns således en skillnad jämfört med det som föreslås gälla för all annan upphandling. Vid upphandling över tröskelvärdena föreslås huvudregeln vara att en inbördes viktning skall ske och endast om myndigheten kan visa att detta inte är möjligt får de anges i fallande prioritetsordning. NOU anser inte att den föreslagna ändringen skall göras innan utredningen redovisat samtliga förslag beträffande gällande 6 kap. LOU.

Camilla Graf Morin

### **18 kap.**

NOU anser att bestämmelserna i nuvarande 7 kap. LOU bör hållas oförändrade, inför de förslag som skall ges av Upphandlingsutredningen i etapp två, om det inte rör sig om helt nödvändiga följdändringar. NOU anser det olämpligt att göra redaktionella ändringar i paragrafer (föreslagen 18 kap. 1 §) som kan komma att beröras av nya ändringar efter utredningens slutbetänkande. NOU anser att nya begrepp såsom ”felaktig upphandling” i 18 kap. kan anstå till kommande översyn av reglerna i nuvarande 7 kap.

### **Nedan angiven artikel och bilaga saknas i förslaget:**

Artikel 34 beträffande upphandling av byggtreprenader som avser socialt betingade bostadsprojekt. Denna bestämmelse bör införas i den nya lagen. Vissa bilagor till direktiv 2004/18/EG saknas i förslaget. T.ex. bilagan avseende krav på utrustning för elektronisk mottagning av anbud, anbudsansökningar eller ritningar och planer i projekttävlingar (bilaga X).

## **Del III**

### **Synpunkter på förslaget till lag om upphandling inom försörjningssektorerna**

Denna del av remissyttrandet innehåller synpunkter på de specifika frågeställningar som rör upphandling inom försörjningssektorerna. Synpunkterna omfattar endast de bestämmelser som inte återfinns i den föreslagna lagstiftningen för den klassiska sektorn.

#### *Allmänna synpunkter*

Genomgående i lagförslaget använder utredningen ordet ”myndighet” växelvis med orden ”upphandlande myndighet”, trots att betydelsen förefaller vara densamma. NOU anser att det sistnämnda borde användas i hela lagstiftningen, för att uppnå konsekvens. Se t.ex. i 16 kap. 2 §, där det anges att en upphandlande enhet som inte är en myndighet får utesluta en leverantör etc. NOU anser att det där rätteligen borde stå ”upphandlande myndighet” istället för myndighet.

#### *Synpunkter på bestämmelserna*

### **1 kap. 4 §**

Bestämmelsen i 4 § omnämner några av de grundläggande EG-rättsliga principer vilka lyfts fram i direktivet, dvs. principerna om likabehandling, icke-diskriminering och transparens. Det är viktigt att notera att de grundläggande EG-rättsliga principerna endast indirekt omfattar privata upphandlande enheters upphandling, eftersom privata enheter inte omfattas av EG-fördraget. I det fall regeringen överväger att ändra paragrafen, kan det i så fall bli nödvändigt att utforma en särskild paragraf just för dessa privata enheter.

Camilla Graf Morin

### **2 kap. 8 – 18 §§**

I kommentaren till 8-18 §§ hänvisar utredningen genomgående till fel paragrafer i förslaget till ny lag för den klassiska sektorn.

### **3 kap. 1 §**

Definitionen av upphandlande enheter i 1 § saknar kopplingen till att en organisation måste utföra en viss verksamhet för att anses vara en upphandlande enhet enligt reglerna för försörjningssektorerna. 1 § borde därför kompletteras enligt följande ”Upphandlande enheter är upphandlande myndigheter och sådana företag som avses i 4 §, vilka bedriver någon av de verksamheter som anges i 4 kap.”.

### **3 kap. 1 – 2 §§**

Ordet ”myndighet” i 1 § och den första gången det används i 2 § torde betyda ”upphandlande myndighet”, varför detta borde framgå. Därigenom får lagen även en definition av upphandlande myndighet, vilken saknas.

### **4 kap. 4 §**

I kommentaren till 4 § anger utredningen att bestämmelsen inte har motsvarighet i nuvarande LOU. Detta är felaktigt, då bestämmelsen motsvaras av 4 kap. 2 § LOU.

### **4 kap. 5 §**

Utredningen har föreslagit en annan ordalydelse av bestämmelsen i 5 § andra stycket än den som återfinns i direktivet. Eftersom utredning skriver att den inte avsett någon ändring i sak, föreslår NOU att regeringen använder ordalydelsen i direktivet.

NOU vill upplysningsvis informera om att direktiv 93/38/EEG endast omfattar *drift av nät* i syfte att tillhandahålla allmänheten transporter, inte tillhandahållande av detsamma. EU-rådet missade helt enkelt att ta med ordet ”tillhandahållande av nät” i det förra direktivet. I det nya direktivet har detta korrigerats och därför införs nu regeln att även tillhandahållande av nät i syfte att tillhandahålla allmänheten transporter omfattas av direktivreglerna. Skillnaden klargörs tydligast om man ser till den skillnad på verksamhet som bedrivs av å ena sidan Statens Järnvägar AB och å andra sidan Banverket.

