

Regeringens proposition till Riksdagen med förslag till lag om offentlig försvars- och säkerhetsupphandling och till vissa lagar som har samband med den

PROPOSITIONENS HUVUDSAKLIGA INNEHÅLL

I denna proposition föreslås det att en lag om offentlig försvars- och säkerhetsupphandling ska stiftas. Dessutom ska lagen om offentlig upphandling, lagen om upphandling inom sektorerna vatten, energi, transporter och posttjänster, lagen om internationella förpliktelser som gäller informationssäkerhet och marknadsdomstolslagen ändras. Genom de föreslagna lagarna ska det av Europaparlamentet och rådet givna direktivet om samordning av förfarandena vid tilldelning av vissa kontrakt för byggtreprenader, varor och tjänster av upphandlande myndigheter och enheter på försvars- och säkerhetsområdet och om ändring av direktiven 2004/17/EG och 2004/18/EG genomföras.

Syftet med propositionen är att effektivisera användningen av allmänna medel och göra upphandlingar med det bästa förhållandet mellan pris och kvalitet samt att harmonisera upphandlingsförfarandena inom förvaltningsområdena i de försvars- och säkerhetsupphandlingar som omfattas av lagens tillämpningsområde. Syftet är också att säkerställa att dessa upphandlingars särdrag, såsom krav som sammanhänger med Finlands försvarsförmåga, nationella säkerhet, försörjningstrygghet och informationssäkerhet, kan beaktas i tillräckligt hög grad.

I propositionen föreslås det att de upphandlingar som hör till lagens tillämpningsområde bör konkurrensutsättas på det sätt som bestäms i lagen. Konkurrensutsättningskyldigheten ska gälla både sådana upphandlingar

som hör till tillämpningsområdet för försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet och överskrider EU-tröskelvärdena och vissa sådana upphandlingar som inte omfattas av tillämpningsområdet för försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet. Konkurrensutsättning av de sist nämnda upphandlingarna ska det enligt förslaget vara möjligt att genomföra mera flexibelt än av de upphandlingar som hör till tillämpningsområdet för säkerhets- och försvarsupphandlingsdirektivet.

I propositionen ingår bestämmelser där särdrag som är förknippade med försvars- och säkerhetsupphandlingarna och genomförandet av dem beaktas. Den upphandlande enheten kan i en upphandling ställa krav som anknyter till informationssäkerheten, försörjningstryggheten samt konkurrensutsättningen av underentreprenader.

I propositionen ingår bestämmelser om de rättsmedel som ska tillämpas vid försvars- och säkerhetsupphandlingar. I en upphandlande enhets beslut och ett annat avgörande ska ändring kunna sökas med rättsmedel som är effektiva och står i rätt proportion till saken. I besvärssystemet ska särdragen i försvars- och säkerhetsupphandlingarna också beaktas på så sätt att ett eventuellt sökande av ändring inte äventyrar statens väsentliga säkerhetsintressen.

De föreslagna lagarna avses träda i kraft den 1 januari 2012.

INNEHÅLL

PROPOSITIONENS HUVUDSAKLIGA INNEHÅLL	1
INNEHÅLL	2
ALLMÅN MOTIVERING	5
1 INLEDNING.....	5
2 NULÄGE	6
2.1 Lagstiftning och praxis.....	6
2.1.1 Lagen om offentlig upphandling och lagen om upphandling inom sektorena vatten, energi, transporter och posttjänster.....	6
2.1.2 Lagen om export och transitering av försvarsmateriel	8
2.1.3 Lagen om tryggnad av försörjningsberedskapen	9
2.1.4 Försvarsupphandling	9
2.1.5 Säkerhetsupphandling	10
2.1.6 Sekretessbelagda upphandlingar	11
2.2 Den internationella utvecklingen samt lagstiftningen i utlandet och i EU.....	11
2.2.1 Allmänt.....	11
2.2.2 Sverige.....	12
2.2.3 Norge.....	12
2.2.4 Nederländerna	13
2.2.5 Tyskland	14
2.2.6 Försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet.....	14
2.2.8 Rättsskyddsdirektivet	18
2.2.9 Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt	19
2.2.10 Europeiska försvarsbyråns (EDA) uppförandekodex för försvarsupphandlingar	20
3 MÅLSÄTTNING OCH DE VIKTIGASTE FÖRSLAGEN	20
3.1 Målsättning.....	20
3.2 Alternativ	21
3.3 De viktigaste förslagen.....	23
4 PROPOSITIONENS KONSEKVENSER	27
4.1 Ekonomiska konsekvenser.....	27
4.2 Konsekvenser för myndigheterna	29
5 BEREDNINGEN AV PROPOSITIONEN	32
5.1 Beredningsskeden och beredningsmaterial	32
5.2 Remissyttranden och hur de har beaktats.....	32
DETALJMOTIVERING	34
1 LAGFÖRSLAG	34
1.1 Lagen om offentlig försvars- och säkerhetsupphandling	34
DEL I Gemensamma bestämmelser om principer och tillämpningsområde	34
1 kap. Syfte och principer	34
2 kap. Tillämpningsområde	45
3kap. Tröskelvärden och tillämpningsbestämmelser som anknyter till upphandlingsformerna	65
4kap. Beräkning av det uppskattade värdet på en upphandling	67

DEL II	Bestämmelser om varuupphandlingar, upphandlingar av primära tjänster enligt bilaga A och byggtreprenader vilka överstiger EU-tröskelvärdet.	69
5kap.	Upphandlingsförfaranden	69
6 kap.	Skyldighet att annonsera om upphandling och tidsfrister	80
7 kap.	Anbudsförfrågan och fastställande av föremålet för upphandlingen	83
8 kap.	Val av anbudssökande och anbudsgivare samt val av anbud	97
9 kap.	Underleverantörskontrakt	115
DEL III	Nationella förfaranden	123
10 kap.	Anbudsförfarande vid upphandling som understiger ett EU-tröskelvärde, vid sekundär tjänsteupphandling enligt bilaga B och vid viss annan upphandling	123
DEL IV	Gemensamma bestämmelser om beslut som gäller upphandling, upphandlingskontrakt, rättsmedel och upphandlingsdokumentens offentlighet samt särskilda bestämmelser	135
11 kap.	Beslut vid upphandling samt delgivning	135
12 kap.	Upphandlingskontrakt	142
13 kap.	Upphandlingsrättelse	145
14 kap.	Upphandlingsdokumentets offentlighet.	150
15 kap.	Ändringssökande och påföljder	150
16 kap.	Särskilda bestämmelser	176
1.2	Lagen om offentlig upphandling.....	176
1.3	Lagen om upphandling inom sektorerna vatten, energi, transporter och posttjänster...	177
1.4	Lag om internationella förpliktelser som gäller informationssäkerhet.....	178
1.5	Marknadsdomstolslagen.....	178
2	NÄRMARE BESTÄMMELSER.....	179
3	IKRAFTTRÄDANDE.....	179
4	FÖRHÅLLANDE TILL GRUNDLAGEN SAMT LAGSTIFTNINGSORDNING.....	179
LAGFÖRSLAG	190
	Lag om offentlig försvars- och säkerhetsupphandling.....	190
BILAGA A	229
BILAGA B	231
BILAGA C	232
	Lag om ändring av 7 och 83 § i lagen om offentlig upphandling.....	239
	Lag om ändring av 17 § i lagen om upphandling inom sektorerna vatten, energi, transporter och posttjänster.....	240
	Lag om ändring av 1 § i lagen om internationella förpliktelser som gäller informationssäkerhet.....	241
	Lag om ändring av 1 § i marknadsdomstolslagen.....	242
BILAGOR	243
PARALLELLTEXT	243
	Lag om ändring av 7 och 83 § i lagen om offentlig upphandling.....	243
	Lag om ändring av 17 § i lagen om upphandling inom sektorerna vatten, energi, transporter och posttjänster.....	245
	Lag om ändring av 1 § i lagen om internationella förpliktelser som gäller informationssäkerhet.....	247

Lag om ändring av 1 § i marknadsdomstolslagen	248
FÖRORDNINGSUTKAST	249
Förordning om offentlig försvars- och säkerhetsupphandling	249

ALLMÄN MOTIVERING

1 Inledning

Inom statsförvaltningen och i kommunerna görs försvars- och säkerhetsupphandling årligen för uppskattningsvis cirka 800 – 900 miljoner euro. Deras andel av totalvärdet av statens upphandling, som år 2008 var 4,36 miljarder euro, är betydande.

För närvarande avses med försvarsupphandling upphandlingar vars föremål lämpar sig huvudsakligen för militärt bruk. Som säkerhetsupphandlingar anses upphandlingar vilkas realiserande förutsätter särskilda skyddsåtgärder som baserar sig på lag eller där det i övrigt med upphandlingarna sammanhänger statens väsentliga säkerhetsintressen. Statens väsentliga säkerhetsintressen kan kräva att en försvars- eller säkerhetsupphandling helt ska sekretessbeläggas. Dessa upphandlingar har kallats sekretessbelagda upphandlingar. I och med lagförslaget ändras definitionerna på försvars- och säkerhetsupphandlingar på ett sätt som beskrivs nedan.

Försvars- och säkerhetsupphandlingarna anknyter väsentligt till tryggheten av statens yttre suveränitet samt till säkerställandet av den inre säkerheten. Med dem sammanhänger ofta särdrag som avviker från de civila upphandlingarna – såsom ett särskilt behov att skydda säkerhetsklassificerad information eller ställa krav som anknyter till försörjningstryggheten. Framför allt försvarsupphandlingar kan också till sin ekonomiska betydelse vara stora, de största enskilda upphandlingarnas priser kan stiga till flera hundra miljoner euro.

I lagstiftningen finns dock inga bestämmelser om försvars- och säkerhetsupphandlingar. Vid försvars- och säkerhetssektorns andra upphandlingar, dvs. sådana som kallas civila upphandlingar (såsom livsmedel, vanliga kommunikationssystem och –apparater, vanligt beklädnadsmaterial, vanliga transport-

tjänster) följs gällande upphandlingslagstiftning i Finland samt Europeiska unionens normering som gäller offentlig upphandling. Viktiga principer i dessa upphandlingar är att åstadkomma konkurrens, att upphandlingarna är förmånliga med tanke på den totala ekonomin och att anbudsgivarna behandlas lika och konfidentiellt.

Om förfarandena för genomförande av försvars- och säkerhetsupphandlingar och sekretessbelagda upphandlingar föreskrevs tidigare genom en förordning om upphandlingar på vilka lagen om offentlig upphandling inte tillämpas (342/1994), nedan undantagsförordningen. Normeringens nödvändighet motiverades med dessa upphandlingars särdrag, omfattande årsvolym och storleken på de anslag som årligen användes för dessa. I undantagsförordningen föreskrevs bl.a. om upphandlingsprinciperna, förfarandet för konkurrensutsättning av upphandlingarna, grunderna för val av kandidater och anbudsgivare samt om kontraktsvillkoren. Undantagsförordningen innehöll inga bestämmelser om rättsmedel. Undantagsförordningen upphävdes när lagen om offentlig upphandling (348/2007), nedan upphandlingslagen, trädde i kraft den 1 juni 2007.

Genomförandet av försvars- och säkerhetsupphandlingarna inom försvarsförvaltningen styrs särskilt av försvarsministeriets materialpolitiska strategi. Det centrala målet är att säkerställa den militära försörjningstryggheten i alla situationer. Detta genomförs bl.a. genom att verksamhetsbetingelserna för den inhemska försvarsmaterielindustrin tryggas samt genom att internationellt samarbete utnyttjas. I enlighet med strategin ska det material och de system som upphandlas vara kompatibla internationellt för att de ska kunna utnyttjas fullt ut i uppdrag både inom det nationella försvaret och inom den internationella krishanteringen. Vid upphandlingen

följs också de allmänna avtalsvillkoren för offentlig upphandling (JYSE 2009) samt försvarsförvaltningens egna bestämmelser och anvisningar.

Säkerhetsupphandlingar görs i regel på åtgärd av statens myndigheter. Också kommunerna kan göra säkerhetsupphandlingar. Genomförandet av säkerhetsupphandlingar styrs genom förvaltningsområdesvisa anvisningar och interna föreskrifter eller genom kommunernas egna upphandlingsanvisningar.

Genom denna proposition ska Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/81/EG om samordning av förfarandena vid tilldelning av vissa kontrakt för byggtreprenader, varor och tjänster av upphandlande myndigheter och enheter på försvars- och säkerhetsområdet och om ändring av direktiven 2004/17/EG och 2004/18/EG, nedan försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet, genomföras. Direktivet har trätt i kraft den 21 augusti 2009, och det skulle ha varit infört i den nationella lagstiftningen senast den 21 augusti 2011. Direktivet fastslår för medlemsstaterna förfaringsregler för konkurrensutsättning, vilka lämpar sig för försvars- och säkerhetssektorns särdrag.

Målet med direktivet är en öppnare och effektivare gränsöverskridande konkurrensutsättning av försvars- och säkerhetsupphandlingar inom Europa. Med hjälp av en gemensam europeisk marknad för försvars- och säkerhetsmateriel strävar man efter att förstärka den industriella och teknologiska basen för det europeiska försvaret. Utvecklandet av de militära resurser som behövs vid genomförandet av Europeiska unionens gemensamma säkerhets- och försvarspolitik förutsätter också en öppnare, effektivare och mera fungerande försvarsmaterielmarknad än för närvarande.

Bakom stiftandet av direktivet ligger den europeiska försvars- och säkerhetsmarknadens splittring och nationella karaktär. Det att ett gemensamt marknadsområde saknas har lett till att nationella lösningar gynnas också när detta inte är motiverat ekonomiskt eller med tanke på den nationella säkerheten. Tillämpningen av de centrala principerna för den inre marknaden – en öppen och jämlik konkurrens – har inneburit att man får mera för pengarna på den civila marknaden. Det är

motiverat att anta att detsamma också gäller på marknaden för försvars- och säkerhetsprodukter och tjänster. Till följd av denna marknads speciella karaktär kan effekten på kostnadseffektiviteten av att marknaden öppnas vara mindre än på marknaden för civila produkter, men riktningen borde ändå vara densamma. Genom att EU:s medlemsstater åläggs att öppet konkurrensutsätta sina försvars- och säkerhetsupphandlingar effektiviserar marknadsfunktionen, förbättras konkurrensen och framför allt skapas på lång sikt för staterna en möjlighet till kostnadsinsparningar.

Lagförslaget innehåller också reglering som gäller vissa försvars- och säkerhetsupphandlingar som står utanför tillämpningsområdet för försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet. Sådana är de upphandlingar som inte når upp till försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivets EU-tröskelvärden, där den upphandlande enheten till följd av statens väsentliga säkerhetsintressen tillämpar artikel 346.1 b i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt, nedan EUF-fördraget. Dessutom föreslås i propositionen att upphandlingslagen, lagen om upphandling inom sektorerna vatten, energi, transporter och posttjänster (349/2007), nedan försörjningslagen, marknadsdomstolslagen (1527/2001) och lagen om internationella förpliktelser som gäller informationssäkerhet (588/2004) ska ändras.

2 Nuläge

2.1 Lagstiftning och praxis

2.1.1 Lagen om offentlig upphandling och lagen om upphandling inom sektorerna vatten, energi, transporter och posttjänster

I upphandlingslagen föreskrivs om konkurrensutsättningsförfarandena och rättsmedlen vid upphandling som myndigheter och andra enheter som omfattas av lagens tillämpningsområde gör. Syftet med lagen är att effektivisera användningen av allmänna medel, främja upphandling av hög kvalitet och garantera alla anbudsgivare en jämlik och icke-diskriminerande behandling vid offentlig upphandling.

Genom upphandlingslagen har Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster, nedan upphandlingsdirektivet, och Europaparlamentets och rådets direktiv 2007/66/EG om ändring av rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG vad gäller effektivare förfaranden för prövning av offentlig upphandling, nedan rättsskyddsdirektivet, verkställt.

Upphandlingslagen tillämpas på varu- och tjänsteupphandlingar samt byggentreprenader som görs av myndigheter och andra upphandlande enheter som omfattas av lagens tillämpningsområde. Förfarandereglerna för dessa upphandlingar varierar enligt det, om det är fråga om en upphandling som överskrider EU-tröskelvärdet eller det nationella tröskelvärdet. På upphandlingar som underskrider de nationella tröskelvärdena tillämpas upphandlingslagen inte.

Försörjningslagen tillämpas på varu- och tjänsteupphandlingar samt byggentreprenader som överskrider EU-tröskelvärdena och som görs av enheter inom vatten- och energiförsörjningen på de sektorer som uttömmande har räknats upp i lagen samt av enheter inom trafik- och posttjänstbranschen. Genom försörjningslagen har Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, nedan försörjningsdirektivet, genomförts. Förfaringsreglerna i försörjningslagen motsvarar till centrala delar förfaringsreglerna i upphandlingslagen. Försörjningslagen tillämpas dock bara på upphandlingar som överskrider EU-tröskelvärdena.

Enligt 7 § 1 mom. 1 punkten i upphandlingslagen tillämpas lagen inte på upphandling som omfattas av sekretess, nedan sekretessbelagd upphandling, eller vars genomförande förutsätter lagstadgade särskilda säkerhetsåtgärder, eller då detta krävs med hänsyn till skyddet av centrala statliga säkerhetsintressen, nedan säkerhetsupphandling. Enligt 2 punkten i samma moment tillämpas lagen inte heller på upphandling vars föremål huvudsakligen lämpar sig för militärt bruk (försvarsupphandling). Utanför upphandlingslagens tillämpningsområde har således ställts

upphandling av varor, tjänster och byggentreprenader vilka uppfyller förutsättningarna i 1 och 2 punkten som refereras ovan. Motsvarande undantagsbestämmelser ingår i 17 § 5 och 6 punkten i försörjningslagen.

Följaktligen tillämpas upphandlingslagen också på upphandlingar som försvars- och säkerhetsmyndigheterna gör och som inte är försvars- och säkerhetsupphandlingar. Bland annat försvarsmakten är en betydande upphandlare av dylika s.k. civila produkter. Till exempel år 2008 genomförde försvarsmakten civila upphandlingar för uppskattningsvis 450 miljoner euro. Sådana försvarsmaktens civila upphandlingar är t.ex. upphandling av livsmedel och transportfordon som är avsedda för civilt bruk.

Upphandlingslagen och försörjningslagen tillämpas dessutom på upphandlingar av produkter med dubbel användning. Med dessa avses förnödenheter som utöver för civilt bruk också lämpar sig för militära ändamål.

Det att upphandling som lämpar sig huvudsakligen för militärt bruk, dvs. försvarsupphandlingar, har ställts utanför tillämpningsområdet för upphandlingslagen har baserat sig på artikel 10 i upphandlingsdirektivet och artikel 346.1 b i EUF-fördraget. Enligt den sist nämnda punkten får varje medlemsstat vidta åtgärder, som den anser nödvändiga för att skydda sina väsentliga säkerhetsintressen i fråga om tillverkning av eller handel med vapen, ammunition och krigsmateriel. Dessa åtgärder får dock inte försämra konkurrensvillkoren på den inre marknaden vad gäller varor som inte är avsedda speciellt för militärändamål. I artikel 346.2 i EUF-fördraget hänvisas det till den lista som rådet fastställte den 15 april 1958 om de varor på vilka bestämmelsen i punkt 1 b i nämnda artikel tillämpas. Listan i fråga innehåller produkter vilkas brukssyfte är militärt. Följaktligen har man kunnat göra undantag från de regler och principer som ingår i upphandlingsdirektiven och försörjningsdirektivet vid försvarsupphandlingar, när nationella säkerhetsintressen har förutsatt detta. Föremålet för upphandlingen måste då i princip ha ingått i produktklasserna i den ovan nämnda listan.

Säkerhetsupphandlingar och sekretessbelagda upphandlingar har uteslutits från tillämpningsområdet för upphandlingslagen på

basis av artikel 14 i upphandlingsdirektivet och från tillämpningsområdet för försörjningslagen på basis av artikel 21 i försörjningsdirektivet samt artiklarna 36, 51, 52, 62 och 346.1 a i EUF-fördraget. Den viktigaste av dessa är artikel 346.1 a i EUF-fördraget enligt vilken ingen medlemsstat är förpliktad att lämna information, vars avslöjande den anser strida mot sina väsentliga säkerhetsintressen. Sekretessbehovet baserar sig då på statens säkerhetsintressen och sådana upphandlingar som ska sekretessbeläggas kan vara t.ex. teknisk apparatur som anknyter till polisens brottsbekämpning eller informations- och kommunikationstekniska upphandlingar som anknyter till försvarsmaktens säkerhetssystem.

Sekretessgrunden kan dock också anknyta till andra skäl än statens säkerhetsintressen. Skälet kan t.ex. vara en individs ställning. Om öppen konkurrensutsättning av en upphandling skulle äventyra hemlighållandet av information om ett barns vistelseort enligt 25 § 2 mom. i barnskyddslagen (417/2007), kan hela upphandlingen hållas hemlig. I ett sådant fall kan dock den EU-rättsliga grunden för hemlighållande inte vara artikel 346.1a i EUF-fördraget.

Också i fråga om de produkter med dubbel användning som omfattas av tillämpningsområdet för upphandlingslagen och försörjningslagen kan artikel 346 i EUF-fördraget bli tillämplig. Så kan vara fallet t.ex. när föremål för upphandlingen är en produkt som lämpar sig förutom för normal civil användning också för militära syften och den samtidigt innehåller sådan känslig information som det inte är möjligt att skydda med det förfarande som används vid civil upphandling.

Eftersom utgångspunkten är att upphandlingslagens bestämmelser inte tillämpas på försvars- och säkerhetsupphandlingar, blir dess rättsmedel inte heller tillämpliga. Marknadsdomstolens behörighet i fråga om försvars- och säkerhetsupphandlingar har följaktligen begränsats till att bedöma huruvida en upphandlande enhet har haft en grund enligt 7 § i upphandlingslagen att ställa en upphandling utanför tillämpningsområdet för upphandlingslagen i en upphandling över vilken besvär har anförts. Sådana avgöranden

har marknadsdomstolen gett några under de senaste åren (t.ex. MD 363/2008 och MD 115/2009). Till övriga delar har en anbudsgivare som har förlorat en anbudstävlan och en annan part till sitt förfogande endast haft allmänna förvaltningsrättsliga besvärsmedel. Detta rättsmedel har dock inte använts i försvars- och säkerhetsupphandlingar, vilket delvis torde bero på avsaknad av kunskap och å andra sidan på ett oklart juridiskt läge i fråga om det, huruvida grund för besvär i en sådan situation kan vara andra omständigheter än att den upphandlande enheten eventuellt har förfarit i strid med förvaltningslagen.