### **4 kap. 6 §**

Bestämmelsen i 6 § andra stycket är inte konsekvent i förhållande till resterande lagtext. Utredningen skriver att tillhandahållande av andra tjänster endast omfattas av lagen, om den upphandlande enheten även bedriver postverksamhet, vilket överensstämmer med direktivtexten. Sedan stadgas emellertid att en ytterligare förutsättning för att lagen skall vara tillämplig är, att verksamheten inte av Europeiska gemenskapernas kommission enligt artikel 30 i direktiv 93/38/EEG förklarats undantagen. Denna förutsättning gäller dock för all verksamhet inom försörjningssektorerna, varför det förefaller märkligt att särskilt peka ut

Camilla Graf Morin

postverksamhet som en sektor som kan undantas. NOU förslår därför att paragrafen skrivs om utan påpekandet om artikel 30.

#### **4 kap. 7 - 8 §§**

I 7 och 8 §§ anger utredningen de postverksamheter som omfattas av lagens bestämmelser. Utredningens förslag överensstämmer dock inte till fullo med direktivtexten. Det anges ingen meningsfull anledning till att texterna skiljer sig åt. NOU noterar särskilt att utredningen valt att inte ange att posttjänster omfattar ”monopoliserande posttjänster”, med hänvisning till att något monopol inte gäller i Sverige. Definitionen i artikel 6, 2 § b) i direktiv 2004/17/EG skiljer dock på ”monopoliserande posttjänster”, vilka omfattas av eller får omfattas av monopol och ”andra posttjänster”, med vilket avses posttjänster som inte får omfattas av monopol. Att inte införa den i direktivet angivna definitionen av posttjänster kan få effekt på tillämpningen av regelsystemet, ifall Sverige väljer att införa någon typ av monopol. NOU kan inte se någon anledning till att avvika från ordalydelsen i direktivet och föreslår därför att regeringen inför definitionerna avseende de olika typerna av posttjänster som anges där.

#### **4 kap. 9 §**

I 9 § anges de verksamheter avseende utvinnande av kol och olja m.m. samt tillhandahållande av flygplatser, hamnar m.m. vilka omfattas av lagen. Utredningen har valt att byta ut begreppet ”geografiskt område” mot begreppet ”mark- eller vattenområden”. Utredningen skriver att ändringen inte innebär någon saklig avvikelse från direktivets bestämmelser. NOU anser att det är lämpligast att följa ordalydelsen i direktivet, och föreslår att regeringen byter ut ordalydelsen i paragrafen, även om dagens LOU innehåller den text som utredningen föreslår.

Även i 9 § 2 p. har utredningen valt att byta ut ord, i detta fall har orden ”till havs eller på inre vattenvägar” bytts ut mot orden ”till sjöss”. Utredningen anger att någon distinktion inte är nödvändig avseende skillnaden mellan inre och yttre vattenvägar och anger därför endast orden ”till sjöss”. Även här anser NOU att det är lämpligare att använda det uttryck som anges i direktivet, dvs. ”till havs eller på inre vattenvägar”. Det finns nämligen en risk att orden ”till sjöss” kan uppfattas olika av olika leverantörer, särskilt vid översättningar av de svenska reglerna.

#### **5 kap. 1 §**

I 1 § 1 st. hänvisas felaktigt till 3 kap. Hänvisningen skall avse 4 kap. Samma felaktiga hänvisning återkommer i 3 § 1 st. 1 p., 6 § 2 p. och 8 § 1 p.

#### **5 kap. 4 §**

I 4 § hänvisas felaktigt till 20 och 21 kapitlen, det skall hänvisas till 19 och 20 kapitlen. I kommentaren till 4 § hänvisas felaktigt till 3 kap. 4 § i den föreslagna lagen för den klassiska sektorn, men borde rätteligen hänvisa till 3 kap. 2 § i den lagen.

Camilla Graf Morin

### **5 kap. 7 §**

Utredningen har valt att skriva om 7 § 1 st. Innebörden blir då en annan än den som framkommer i direktivets artikel 23 3 p. a-c). För det första talar direktivet om leverans, medan den föreslagna paragrafen talar om tilldelning av kontrakt. Kontrakt skall enligt 2 kap. 3 § i den föreslagna lagen vara skriftliga och egenhändigt undertecknade. Det skulle kunna innebära att om det anknutna företaget levererat på annat sätt, t.ex. genom muntliga avtal, skall värdet av dessa inte räknas in. NOU anser inte att den svenska lagen bör öppna för sådana oklarheter. För det andra innehåller artikeln i direktivet orden "sådana tjänster" (resp. varor och byggtreprenader). Det innebär att endast *liknande* varor, tjänster och byggtreprenader skall räknas in i volymen när den upphandlande enheten kontrollerar huruvida gränsen på 80 procent uppnåtts. NOU har här tidigare utgått ifrån att de upphandlande enheterna tillämpar samma metod som vid beslut huruvida förhandsannonsering skulle ske eller ej, dvs. de första fyra siffrorna i CPV-koden. Ordet "sådana" bör därför läggas till.