2.1.2 Lagen om export och transitering av försvarsmateriel

Lagen om export och transitering av försvarsmateriel (242/1990), nedan exportlagen, innehåller bestämmelser om export, transitering och förmedling av produkter som har definierats som försvarsmateriel.

För export, transitering och förmedling av försvarsmateriel behövs alltid tillstånd av försvarsministeriet eller statsrådet. Tillstånd behövs också för tillfällig utförsel av en produkt. Statsrådet beviljar tillstånd för material och lavetter som är avsedda för egentligt stridsbruk och som orsakar förstörelse eller om exporten till andra delar är utrikes- och säkerhetspolitiskt betydande. Dessutom bör exporten vara betydande till sitt ekonomiska värde.

Europeiska unionens gemensamma militära förteckning innehåller försvarsmateriel som ska övervakas. Förteckningen baserar sig på en lista som upprättas av Wassenaararrangemanget och den uppdateras årligen. Den militära förteckningen har satts i kraft i Finland genom försvarsministeriets beslut om verkställighet av förordningen om export och transitering av försvarsmateriel (192/1997). Förteckningen innehåller 22 olika produktklasser och den täcker bl.a. skjutvapen och patroner till dem, örlogsfartyg, militära flygplan och helikoptrar, kemiska och biologiska vapen, skyddsutrustning samt programvaror och teknologi som används vid tillverkning av militär utrustning. Förteckningen innehåller också vapen som är avsedda för civilt bruk och i fråga om vilka inri-

kesministeriet delvis svarar för tillståndsförfarandet.

I Finland har en revidering av exportkontrollagstiftningen inletts i maj 2009. Det största behovet att ändra lagstiftningen orsakar Europeiska unionens direktiv 2009/43/EG som gäller överföring av försvarsrelaterade produkter inom gemenskapen, vars syfte är att förenhetliga tillståndspraxis inom Europeiska unionens område. I samma sammanhang genomförs en totalrevidering av lagstiftningen. Centrala mål som ska dryftas är huruvida importen av försvarsmateriel bör ställas under övervakning, effektivisering av övervakningen av biologiska och kemiska vapen, avgränsningar av ministeriernas behörighet vid övervakningen av skjutvapen samt uppdelningen av beslutanderätten mellan försvarsministeriet och statsrådet. Syftet är att exportlagstiftningen ska förnyas enligt ungefär samma tidtabell som denna proposition.

2.1.3 Lagen om tryggnad av försörjningsberedskapen

Syftet med lagen om tryggnad av försörjningsberedskapen (1390/1992) är att med tanke på undantagsförhållanden och allvarliga störningar trygga de ekonomiska funktioner och därtill hörande tekniska system som är nödvändiga för befolkningens utkomst, landets näringsliv och landets försvar, dvs. försörjningsberedskapen. Genom lagen har Försörjningsberedskapscentralen grundats, de allmänna målen för dess verksamhet ställts och om finansieringen av verksamheten föreskrivits.

Enligt 2 § i lagen ska för tryggnad av försörjningsberedskapen under alla förhållanden tillräcklig beredskap att producera förnödenheter samt att styra produktion, distribution och utrikeshandel åstadkommas och upprätthållas. Bestämmelser om övriga uppgifter för Försörjningsberedskapscentralen, vilka är nödvändiga för att trygga försörjningsberedskapen, finns i statsrådets förordning (455/2008).

Med stöd av 2 § 2 mom. och 12 § 2 mom. i lagen om tryggnad av försörjningsberedskapen har ett beslut av statsrådet om målen med försörjningsberedskapen (539/2008) utfär-

dats. I beslutet föreskrivs om de beredskapsåtgärder med vilka den infrastruktur som är nödvändig med tanke på samhällets funktion samt fortgången av kritisk produktion kan tryggas i alla situationer.

2.1.4 Försvarsupphandling

Med försvarsupphandling avses upphandlingar som huvudsakligen lämpar sig för militärt bruk. Försvarsupphandlingar kan vara bl.a. upphandling av vapen, ammunition, pansarvagnar, krigsfartyg eller luftfartyg som är avsedda för militärt bruk.

I Finland genomförs försvarsupphandling i första hand av försvarsmakten och småskaligt av gränsbevakningsväsendet, som lyder under inrikesministeriet. Upphandlingens årsvolym uppskattas till 750 miljoner euro.

Eftersom det inte finns någon reglering på lag- eller förordningsnivå om försvarsupphandling, har för dessa upphandlingar getts egna interna anvisningar och administrativa föreskrifter inom förvaltningsområdena. Inrikesministeriet har den 28 februari 2008 meddelat en anvisning om de upphandlingar på vilka lagen om offentlig upphandling inte tillämpas. Genom denna anvisning styrs bl.a. genomförandet av gränsbevakningsväsendets försvarsupphandling. Enligt den av försvarsministeriet den 28 maj 2007 meddelade anvisningen ska undantagsförordningen tills vidare följas som anvisning inom försvarsministeriets förvaltningsområde i fråga om de upphandlingar som nämns i 7 § 1 mom. 1 och 2 punkten i upphandlingslagen.

Den upphandling som gäller försvarsupphandlingar styrs inom försvarsministeriets förvaltningsområde med försvarsministeriets materialpolitiska strategi och anvisningar samt med försvarsmaktens egna anvisningar. Den materialpolitiska strategin fastslår de centrala principerna för upphandlingsväsendet. Enligt strategin ska upphandlingarna göras så förmånligt som möjligt ur statsekonomiskt perspektiv och i all planering och allt beslutsfattande beaktas kostnaderna under hela livscykeln. Dessutom ska befintliga konkurrensmöjligheter utnyttjas och upphandlingen ska genomföras så öppet, jämnt och utan diskriminering som möjligt.

Inom försvarsmakten genomförs försvarsupphandlingarna av särskilda enheter för försvarsupphandling som har utsetts för detta uppdrag. I dagens läge är dessa enheter sex till antalet.

2.1.5 Säkerhetsupphandling

I säkerhetsupphandlingar är det fråga om att upphandla i synnerhet en sådan vara, tjänst eller byggtreprenad, vilkas genomförande förutsätter särskilda säkerhetsåtgärder som baserar sig på lag. Föremålen för dessa upphandlingar är dock inte huvudsakligen lämpade för militärt bruk, dvs. de uppfyller inte förutsättningarna enligt definitionen på en försvarsupphandling.

I princip sammanhänger säkerhetsupphandlingarna med tryggheten av statens inre säkerhet. Som säkerhetsupphandling räknas också ofta sådan upphandling som i sig är offentlig men som innehåller information som är sekretessbelagd på grund av statens säkerhet eller den allmänna ordningen. Säkerhetsupphandlingar är därmed ofta bl.a. sådana upphandlingar hos polisen, gränsbevakningsväsendet, tullen och fängvårdsmyndigheterna som innehåller sekretessbelagd information. Sådana kan vara t.ex. tekniska system som sammanhänger med polisens brottsbekämpning samt system som sammanhänger med gränsbevakningen eller terrorismbekämpningen.

Säkerhetsupphandling kan också sammanhänga med tryggheten av samhällets vitala funktioner. Myndigheterna har till uppgift att trygga dessa funktioner på samma sätt i undantagsförhållanden som i allvarliga störningssituationer under normala förhållanden. Till exempel om den elektroniska infrastrukturen, inklusive informationssystem, informationsöverföringssystem och datanät, störs, kan det orsaka ett allvarligt hot för den allmänna säkerheten och ordningen samt för befolkningens hälsa och utkomst. Tryggheten av en störningsfri funktion i dessa system kan förutsätta sådana upphandlingar som inte kan genomföras med förfarandena enligt upphandlingslagen.

Säkerhetsupphandlingar görs årligen inom statsförvaltningen till ett värde av uppskattningsvis 80–90 miljoner euro. Värdet av de

säkerhetsupphandlingar och sekretessbelagda upphandlingar som årligen görs inom arbets- och näringsministeriets förvaltningsområde – huvudsakligen i anknytning till försörjningsberedskapen – är igenomsnitt cirka 50 miljoner euro. Motsvarande upphandling inom inrikesministeriets förvaltningsområde görs för cirka 20 – 30 miljoner euro per år. Säkerhetsupphandlingar görs dessutom i liten skala vid finansministeriet, utrikesministeriet, kommunikationsministeriet och deras underlydande förvaltningar samt vid statsrådets kansli. Inom försvarsministeriets förvaltningsområde görs säkerhetsupphandlingar i liten skala.

Säkerhetsupphandlingarna – liksom också försvarsupphandlingarna – styrs genom förvaltningsområdenas interna anvisningar och föreskrifter. Sådana har getts bl.a. inom försvarsministeriets och inrikesministeriets förvaltningar.

Också kommunerna kan göra säkerhetsupphandlingar. Det finns ingen exakt uppskattning av deras kvantitet eller finansiella värde, men man kan med fog anta att de är småskaliga. Kommunernas säkerhetsupphandlingar kan anknyta till beredskapen både på undantagsförhållanden och på allvarliga störningar under normala förhållanden. Den skyldighet att genom beredskapsplaner och förberedelser för verksamhet under undantagsförhållanden samt genom andra åtgärder säkerställa att uppgifterna kan skötas så störningsfritt som möjligt också vid undantagsförhållanden, om vilken föreskrivs i 40 § i beredskapslagen (1080/1991), gäller också kommunerna. Beredskapen förutsätter samarbete och samordning av beredskapsåtgärderna mellan staten och andra myndigheter samt kommunerna. Kommunernas säkerhetsupphandlingar kan följaktligen anknyta till tryggheten av samhällets vitala funktioner till den del som en kommun med stöd av samordningen har getts ansvaret för en viss funktion som sammanhänger med garanterandet av medborgarnas säkerhet och välfärd. Till exempel vid tryggheten av den elektroniska infrastrukturen har också kommunerna en betydande roll och i anknytning till detta kan kommunerna med tanke på statens säkerhet ha ett behov att genomföra upphandlingar som kräver särskilda säkerhetsarrangemang.

2.1.6 Sekretessbelagda upphandlingar

Enligt 7 § 1 mom. 1 punkten i upphandlingslagen tillämpas lagen inte på upphandling som omfattas av sekretess. Behovet av sekretess bedöms enligt motiveringarna till paragrafen utgående från lagen om offentlighet i myndigheternas verksamhet (621/1999), nedan offentlighetslagen.

I upphandlingar som omfattas av sekretess kan det, om föremålet för och innehållet i upphandlingen blir känt, orsaka att ett betydande allmänt eller enskilt intresse äventyras.

Sekretessen ska omfatta de handlingar som anknyter till upphandlingarna och vilka, om de blir kända, kan äventyra den allmänna ordningen, säkerheten, beredskapen inför undantagsförhållanden eller försvarets intresse utgående från 24 § 1 mom. 5 och 7-10 punkten i offentlighetslagen. Till exempel polisens upphandling, som är förknippad med teknisk apparatur i anslutning till brottsbekämpning, förutsätter ofta att hela upphandlingen omfattas av sekretess. Datanätsupphandling som anknyter till statens säkerhet och krisberedskap eller upphandling som anknyter till försvarsmaktens underrättelseverksamhet kan förutsätta sekretess enligt 24 § 1 mom. 10 punkten i offentlighetslagen. Likaså kan andra myndigheters upphandlingar som sammanhänger med tryggheten av verksamhetsbetingelserna för statens högsta ledning och som gäller t.ex. skyddsarrangemang för data- och kommunikationssystem samt beredskap inför undantagsförhållanden, vara sådana som ska omfattas av sekretess med stöd av 24 § 1 mom. 7 eller 8 punkten i offentlighetslagen.

Upphandlingar och de myndighetshandlingar som anknyter till dem vilka enligt 24 § 1 mom. 1 och 2 punkten i offentlighetslagen ska vara sekretessbelagda och som utrikesförvaltningen svarar för kan vara sådana som ska sekretessbeläggas. Till exempel det ställe där evenemang med anknytning till fredsmäkling hålls och överhuvudtaget att ett sådant ordnas är ofta sekretessbelagda på förhand, eftersom yppandet av denna information kan äventyra deltagarnas säkerhet. De upphandlingar som är förknippade med evenemangen är därmed också sådana som ska omfattas av sekretess.

Sekretess kan också med stöd av 24 § 1 mom. 17 punkten i offentlighetslagen sammanhållas med statens, kommunens eller en annan offentlig sammanslutnings affärs- eller yrkeshemligheter. Då är det främst fråga om att genomföra statens ägarpolitik eller upphandling av tjänster som anknyter till specialfinansiering.

Grunden för sekretess kan också anknyta till en individs ställning. Till exempel om konkurrensutsättning äventyrar hemlighållandet av ett barns vistelseort enligt 25 § 2 mom. i barnskyddslagen (417/2007) kan upphandlingen hållas hemlig. Också det att personliga uppgifter som avses i 24 § 1 mom. 25 punkten i offentlighetslagen kan komma att avslöjas vid ett upphandlingsförfarande kan i särskilda fall vara en grund för att en viss upphandling ska sekretessbeläggas.

I princip anses att en upphandling är sekretessbelagd när det är befogat att hemlighålla hela upphandlingens existens. Å andra sidan har som sekretessbelagda upphandlingar också ansetts sådana upphandlingar i vilka ingår delar som kräver sekretess, t.ex. säkerhetsklassificerad information, och skyddandet av denna information förutsätter att hela upphandlingen sekretessbeläggs. Till denna del är definitionerna på sekretessbelagda upphandlingar och säkerhetsupphandlingar delvis överlappande och en enskild upphandling kan uppfylla förutsättningarna för båda.

Till följd av arten av de sekretessbelagda upphandlingarna är det svårt att uppskatta den årliga kvantiteten och värdet av dem. Sannolikt är att antalet av dessa upphandlingar och deras sammanräknade värde inte är särskilt betydande. Av försvarsupphandlingarna är en liten del helt sekretessbelagd.

2.2 Den internationella utvecklingen samt lagstiftningen i utlandet och i EU

2.2.1 Allmänt

I det följande granskas lagstiftningen gällande försvars- och säkerhetsupphandling i Tyskland och Nederländerna samt i Sverige och Norge av de nordiska länderna. Föremål för granskningen är både nuläget och de huvudsakliga planerna med anknytning till na-

tionellt sättande i kraft av försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet utgående från till buds stående information.

Ländernas nuvarande lagstiftningslösningar påminner på många sätt om Finlands motsvarande. Försvars- och säkerhetsupphandlingarna har ställts utanför de författningar genom vilka upphandlingsdirektivet har satts i kraft. Försvars- och säkerhetsupphandlingarna genomförs med förvaltningsområdesvisa föreskrifter och anvisningar.

I rättsmedlen kan man se några skillnader mellan de olika länderna. Den grundläggande utgångspunkten är dock densamma: om en upphandling anses som försvars- eller säkerhetsupphandling, är rättsmedlen begränsade. Å andra sidan är den praxis som också används i Finland vid stora försvarsupphandlingar, att för de anbudsgivare som förlorade ordnas en möjlighet till ett responsmöte (ett s.k. debriefingmöte), i omfattande bruk internationellt. Vid responsmötet ges de anbudsgivare som förlorat anbudstävlingen en möjlighet att höra de viktiga grunder som påverkat beslutet och ställa preciserande frågor till den upphandlande enheten.

Sättandet i kraft av försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet kommer att orsaka betydande ändringar i den lagstiftning som gäller försvars- och säkerhetsupphandlingar i Europeiska unionens medlemsstater. Av de länder som granskas kommer tre att stifta en egen lag om försvars- och säkerhetsupphandling separat från upphandlingslagen. I Norge igen satts direktivets bestämmelser i kraft med bestämmelser på en lägre nivå. I Sverige och Nederländerna har en regeringsproposition redan avgetts. I Tyskland är målet att lämna in propositionen för behandling i parlamentet under hösten 2011.

2.2.2 Sverige

I Sverige regleras offentliga upphandlingar genom lagen om offentliga upphandlingar, 2007:1091. I 15 kap. 22 § i lagen föreskrivs om upphandlingar med vilka sammanhänger statens säkerhetsintressen. Till dessa hör de försvars- och säkerhetsupphandlingar i fråga om vilka artikel 346 i EUF-fördraget tillämpas. För dessa upphandlingar gäller inte procedurkraven i EU:s upphandlingsdirektiv.

De rättsmedel om vilka föreskrivs i lagen står i princip till anbudsgivarnas förfogande också i försvars- och säkerhetsupphandlingar. Jämfört med de civila upphandlingarna är dock möjligheten att använda dem till vissa delar mera begränsad. Någon besvärsmöjlighet finns inte alls i de upphandlingar bakom vilka finns ett särskilt beslut av regeringen.

I Sverige har regeringen proposition om en ny försvars- och säkerhetsupphandlingslag avlåtits den 12 maj 2011. Utöver sättande i kraft av direktivets bestämmelser föreslås i propositionen bestämmelser som också ska gälla en del av de s.k. nationella upphandlingarna, dvs. de upphandlingar som står utanför tillämpningsområdet för direktivet. I fråga om dessa upphandlingar föreslås att det ska föreskrivas om ett annonsförfarande, tidsfrister, behandlingen av anbudet, ställandet av särskilda villkor och komplettering av anbudet. Dessutom föreslås det i regeringens proposition att den upphandlande enheten ska ha rätt att genomföra en upphandling som direktupphandling, när det sammanräknade totalvärdet av upphandlingen är högst 15 procent av tröskelvärdet i direktivet. Som tröskelvärde för direktupphandling i fråga om varor och tjänster föreslås således 58 050 euro och i fråga om byggtreprenader 726 750 euro.

I propositionen föreslås det att rättsmedlen ska gälla såväl upphandlingar som överskrider EU:s tröskelvärde som s.k. nationella upphandlingar. Rättsmedlen föreslås långt bli organiserade på samma sätt som vid civil upphandling. Över ett beslut i första instans är det möjligt att besvara sig till högsta förvaltningsdomstolen, ifall den beviljar behandlingstillstånd. Dessutom ingår i förslaget en möjlighet att definiera en enskild upphandling så att den ställs utanför tillämpningsområdet för lagen, om statens säkerhetsintressen förutsätter detta. I dessa upphandlingar står inga rättsmedel alls till buds.

Den nya lagen föreslås träda i kraft den 1 november 2011.

2.2.3 Norge

I Norge ingår bestämmelser om offentliga upphandlingar i lov om offentliga anskaffelser. I försvarsupphandlingar finns det en

möjlighet att inte tillämpa bestämmelserna i lagen, om förutsättningarna enligt artikel 346 i EUF-fördraget uppfylls. När grunden för att göra ett undantag vid försvarsupphandlingar används bör försvarsmaktens upphandlande enhet följa de föreskrifter som försvarsministeriet har gett om detta.

De principer som ska följas vid försvarsupphandling är långtgående enhetliga med de principer som ska följas vid civil upphandling (bl.a. lika behandling, öppenhet) men den upphandlande enheten har större rörelsefrihet när det gäller att genomföra upphandlingen. Försvarsministeriet har också rätt att besluta om att en upphandling ska genomföras som direktupphandling under vissa förutsättningar. Utgångspunkten är att samma principer för genomförande ska följas vid säkerhetsupphandlingar och sekretessbelagda upphandlingar, dock ska skillnaderna mellan de olika förvaltningsområdena beaktas.

I Norge är rättsmedlen vid försvarsupphandlingar i dagens läge begränsade. En domstol som behandlar civila upphandlingar har inte behörighet i fråga om försvarsupphandlingar. Den kan endast bedöma, om det är frågan om en civil upphandling eller en försvarsupphandling. Ifall det är frågan om en försvarsupphandling, är det inte möjligt att behandla upphandlingsbeslutet i domstolen.

I Norge genomförs försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet i den nationella lagstiftningen genom en förordning som utfärdas med stöd av lov om offentliga anskaffelser. Eftersom den är en författning på lägre nivå behöver den inget godkännande av riksdagen. Utgångspunkten är att endast direktivets bestämmelser ska sättas i kraft. På de anskaffningar som ställs utanför direktivets tillämpningsområde med stöd av artikel 346 i EUF-fördraget eller en annan undantagsgrund i direktivet är den ovan nämnda förordningen inte tillämplig. Något slutligt beslut om att de upphandlingar som inte når upp till tröskelvärdet i direktivet borde inbegripas i tillämpningsområdet för den förordning som ska utfärdas har dock ännu inte fattats. Avsikten är att i rättsskyddssystemet utnyttja Klagenemnda för offentliga anskaffelser, som är besvärskanal i första instans vid civila upphandlingar. Principen är att beslut

av Klagenemnda ska kunna överklagas i domstol, visserligen har inga beslut om besvärmöjligheterna i fråga om försvars- och säkerhetsupphandlingarna ännu fattats.

Utkastet till förordning sänds på remiss under hösten 2011, och efter det färdigställs förordningen. Planerat ikraftträdande för förordningen är under det första kvartalet av år 2012.

2.2.4 Nederländerna

I Nederländerna har de mest betydande försvarsupphandlingarna ställts utanför tillämpningsområdet för lagen om offentliga upphandlingar med stöd av artikel 10 i upphandlingsdirektivet samt artikel 346 i EUF-fördraget. Dessa upphandlingar regleras genom en förordning av försvarsministeriet, med vilken Europeiska försvarsbyråns uppförandekodex för försvarsupphandling samtidigt genomförs. I fråga om säkerhetsupphandlingar och sekretessbelagda upphandlingar baserar sig ställandet utanför lagen om offentlig upphandling på artikel 14 i upphandlingsdirektivet. Dessa upphandlingar regleras med ministerievisa förordningar.

I Nederländerna är det i princip möjligt att överklaga all offentlig upphandling i domstol. Rättsmedlen är ogiltighet samt skadestånd. Emellertid har besvärmöjligheten begränsats i försvarsupphandling som stämmer överens med artikel 346 i EUF-fördraget på så sätt att rätt att besvara sig föreligger endast när centrala principer i grundfördraget, såsom öppenhet, icke-diskriminering och lika behandling, har kränkts.

I Nederländerna är avsikten att försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet ska sättas i kraft nationellt genom att en separat lag om försvars- och säkerhetsupphandlingar stiftas. Direktivet införs i den nationella lagstiftningen i praktiken som sådant, dvs. för de upphandlingar som står utanför direktivets tillämpningsområde gäller inte bestämmelserna i lagen. Direktivets reglering av underentreprenader blir nationell lagstiftning på så sätt att den upphandlande enheten har möjlighet att ställa villkor som anknyter till underentreprenader vid upphandlingen. Ställandet av eventuella krav som gäller underentreprenad grundar sig på en prövning från fall

till fall som görs av den upphandlande enheten. Rättsmedlen kan fullt ut användas av anbudsgivarna, i hög grad enligt modell från de civila upphandlingarna.

I Nederländerna har lagförslaget getts till parlamentet i maj 2011. Parlamentsbehandlingen torde räcka flera månader, vilket gör det sannolikt att Nederländernas nya lag inte träder i kraft inom den tidsfrist som ställs i direktivet.