### **5 kap. 11 §**

I kommentaren till 11 § hänvisas felaktigt till 3 kap. 6 § i lagförslaget till den klassiska sektorn. Hänvisningen skall avse 3 kap. 4 §.

### **6 kap. 4 §**

Rubriken till 4 § - "Kontrakt som löper på viss tid eller på obestämd tid" blir missvisande, eftersom paragrafen endast behandlar varuupphandlingar. Att den endast behandlar varor borde framgå av rubriken.

### **7 kap. 2 §**

I 2 § 12 p. talas om vinnare av projekttävlingar. I det fall kontraktet enligt tävlingsreglerna skall tilldelas vinnaren eller en av vinnarna, behöver den upphandlande enheten inte använda de upphandlingsförfaranden som anges i lagen. Utredningen har brutit ut bestämmelsen om att i de fall mer än en vinnare utsetts, samtliga skall inbjudas att delta i förhandlingar. Den sistnämnda bestämmelsen återfinns i 3 § i samma kapitel. NOU föreslår att bestämmelsen i 3 § flyttas till 2 § 12 p., vilket vore mer logiskt.

### **8 kap. 2 §**

I 2 § hänvisas till 5 kap. 14 §, och det stadgas att reglerna i kapitel 8 inte skall tillämpas på projekttävlingar som är undantagna enligt den bestämmelsen. NOU anser att detta framkommer redan av andra bestämmelser, varför en hänvisning här förefaller vara onödig.

I kommentaren till 2 § hänvisas felaktigt till 7 kapitlet, rätteligen är det 8 kapitlet som avses.

### **9 kap. 2 §**

2 § förefaller endast upprepa den bestämmelse som redan återfinns i 7 kap. 2 § 9 p. NOU föreslår därför att bestämmelsen tas bort.

Camilla Graf Morin

**15 kap.**

Genom nuvarande LOU infördes möjligheten för upphandlande enheter inom försörjningssektorerna att inrätta vad som kommit att kallas för prekvalificeringssystem. I 15 kap. i lagförslaget kallas motsvarande för kvalificeringssystem. Eftersom det finns en del olika kvalificeringar och även olika listor som upphandlande enheter m.m. kan inrätta, föreslår NOU att de system som avses skall benämnas prekvalificeringssystem. Detta för att underlätta för alla parter att förstå vad som avses.

**17 kap. 4 §**

I 4 § anges att en upphandlande enhet skall samråda med en anbudsgivare, om enheten finner att dennes anbud är onormalt lågt p.g.a. att den fått statligt stöd. Bestämmelsen stämmer inte helt överens med ordalydelsen i direktivet och blir ologisk, i det att det enligt direktivet endast är i de fall enheten tänker förkasta anbudet på grund av det statliga stödet som den måste samråda med anbudsgivaren. NOU föreslår därför att paragrafen ändras på detta sätt till en mer direktivnära lydelse.

**19 kap.**

NOU vill peka på problemet att Sverige behåller striktare regler för upphandlingar under än för de över tröskelvärdena vid upphandlingar inom försörjningssektorerna om man endast överföra befintliga regler i den nuvarande lagens kapitel 6 till förslaget om lag om upphandling inom försörjningssektorerna.

**19 kap. 13 §**

I 13 § är hänvisningen till 6,7 och 8 §§ felaktig, det borde rätteligen hänvisas till 5, 6, och 8 §§.

**20 kap. 9 §**

I 9 § borde rätteligen anges att NOU även utövar tillsyn över upphandlingen inom försörjningssektorerna. Den nuvarande lydelse nämner endast den ”offentliga upphandlingen”, vilken inte regleras i förevarande lagförslag.

Beslut om utformningen av detta yttrande har fattats vid nämndsammanträde den 16 juni 2005 i vilket deltog kammarrättslagmannen Lisbeth Edlund, ordförande, kommerserådet Bengt Agild, teknologie doktor Börje Hed, chefsjuristen Hans Ekman, chefsjuristen Dan Holke,

Camilla Graf Morin

upphandlingschefen Lisbeth Johnson och förbundsjuristen Eva Sveman. Beslutet fattades i närvaro av NOU:s kanslichef Margareta Hentze och chefsjurist Michael Slavicek efter föredragning av jur.kand. Camilla Graf Morin avseende del I-II och jur.kand. Andrea Sundstrand avseende del III. Beslutet expedieras i enlighet med föredragandens förslag jämte ändringar enligt direktiv som lämnats vid beslutstillfället. Avvikande mening beträffande NOU:s uppfattning i vad avser utformningen av 1 kap. 5 § i lagförslaget beträffande den klassiska sektorn och motsvarande bestämmelse i lagförslaget om upphandling inom försörjningssektorerna har lämnats av ledamöterna Dan Holke, Hans Ekman och Eva Sveman, se bilaga.

#### NÄMNDEN FÖR OFFENTLIG UPPHANDLING

Camilla Graf Morin

Andrea Sundstrand

#### **Bilaga**

Avvikande mening från ledamöterna Dan Holke, Hans Ekman och Eva Sveman

#### **För kännedom**

Upphandlingsutredningen 2004