2.2.5 Tyskland

I Tyskland regleras offentliga upphandlingar i lagen om konkurrensbegränsningar ("Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkung"). Med stöd av artikel 100 i den här produktion av och handel med vapen, ammunition och krigsmateriel ställts utanför lagens tillämpningsområde. Dessa upphandlingar styrs genom budgetlagen ("Bundeshaushaltsordnung") där en styrande princip är att offentliga upphandlingar ska konkurrensutsättas.

Rättsmedlen är mera begränsade vid försvars- och säkerhetsupphandlingar än vid civila upphandlingar. Anbudsgivaren har i praktiken möjlighet att besvära sig hos det besvärsorgan som behandlar civila upphandlingar endast i fråga om det att en viss upphandling har ställts utanför tillämpningsområdet för upphandlingsdirektivet och konkurrensbegränsningslagen. Själva upphandlingsbeslutet är det inte möjligt att besvära sig över. Dessutom har en anbudsgivare som ett sekundärt rättsmedel möjlighet att hos en civil domstol ansöka om ersättning för kostnader som anbudsförfrågan orsakat, men inte om gottgörelse för att ett kontrakt inte har erhållits.

I Tyskland har en arbetsgrupp tillsatts för att bereda det nationella sättandet i kraft av försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet. Enligt preliminära planer ska i fråga om varor och tjänster stiftas en egen lag som gäller försvars- och säkerhetsupphandlingar, medan igen i fråga om byggtreprenader ska hänvisas till den allmänna lagstiftningen om offentliga upphandlingar. Syftet är att endast direktivets förpliktande bestämmelser ska tas in i den nationella lagstiftningen, vil-

ket gör att avsikten inte är att föreskriva om de upphandlingar som står utanför direktivets tillämpningsområde. Bestämmelser om underentreprenader torde tas in i den nationella lagstiftningen på så sätt att den upphandlande enheten ges en möjlighet att förutsätta att underentreprenaderna konkurrensutsätts. Den nya lagen torde träda i kraft i slutet av år 2011.

2.2.6 Försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet

Försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet gavs den 13 juli 2009. Direktivet trädde i kraft den 21 augusti 2009. Medlemsstaterna ska ha infört direktivet i sin nationella lagstiftning den 21 augusti 2011.

Direktivet definierar för medlemsstaterna de upphandlingsbestämmelser som lämpar sig för försvars- och säkerhetssektorns särdrag. Syftet med direktivet är att åstadkomma en öppnare och effektivare gränsöverskridande konkurrensutsättning av upphandlingar i Europa. De förfaranden som stämmer överens med direktivet tillämpas på de försvars- och säkerhetsupphandlingar, där medlemsstaterna inte har någon grund för att åberopa artikel 346 i EUF-fördraget med anledning av sina väsentliga säkerhetsintressen och på denna grund utesluta upphandlingen från tillämpningsområdet för inre marknadsbestämmelserna. I fråga om säkerhetsupphandlingarna ingår motsvarande uteslutningsgrunder också i artiklarna 36, 51, 52 och 62 i grundfördraget. Utgångspunkten för försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet är att medlemsstaterna kan använda direktivets procedurregler i komplicerade upphandlingar av känslig natur inom försvars- och säkerhetssektorn utan att äventyra sina väsentliga säkerhetsintressen.

Försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet tillämpas i enlighet med dess artikel 2 a för tillhandahållande av militär utrustning, inbegripet alla tillhörande delar, komponenter och/eller underenheter. Direktivet tillämpas också i enlighet med artikel 2 b för tillhandahållande av utrustning av känslig karaktär, inbegripet alla tillhörande delar, komponenter och/eller underenheter. Direktivets tillämpningsområde täcker byggtreprenader

der, varor och tjänster, som direkt hänför sig till den utrustning som avses i artikel 2 a och 2 b under hela dess livslängd. Tillämpningsområdet täcker också byggtreprenader och tjänster specifikt för militärändamål liksom också byggtreprenader och tjänster av känslig karaktär. De upphandlingar som nämns ovan och hör till tillämpningsområdet för direktivet är i dagens läge uteslutna från tillämpningsområdet för upphandlingslagen med stöd av dess 7 § 1 mom. 1 och 2 punkt. Motsvarande bestämmelse ingår i försörjningslagen.

Bestämmelserna i försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet gäller offentliga varu- och tjänsteupphandlingar som omfattas av dess tillämpningsområde och vilkas värde utan mervärdesskatt är minst 387 000 euro samt offentliga byggtreprenader, vilkas värde är minst 4 845 000 euro. Dessa tröskelvärden granskas med två års intervall. I fråga om de upphandlingar som inte når upp till EU-tröskelvärdena tillämpas varje medlemsstats nationella förfaranden, som ska respektera de principer som nämns i grundfördraget (punkt 15 i ingressen till direktivet).

En del försvars- och säkerhetsupphandlingar har ställts utanför tillämpningsområdet för försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet. Bestämmelser om undantag till tillämpningsområdet ingår huvudsakligen i artiklarna 12 och 13 i direktivet. Till exempel vissa upphandlingskontrakt som tilldelas i enlighet med internationella regler hör inte till tillämpningsområdet för direktivet (12 art.). Likaså står kontrakt mellan stater med anknytning till leverans av militär utrustning eller utrustning av känslig karaktär samt kontrakt som avser underrättelseverksamhet utanför tillämpningsområdet för direktivet (13 art.). På de upphandlingar som nämns ovan tillämpas inte heller bestämmelserna i upphandlingsdirektivet eller försörjningsdirektivet.

Tillämpningsområdet för försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet har inte fastslagits helt entydigt och exakt avgränsat. Hänvisningarna till artiklarna 36, 51, 52, 62 samt 346 i EUF-fördraget samt definitionerna av militär utrustning och framför allt utrustning av känslig karaktär är i någon mån

beroende av tolkning. Till exempel i fråga om militär utrustning hänvisas det till förteckningen över vapen, ammunition och krigsmateriel som antogs av rådet i dess beslut av den 15 april 1958, men någon sträng avgränsning av tillämpningsområdet är förteckningen i fråga dock inte. Detta kan ses i synnerhet i 10 punkten i direktivets ingress, där det konstateras att förteckningen är generisk och ska tolkas i vid mening mot bakgrund av att bl.a. tekniken utvecklats.

De bestämmelser som innehåller nationell prövning

Försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet innehåller vissa bestämmelser i fråga om vilkas sättande i kraft medlemsstaterna har prövningsrätt. Nedan refereras de viktiga av dessa bestämmelser.

Rätt till nationell prövning ger försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet i fråga om den reglering som gäller underentreprenader (21 art.). Direktivet ger medlemsstaten en möjlighet att föreskriva om de principer och förfaranden som anknyter till konkurrensutsättningen av underentreprenader. Den upphandlande enheten kan åläggas att ställa eller den kan i lag ges en möjlighet att ställa förpliktelser som definieras i direktivet för anbudsgivaren i fråga om konkurrensutsättningen av underentreprenader. Dessa förpliktelser är t.ex. en situation enligt artikel 21.4 i direktivet, där den upphandlande enheten begär att kontraktsparten lägger ut en del av kontraktet på underentreprenad till tredje part. Begäran kan gälla högst 30 procent av kontraktets värde, och den ska stå i rätt proportion till kontraktets föremål, värde och den aktuella industrisektorns karaktär.

Nationell prövningsrätt ingår också i artikel 10 i direktivet. Medlemsstaterna får ge de upphandlande enheterna möjlighet att anskaffa offentliga byggtreprenader, varor och tjänster med hjälp av en inköpscentral. I artikel 27 ges medlemsstaterna igen en möjlighet att föreskriva att för särskilt komplicerade kontrakt får de upphandlande enheterna använda sig av konkurrenspräglad dialog. Konkurrenspräglad dialog får användas, om den upphandlande enheten anser att ett upphandlingskontrakt inte kan ingås genom ett selek-

tivt förfarande. I artikel 29 föreskrivs att medlemsstaterna får tillåta de upphandlande enheterna att sluta ramavtal. Om denna möjlighet tas i bruk, bör den upphandlande myndigheten sluta ramavtalet i enlighet med vad som föreskrivs i artikel 29.2 – 29.4.

I artikel 39 i direktivet föreskrivs om anbudssökandens eller anbudsgivarens personliga ställning. I 1 punkten i artikeln fastställs s.k. tvingande uteslutningsgrunder, dvs. de situationer då en anbudssökande eller anbudsgivare måste uteslutas ur upphandlingsförfarandet. I 2 punkten i artikeln föreskrivs om de situationer då en anbudssökande eller anbudsgivare kan uteslutas ur upphandlingsförfarandet. Direktivet förutsätter att medlemsstaterna definierar förutsättningarna för att tillämpa 2 punkten.

I artikel 48 konstateras det att medlemsstaterna får föreskriva att den upphandlande myndigheten eller enheten får genomföra elektroniska auktioner. Ifall en medlemsstat beslutar föreskriva om elektronisk auktion, bör de förfaringsregler som gäller elektronisk auktion föreskrivas i enlighet med vad som fastslås i artikel 48.2 – 48.8.

Bestämmelser om ändringssökande ingår i artiklarna 55–64 i direktivet. I fråga om rättsmedlen har medlemsstaten getts prövningsrätt bl.a. i fråga om alternativa förfaranden samt det nationella verkställandet av rättsskyddssystemet. En medlemsstat kan t.ex. besluta att ett särskilt organ har exklusiv behörighet att behandla besvär eller ansökningar som gäller kontrakt inom försvars- och säkerhetssektorn. Dessutom har medlemsstaten i enlighet med artikel 60 möjlighet att föreskriva antingen om retroaktivt upphörande av alla kontraktsskyldigheter (ex tunc) eller en begränsning av upphörandet till att omfatta de kontraktsskyldigheter som ännu inte har fullgjorts (ex nunc).

Skillnader och överensstämmelser mellan upphandlingsdirektiven och försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet

Överensstämmelserna mellan försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet och upphandlingsdirektivet är stora. Direktivens uppbyggnad och logik samt mål står i stor utsträckning i överensstämmelse och av för-

svars- och säkerhetsupphandlingsdirektivets totalt 75 artiklar är cirka tre fjärdedelar till sitt innehåll helt eller nästan helt detsamma som upphandlingsdirektivets. Skillnaderna är delvis numeriska, t.ex. i försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet föreskrivs 7 år som maximilängd för ramavtalen, medan den är 4 år i upphandlingsdirektivet. Upphandlingsdirektivets bestämmelser har delvis också moderniserats och förtydligats i försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet.

En enhetlig definition på en upphandlande enhet innebär att försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet inverkar också på upphandlande enheter som är verksamma på s.k. specialsektorer. Definitionen på en upphandlande myndighet/enhet i artikel 1.17 i försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet har härletts ur artikel 1.9 i upphandlingsdirektivet samt artikel 2.1 a i försörjningsdirektivet. Således tillämpas försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet också på upphandlingar som görs av enheter verksamma inom sektorerna vatten- och energiförsörjning, trafik och posttjänster. I praktiken är det fråga om sådana av de upphandlande enheterna inom specialsektorerna gjorda upphandlingar där de förutsättningar som försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet ställer på säkerhetsupphandlingar uppfylls.

De upphandlande enheterna inom specialsektorerna kan utöver upphandlande enheter av myndighetskaraktär också vara offentliga företag, som myndigheterna kan använda direkt eller indirekt bestämmande inflytande i till följd av innehav, finansieringsandel eller regler som gäller företaget. Dessutom kan de upphandlande enheterna vara enheter som fungerar med stöd av en myndighets special- eller ensamrätt. Försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet kan därmed bli tillämpligt t.ex. vid upphandlingar som de företag gör som svarar för verksamheten på flygfält eller i hamnar.

Betydande skillnader i upphandlingsdirektiven och försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet sammanhänger med informationssäkerhet (artikel 22), försörjningstrygghet (artikel 23), förfaranden (artiklarna 25–29) och underentreprenad (artikel 21). Av dessa är de två först nämnda specialbestämmelser som gäller försvars- och säkerhets-

upphandlingar. I artiklarna i fråga ges den upphandlande enheten en möjlighet att ställa krav som gäller skydd av säkerhetsklassificerad information och försörjningstrygghet och som fastslagits för upphandlingar inom försvars- och säkerhetssektorn. Till exempel i fråga om försörjningstryggheten har den upphandlande enheten rätt att kräva att en anbudsgivare förbinder sig att underhålla, modernisera eller anpassa de förnödenheter som är föremål för upphandlingskontraktet.

Också i upphandlingsförfarandena finns betydande skillnader. Försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet innehåller inga bestämmelser om öppet förfarande. Selektivt förfarande samt förhandlat förfarande, över vilket en upphandlingsannons publiceras, kan alltid användas i försvars- och säkerhetsupphandlingar.

Försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet innehåller flera detaljbestämmelser om behandlingen av underleverantörer än upphandlingsdirektiven, och det ger den upphandlande enheten – förutsatt att medlemsstaten föreskriver om det – vidare befogenheter att ställa krav som gäller underentreprenader än vad upphandlingsdirektivet gör. I upphandlingsdirektivet har det föreskrivits uttryckligen endast om möjligheten att i anbudsförfrågehandlingarna begära att anbudsgivaren i sitt anbud ska meddela vilken del av kontraktet denne har för avsikt att ge som underentreprenad till tredje part samt de föreslagna underleverantörerna. Denna information kan ha inverkan på valet av anbudsgivare och anbud. Enligt försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet kan den upphandlande enheten också ställa förpliktelser med anknytning till konkurrensutsättningen av underleveranserna direkt till den anbudsgivare som valts som kontraktspart. I försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet har den upphandlande enheten t.ex. möjlighet att påverka vilken andel av en upphandling den anbudsgivare som valts till kontraktspart bör lägga ut på underentreprenad till tredje part.

Försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet och motköpen

Försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet innehåller inga bestämmelser om mot-

köp. Bakom detta ligger i synnerhet Europeiska kommissionens syn på att motköpen till sin karaktär är diskriminerande och strider mot centrala principer i EU:s inre marknads-lagstiftning samt i grundfördragen, eftersom i dem finns inbyggt att den upphandlande enheten gynnar den inhemska industrin. Följaktligen kan motköp inte tillåtas eller över huvud taget regleras i försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet. Vid sidan av kommissionen har Europaparlamentet och de s.k. stora europeiska producentländerna inom försvarsindustrin (bl.a. Tyskland, Italien, Storbritannien och Frankrike) företrätt motsvarande syn.

I samband med förhandlingarna om försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet strävade Finland aktivt efter att i direktivet skulle identifieras och ges – när vissa förutsättningar uppfylls – den upphandlande enheten en möjlighet att ställa en förpliktelse till industriellt samarbete vid upphandling. Enligt den finska synvinkeln kan de speciella försörjningssäkerhetskrav som sammanhänger med försvaret förutsätta att väsentliga inhemska reparations-, underhålls- och modifieringsfärdigheter i fråga om försvarsmateriel som ska upphandlas garanteras genom ett arrangemang som gäller den inhemska industrins deltagande. Finland lämnade också under förhandlingarnas gång in ett förslag till text i saken, över vilket arbetsgruppen för offentlig upphandling bad rådets juridiska enhet om ett utlåtande.

Rådets juridiska enhet konstaterade i sitt utlåtande att försörjningstrygghet är en sådan berättigad grund, med vilken begränsning av de friheter som garanteras i grundfördraget kan motiveras. De arrangemang som gäller industrins deltagande kan dock vara diskriminerande, i den mån som syftet med och följderna av dem är att stöda den nationella industrin. Det väsentliga är att granska saken i ljuset av relativitetsprincipen: är det möjligt att uppnå de krav som hänför sig till försörjningstryggheten med mindre begränsande metoder än med krav på att den inhemska industrin ska få delta. Juridiska enheten konstaterade i sitt utlåtande att åtminstone i vissa fall kan ett krav på att anbudsgivaren ska grunda en företagsinfrastruktur på realiseringsstället leda till samma resultat som kra-

vet på att skapa ett arrangemang som gäller den lokala industrins deltagande. Ingen förpliktelse som ställts för anbudsgivaren i anknytning till motköp/industriellt samarbete bör tillåtas generellt, utan de ska alltid granskas från fall till fall.

I Finland har den militära försörjningstryggheten ofta säkerställts genom arrangemang som gäller industriellt samarbete, med hjälp av vilka i finska företag har skapats den kompetens som behövs t.ex. i fråga om underhålls- och skadereparationskapacitet i kristider. Med hjälp av industriellt samarbete har finska företag också kunnat bilda nätverk med stora internationella företag och projekt, vilket har varit ägnat att befrämja upprätthållandet av den inhemska kompetensen. Eftersom det inte längre kommer att vara möjligt att ställa en förpliktelse om industriellt samarbete i den upphandling som hör till tillämpningsområdet för försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet, kommer detta oundvikligen att minska de finska företagens möjlighet att dra nytta av industriellt samarbete vid försvarsupphandlingen. För de finska företagen inom försvarsindustrin är det som sägs ovan problematiskt och kommer att försvåra möjligheten att upprätthålla kompetensen inom den inhemska försvarsindustrin mera än tidigare.

Det är dock skäl att uppmärksamma att förbudet mot motköp i princip sträcker sig endast till de upphandlingar som omfattas av direktivets tillämpningsområde. Det är klart att man i Finland i framtiden kommer att göra upphandlingar där t.ex. de krav som hänför sig till försörjningstryggheten är så långtgående att det inte är möjligt att genomföra dem inom ramen för den inre marknadsreglering inom EU som direktivet fastställer. I dylik upphandling kan man - när statens centrala säkerhetsintressen förutsätter detta - fortsättningsvis ställa krav på industriellt samarbete. Möjligheten att ställa krav måste dock alltid övervägas från fall till fall samt motiveras, och motiveringarna ska uppfylla de förutsättningar som definieras i artikel 346.1 b i EUF-fördraget.

2.2.7 Upphandlingsdirektivet och försörjningsdirektivet

Bakgrunden till Europeiska gemenskapernas direktiv som gäller offentlig upphandling är mål som anknyter till Europeiska unionens inre marknads funktionsduglighet, såsom fri rörlighet för varor och tjänster. Dessa mål har uttryckts i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt. I och med upphandlingsdirektivet och försörjningsdirektivet har de offentliga upphandlingar i Europeiska unionens medlemsstater som överskrider ett visst tröskelvärde öppnats för konkurrens. För anbudsgivarna har i direktiven garanterats en behandling som är oberoende av nationalitet, icke-diskriminerande och jämlik vid anbuds-tävlan gällande offentlig upphandling.

Upphandlingsdirektivet samt försörjningsdirektivet trädde i kraft i april 2004. Direktiven baserar sig i stor utsträckning på tidigare direktiv som godkändes i början av 1990-talet. I de nya direktiven fogades bl.a. upphandlingsförfaranden till och förnyades de grunder som anknyter till valet av anbud. Målet är att garantera företagen ett jämlikt och icke-diskriminerande tillträde till offentliga upphandlingar. På motsvarande sätt eftersträvas för de upphandlande enheterna kostnadsinbesparingar genom konkurrensut-sättningen av upphandlingarna samt de bästa möjliga produkterna och tjänsterna vad gäller förhållandet pris kontra kvalitet.

De försvars- och säkerhetsupphandlingar liksom också de sekretessbelagda upphandlingar, på vilka artikel 346.1 a eller 346.1 b i EUF-fördraget tillämpas, har ställts utanför tillämpningsområdet för upphandlingsdirektivet och försörjningsdirektivet.

2.2.8 Rättsskyddsdirektivet

Inom Europeiska unionens rätt föreskrivs om rättsmedel för offentliga upphandlingar i ett särskilt direktiv som gäller rättsskydd. Rättsskyddsdirektivet 2007/EG/66 publicerades i Europeiska unionens officiella tidning den 20 december 2007. Ett centralt mål för direktivet är att effektivisera rättsmedlen innan ett kontrakt om offentlig upphandling ingås. Anbudssökandena och anbudsgivarna bör till sitt förfogande ha effektiva och snabba rättsmedel. Nya rättsmedel är reglering

som gäller ett upphandlingskontrakts ogiltighet och möjligheten att ta i bruk administrativa sanktioner. Användningen av rättsmedel effektiveras genom bestämmelser om väntetid, vilka förhindrar att kontrakt omedelbart ingås. Direktivet har införts i lagstiftningen genom en ändring av upphandlingslagen (321/2010).

2.2.9 Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt

Artiklarna 36, 51, 52, 62 och 346 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt är särskilt betydelsefulla när tillämpningsområdet för försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet granskas. Enligt artikel 2 i försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet ska direktivet tillämpas på kontrakt som tilldelas på försvars- och säkerhetsområdet och som närmare definieras i artikeln, om inget annat följer av ovan nämnda artiklar. Ifrågasvarande artiklar i EUF-fördraget fastställer särskilda undantag till tillämpningen av de principer som fastställs i fördraget.

Artikel 36 i grundfördraget ger medlemsstaten rätt att ställa förbud mot eller restriktioner för import, export eller transitering, som grundas på hänsyn bl.a. till allmän moral, allmän ordning eller allmän säkerhet. Sådana förbud eller restriktioner får dock inte utgöra ett medel för godtycklig diskriminering eller innefatta en förtäckt begränsning av handeln mellan medlemsstaterna. Artikel 51 i grundfördraget gäller utövandet av offentlig makt i vissa medlemsstater och artikel 52 specialreglering som föreskriver särskild behandling av utländska medborgare och som grundas på hänsyn till allmän ordning, säkerhet eller hälsa.

Artikel 346 i EUF-fördraget

Med tanke på försvars- och säkerhetsupphandlingarna är den mest betydelsefulla av artiklarna i grundfördraget artikel 346 i EUF-fördraget. Den är en undantagsparagraf av allmän karaktär, som ger medlemsstaterna möjlighet att göra undantag från unionens reglering, om medlemsstatens väsentliga säkerhetsintressen kräver det. På kontrakt som de upphandlande enheter som är verksamma

inom området försvar och säkerhet ingår tillämpas i dagens läge upphandlingsdirektivet, om inget annat följer av artikel 346 i EUF-fördraget. I framtiden tillämpas på dessa upphandlande myndigheters upphandlingar antingen upphandlingsdirektivet eller försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet, om inget annat följer av artikel 346 i EUF-fördraget.

Enligt artikel 346.1 a i EUF-fördraget ska ingen medlemsstat vara förpliktad att lämna sådan information vars avslöjande den anser strida mot sina väsentliga säkerhetsintressen. Formuleringen i fråga är generell till sin karaktär och den kan anses lämpa sig såväl för försvarsupphandling som för säkerhetsupphandling. Enligt artikel 346.1 b i EUF-fördraget får varje medlemsstat vidta åtgärder, som den anser nödvändiga för att skydda sina väsentliga säkerhetsintressen i fråga om tillverkning av eller handel med vapen, ammunition och krigsmateriel; sådana åtgärder får inte försämra konkurrensvillkoren på den inre marknaden vad gäller varor som inte är avsedda speciellt för militärändamål. Denna punkt lämpar sig endast för upphandling som är förknippad med försvaret. Tillämpningsområdet för punkten begränsas av punkt 2 i samma artikel, enligt vilken rådet på förslag från kommissionen får genom enhälligt beslut ändra den lista som rådet den 15 april 1958 fastställde över varor på vilka bestämmelserna i punkt 1 b ska tillämpas.

Artikel 346 i EUF-fördraget ger en medlemsstat rätt att i vissa exakt avgränsade fall göra undantag från reglerna i fördraget. Artikeln har emellertid under tidens gång tillämpats på mycket olika sätt i de olika medlemsländerna i Europeiska unionen, och till följd av detta gav kommissionen den 7 december 2006 ett tolkningsmeddelande om tillämpningen av artikel 296 (numera artikel 346) i EG-fördraget på området för försvarsupphandlingar (KOM(2006)779 slutligt). Syftet med meddelandet var att klargöra användningen av artikel 296 i EG-fördrag. Bakom meddelandet låg i synnerhet det att medlemsstaterna enligt kommissionen hade använt ovan nämnda undantag för vidsträckt vid genomförandet av sina försvarsupphandlingar.

Utgångspunkten för meddelandet var att undantagsbestämmelsen i fråga ska tolkas

snävt. Kommissionen baserar sin tolkningslinje huvudsakligen på EG-domstolens avgörandepraxis. Meddelandet är dock inte rättsligt bindande för medlemsstaterna.

2.2.10 Europeiska försvarsbyråns (EDA) uppförandekodex för försvarsupphandlingar

Europeiska försvarsbyrån, som inledde sin verksamhet år 2004, har strävat efter att förstärka den försvarsindustriella och försvarsteknologiska basen i Europa och skapa en konkurrenskraftig marknad för försvarsmateriel. En central åtgärd som byrån vidtagit är att marknaden har öppnats för europeisk konkurrens via en uppförandekodex för försvarsupphandlingar som antogs år 2006. De medlemsstater som har godkänt uppförandekodexen annonserar på byråns webbplats om sina försvarsupphandlingar vilkas värde överstiger en miljon euro och uppfyller tillämpningsförutsättningarna i artikel 346 i EUF-fördraget. Någon annonseringsskyldighet föreligger dock inte bl.a. vid upphandlingar med anknytning till krypteringsteknik eller upphandlingar där tvingande skäl som anknyter till säkerheten och är exceptionella förutsätter att en upphandling genomförs utan konkurrens.

Uppförandekodexen förpliktar inte medlemsstaterna juridiskt, utan den är till sin karaktär en politisk viljeyttring om medlemsstaternas strävan att öppna försvarsupphandlingarna för konkurrens som omfattar Europeiska unionen. I och med försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet har tillämpningsområdet för artikel 346 i EUF-fördraget inskränkts betydligt, vilket också kommer att påverka tillämpningen av uppförandekodexen. Det kan följaktligen förväntas att Europeiska försvarsbyråns uppförandekodex för försvarsupphandlingar i fortsättningen kommer att lämpa sig endast för en begränsad mängd av medlemsstaternas upphandlingar.

3 Målsättning och de viktigaste förslagen

3.1 Målsättning

Propositionens målsättning är att nationellt verkställa försvars- och säkerhetsupphand-

lingsdirektivet. I direktivet skapas gemensamma europeiska förfaringsregler för försvars- och säkerhetsupphandlingar och det generella målet med direktivet är att skapa en öppen och konkurrenskraftig europeisk marknad för försvarsmateriel. En gemensam europeisk lagstiftningsram möjliggör en ökande gränsöverskridande konkurrens, större öppenhet än i dagens läge i försvars- och säkerhetsupphandlingarna och en ökande global konkurrenskraft för de europeiska företagen inom försvars- och säkerhetsindustrin.

Samtidigt ska det föreskrivas om de förfaranden, principer och rättsmedel som ska följas i vissa försvars- och säkerhetsupphandlingar som står utanför tillämpningsområdet för försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet.

Genom reglering på lagnivå försöker man skapa ett bättre tillstånd än i dagens läge i fråga om rättssäkerheten såväl för de upphandlande enheterna som för anbudsgivarna. Klara förfaringsregler ger de upphandlande enheterna möjlighet att genomföra upphandlingarna kostnadseffektivt och med tanke på statens ekonomi totalekonomiskt. I och med annonseringsskyldigheten ökar upphandlingarnas öppenhet, vilket igen kan antas öka konkurrensen och de alternativ som den upphandlande enheten har till sitt förfogande.

Målsättningen med propositionen är att effektivisera användningen av allmänna medel och möjligheten att göra de till förhållandet mellan pris och kvalitet bästa försvars- och säkerhetsupphandlingarna samt att harmonisera förvaltningsområdenas upphandlingsförfaranden i synnerhet i fråga om de säkerhetsupphandlingar som hör till lagens tillämpningsområde. Särskilt viktigt är det att försäkra sig om att särdragen i försvars- och säkerhetsupphandlingarna, såsom de krav som sammanhänger med Finlands försvarsförmåga, den nationella säkerheten, försörjningstryggheten och informationssäkerheten, kan beaktas i tillräckligt hög grad.

Den föreslagna lagstiftningen ger företagen en klarare regleringsomgivning än för närvarande såväl nationellt som på europeisk nivå. Den ökande öppenheten inom Europeiska unionen i och med direktivet ger bättre möjligheter för finska företag inom försvars- och

säkerhetsindustrin att delta i upphandlingsförfaranden inom försvars- och säkerhetssektorn i hela Europa. Det nationella sättandet i kraft av direktivet öppnar också Finlands försvarsupphandling för konkurrens som omfattar Europa i vidsträcktare omfattning än tidigare.

En målsättning för direktivet och förslaget är också att för sin del möjliggöra ett effektivare verkställande av Europas gemensamma säkerhets- och försvarspolitik. En gemensam europeisk lagstiftningsram och den därigenom uppkommande europeiska försvars- och säkerhetsmarknaden, som är öppen på riktigt, kan för sin del stöda unionens intensifierade försvars- och säkerhetspolitiska samarbete t.ex. vid fastställandet av militära prestationsförmågor.

När försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet införlivas med den nationella lagstiftningen strävar man genom propositionen också efter att förenhetliga den splittrade europeiska lagstiftningsramen inom försvars- och säkerhetssektorn och öka den juridiska klarheten. Hittills har medlemsstaterna kunna återöppna en grund för undantag enligt artikel 346 i EUF-fördraget när de har ställt konkurrensutsättningen av upphandlingar inom försvars- och säkerhetssektorn utanför EU:s upphandlingsregler. Följden har varit ett vidsträckt återöppnande av undantagsbestämmelsen, vilken dock enligt unionens domstols etablerade rättspraxis borde tolkas snävt. Det är fråga om en allmäneuropeisk praxis som har fortgått länge, och följden av den kan bedömas ha varit både ekonomisk ineffektivitet och rättslig osäkerhet.

I propositionen identifieras och observeras också särdragen i det finska nationella försvaret såsom behovet att säkerställa försörjningstryggheten. I propositionen har det beaktats att det inte är möjligt att vid upphandling tillgodose eller i tillräckligt hög grad trygga alla krav, som det nationella försvaret och den nationella säkerheten ställer, med mekanismerna i den gemensamma europeiska lagstiftningen och med iakttagande av offentlig konkurrensutsättning. I synnerhet målsättningen för den s.k. nationella regleringen är att göra det möjligt att säkerställa en tillräcklig nivå på försörjningstryggheten och som en del av detta att hålla kvar

bl.a. det kritiska inhemska kunnandet inom försvars- och säkerhetsindustrin så att det är möjligt för samhällets vitala funktioner att fortgå störningsfritt också i undantagsförhållanden.

Statsrådets beslut om målen med försörjningsberedskapen fastslår att samhällets kritiska infrastruktur och produktion måste kunna tryggas vid allvarliga störningar under normala förhållanden och i undantagsförhållanden inklusive försvarstillstånd. Detta förutsätter bl.a. att den för försvaret viktiga industrin och servicenivån kan hållas kvar i landet. Det som sägs ovan befrämjas genom arrangemang inom industriellt samarbete (motköp) när detta inte kan säkerställas i den lagstiftningsram som ställs i försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet eller på något annat sätt. Målsättningen för propositionen är följaktligen att göra det möjligt att ställa en skyldighet om industriellt samarbete när detta är motiverat med tanke på den nationella säkerheten, och upphandlingen genomförs med nationella förfaranden som definieras i del III i lagen.

3.2 Alternativ

När försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet sätts i kraft nationellt finns det två alternativa genomföringssätt: gällande upphandlingslag ändras eller en helt separat lag om försvars- och säkerhetsupphandling stiftas.

Vid en jämförelse av försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet och upphandlingsdirektivet visade det sig att det finns många överensstämmelser mellan direktiven. De artiklar som i praktiken har fullständigt samma innehåll är många och i fråga om vissa artiklar är skillnaderna endast av teknisk karaktär. Försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet bygger ju på samma grund som upphandlingsdirektivet.

Det är följaktligen lagtekniskt möjligt att inbegripa en egen del om försvars- och säkerhetsupphandling i upphandlingslagen. I så fall skulle försvars- och säkerhetsupphandlingarna utgöra en egen del inne i upphandlingslagen. Detta skulle naturligtvis kräva noggrannhet av den som tillämpar lagen, men på samma sätt ställer upphandlingslagen

också i dagens läge olika krav gällande förfarandena beroende på upphandlingens art (s.k. nationella upphandlingar, byggkoncessioner, planeringstävlingar).

Överensstämmelserna mellan direktiven kan anses tala för att den reglering som gäller försvars- och säkerhetsupphandling bör inbegripas i upphandlingslagen. De upphandlande enheter som genomför försvars- och säkerhetsupphandlingar gör dessutom ofta också civila upphandlingar och det att bestämmelser om båda finns i en och samma lag kan underlätta arbetet för den som ska tillämpa lagen. Dessutom innebär det stora antalet gemensamma bestämmelser att, ifall en egen lag stiftas om försvars- och säkerhetsupphandlingar, bestämmelser med samma innehåll i stor utsträckning förekommer i två separata lagar.

Många problem är emellertid förknippade med en komplettering av upphandlingslagen. För det första är upphandlingslagen en allmän lag, medan igen försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet och den reglering som baserar sig på det gäller endast upphandlingar inom en viss sektor och därmed hör till speciallagstiftningen. En central motivering till att ett separat försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektiv skulle stiftas var uttryckligen det att de förfaranderegler som gäller civila upphandlingar inte i tillräcklig grad beaktar särdragen i försvars- och säkerhetsupphandlingar. Eftersom också försörjningsdirektivet har verkställts som en egen separat lag, kan motsvarande förfarande anses befogat även i fråga om försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet.

En komplettering av upphandlingslagen är också problematisk till följd av de bestämmelser som anknyter till tillämpningsområde och tröskelvärden. Försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivets tillämpningsområde avviker väsentligt från upphandlingsdirektivets motsvarande. Direktivets tillämpningsområden är redan till sina strukturella utgångspunkter mycket olika och inbegripandet av dem i samma lag skulle bli svårt i praktiken. I fråga om tröskelvärdena orsakar deras stora antal problem, eftersom tröskelvärdena i upphandlingsdirektivet och i försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet avviker från varandra. Om bestämmelser om försvars- och

säkerhetsupphandlingar också skulle inbegripas i upphandlingslagen, skulle man bli tvungen att föreskriva om totalt närmare tio olika tröskelvärden i upphandlingslagen.

Också skillnaderna i upphandlingsförfarandena kan orsaka problem. I civila upphandlingar är utgångspunkten ett öppet eller selektivt förfarande och det är möjligt att avvika från dessa endast, om de förutsättningar om vilka föreskrivs i lagen uppfylls. Försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet känner inte alls till öppet förfarande, utan i det är utgångspunkten ett selektivt förfarande och förhandlat förfarande. De skillnader som refereras ovan skulle leda till en reglering som är mycket utmanande lagstiftningstekniskt. Med tanke på den som tillämpar lagen är situationen också utmanande, eftersom inga av de bestämmelser om och hänvisningar till öppet förfarande som finns i upphandlingslagen ska tillämpas vid försvars- och säkerhetsupphandling.

Enskilda skillnader av teknisk natur – såsom olika tidsfrister – finns det gott om i upphandlingsdirektivet och försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet. En komplettering av upphandlingslagen skulle i praktiken innebära att det alltid borde finnas två olika bestämmelser om dessa punkter i lagen, en som gäller endast civil upphandling och en annan som gäller endast försvars- och säkerhetsupphandling. I paragraferna i upphandlingslagen skulle således till denna del behövas särskilda moment endast för försvars- och säkerhetsupphandlingarna.

Allt det som refereras ovan skulle leda till att man blev tvungen att ta in en stor mängd nya korshänvisningar i upphandlingslagen. Lagtekniskt och med tanke på tillämparen är detta utmanande och ägnat att orsaka felaktiga lagtolkningar och felaktig tillämpning.

I och med de omständigheter som nämns ovan har man beslutat föreslå att en egen separat lag ska stiftas om försvars- och säkerhetsupphandling. Den föreslagna lagens uppbyggnad följer dock så exakt som möjligt upphandlingslagens uppbyggnad. Detta har ansetts skapa juridisk klarhet med beaktande av hur enhetliga upphandlingsdirektivet och försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet är ända från uppbyggnaden.

Det föreslås att i lagen om försvars- och säkerhetsupphandling också ska inbegripas bestämmelser som gäller sådana upphandlingar som står utanför direktivets tillämpningsområde. Till denna del är det frågan om en sak som innehåller nationell prövning, ett alternativt genomförandesätt vore att i lagen föreskriva endast om det som försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet direkt förpliktar till.

Det föreslås att den nationella regleringen ska gälla sekundära tjänsteupphandlingar, upphandlingar som underskriver EU-tröskelvärdena enligt direktivet samt de upphandlingar i fråga om vilka förutsättningarna enligt artikel 346.1 b i EUF-fördraget uppfylls.

Också om försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet i sig inte förpliktar till att utsträcka regleringen till de upphandlingar som står utanför direktivets tillämpningsområde, konstateras i 10 punkten i dess ingress att medlemsstaterna också i fråga om kontrakt som ligger under tröskelvärdet måste beakta kraven beträffande öppenhet och konkurrens i överensstämmelse med de centrala principerna i grundfördragen. Denna princip har bekräftats i EG-domstolens domar i målen C-275/98, Unitron Scandinavia, C-342/98 Te-laustria och Telefonadress samt C-59/00 Vestergaard, enligt vilka i sådana upphandlingar som står utanför tillämpningsområdet för direktiven om offentlig upphandling ska följas de grundläggande rättsreglerna i grundfördragen och i synnerhet förbudet mot diskriminering på grund av nationalitet. Detta förutsätter bland annat att upphandlingsförfarandet är tillräckligt öppet och att om upphandlingen annonseras i adekvat omfattning, vilket gör att upphandlingarna öppnas för konkurrens och opartiskheten i förfarandena för slutande av upphandlingskontrakt kan övervakas. Således har i den föreslagna lagen inbegripits bestämmelser som gäller sekundära tjänsteupphandlingar och sådana varu- och tjänsteupphandlingar som underskriver EU-tröskelvärdena samt byggentreprenader. Avgörandet står i överensstämmelse med upphandlingslagen.

Det föreslås också att nationell reglering ska utsträckas till de upphandlingar som med stöd av artikel 346.1 b i EUF-fördraget står

utanför tillämpningsområdet för försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet. I praktiken är det fråga om sådana försvarsupphandlingar som anknyter till väsentliga nationella säkerhetsintressen och av motiverade skäl, som har samband t.ex. med försörjningstryggheten och informationssäkerheten, är det inte möjligt att genomföra dem med de förfaringsätt som fastställs i direktivet. Det att regleringen utsträcks också till dessa upphandlingar kan anses vara befogat till följd av deras betydande ekonomiska värde samt centrala betydelse för försvaret. Det kan också anses att den föreslagna regleringen ökar såväl anbudsgivarnas som de upphandlande enheternas rättssäkerhet också vid genomförandet av dessa upphandlingar. Dessutom föreskrevs det om de principer och upphandlingsförfaranden som ska följas i dessa upphandlingar i en undantagsförordning ända till juni 2007.

3.3 De viktigaste förslagen

I propositionen föreslås att en lag om offentlig försvars- och säkerhetsupphandling ska stiftas. Genom lagen genomförs Europeiska unionens försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektiv. Dessutom föreslås det att i lagen ska inbegripas allmänna förfaringsregler gällande en del av de upphandlingar som står utanför försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivets tillämpningsområde.

I propositionen föreslås det att upphandlingslagen, försörjningslagen, lagen om internationella förpliktelser som gäller informationssäkerhet och marknadsdomstolslagen ska ändras. Upphandlingslagen ska ändras i fråga om 7 och 83 § och försörjningslagen i fråga om 17 § på så sätt att det konstateras att om försvars- och säkerhetsupphandlingar ska föreskrivas i en egen lag. Dessutom ska det föreskrivas att de upphandlingar som med stöd av 6 § 2 mom., 7 § 1 mom., 8 § eller 13 § i försvars- och säkerhetsupphandlingslagen har uteslutits ur lagen inte heller ska omfattas av tillämpningen av upphandlingslagen. På samma sätt ska de upphandlingar uteslutas från tillämpningsområdet för försörjningslagen, vilka med stöd av 6 § 2 mom., 7 eller 8 § i försvars- och säkerhetsupphandlingslagen ställs utanför tillämp-

ningen av den lagen. I 83 § i upphandlingslagen ska det föreskrivas att om den upphandlingsrättelse som ska iakttas i försvars- och säkerhetsupphandlingar ska föreskrivas i försvars- och säkerhetsupphandlingslagen. I lagen om internationella förpliktelser som gäller informationssäkerhet ska dess 1 § 3 mom. ändras så att 12—14 § och 16 § 2 mom. i denna lag också ska tillämpas på en näringsidkare som deltar i en försvars- och säkerhetsupphandling som anbudsgivare eller underleverantör, som då får, upprättar eller annars hanterar klassificerad information för genomförande av upphandlingen. Marknadsdomstolslagens 1 § ska ändras så att marknadsdomstolen också ska vara behörig i de ärenden om vilka föreskrivs i lagen om ofientlig försvars- och säkerhetsupphandling.

I propositionen föreslås det att om försvars- och säkerhetsupphandlingar ska föreskrivas så att i lagen ska ingå en reglering som gäller EU-upphandlingar samt s.k. nationella upphandlingar. Dessutom föreslås det att vissa försvars- och säkerhetsupphandlingar som också står utanför tillämpningsområdet för försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet helt ska ställas utanför lagens tillämpningsområde.

I propositionen föreslås det vidare att regleringen på lagnivå ska utsträckas från försvars- och säkerhetsupphandlingarna också till de s.k. sekundära tjänsteupphandlingarna samt till de varu- och tjänsteupphandlingar som understiger EU-tröskelvärdet samt till byggentreprenader. Det föreslås att regleringen ska utsträckas också till de försvarsupphandlingar där den upphandlande enheten på basis av statens väsentliga säkerhetsintressen tillämpar artikel 346.1 b i EUF-fördraget och med stöd av denna genomför en upphandling utan att följa bestämmelserna i försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet. Genom att utsträcka regleringen också till dessa s.k. nationella upphandlingar vill man skapa ett enhetligt regelverk också för dessa upphandlingar, dock med beaktande av deras särdrag och behovet att tillåta större flexibilitet vid genomförandet av dem. De allmänna krav på förfaringsätt som ska ställas på en upphandlande enhets verksamhet möjliggör en större rättssäkerhet för anbudsgivarna. På detta sätt beaktas den princip i

unionens rättspraxis som har fastställts i civil upphandling att också vid genomförandet av upphandlingar som står utanför upphandlingsdirektiven ska de grundläggande rättsreglerna i grundfördraget följas, såsom förbud mot diskriminering på grund av nationalitet (t.ex. C-275/98, Unitron Scandinavia, C 324/00, Telaustria och C59/00, Bent Moustén Vestergaard). Den ovan nämnda principen har i unionens rättspraxis ansetts gälla främst de upphandlingar som inte når upp till EU-tröskelvärdena.

I propositionen föreslås det att lagen ska tillämpas på försvarsupphandling. Försvarsupphandling ska vara upphandling av försvarsmateriel samt av komponenter eller delkomponenter till dessa. Som försvarsmateriel ska i princip anses de produkter som ingår i Europeiska unionens gemensamma militära förteckning och som har planerats eller anpassats för militärt bruk. Dessutom ska som försvarsupphandling anses upphandlingar som gäller byggentreprenader, varor och tjänster som ingår i någon fas av ovan nämnda försvarsmateriels livscykel samt sådana byggentreprenader och tjänster som används särskilt för militära syften.

Som säkerhetsupphandling ska sådana upphandlingar anses som gäller upphandling av varor som används för säkerhetssyften, när för genomförande av upphandlingen ges, upprättas eller annars hanteras säkerhetsklassificerade handlingar. Också upphandling av komponenter och delkomponenter till dessa varor ska anses som säkerhetsupphandling. Dessutom ska som säkerhetsupphandling anses alla byggentreprenader, varor och tjänster som ingår i någon fas av livscykeln för ovan nämnda varor samt sådana byggentreprenader och tjänster som är avsedda att användas för säkerhetssyften och för genomförande av upphandlingen ges, upprättas eller annars hanteras säkerhetsklassificerade handlingar.

Det föreslås att vissa upphandlingar helt ska ställas utanför lagens tillämpningsområde. Lagen ska inte tillämpas på upphandlingar där tillämpningen av lagen förpliktar den upphandlande enheten att lämna ut sådan information, vars avslöjande skulle strida mot statens väsentliga säkerhetsintressen (7 §). Detta uteslutande baserar sig på artikel 346.1 a i EUF-fördraget. På ovan nämnda grunder

ska sekretessbelagda upphandlingar ställas utanför lagens tillämpningsområde. Sådant ska det vara frågan om när hela existensen av en upphandling är sekretessbelagd information.

I propositionen föreslås det också att utanför lagens tillämpningsområde ska ställas upphandlingar som anknyter till underrättelse, upphandlingar mellan myndigheter, upphandlingar som görs med stöd av internationella förfaringsregler, upphandlingar som anknyter till forskning och utveckling under de förutsättningar som fastställs i lagen, upphandlingar som ska göras i samband med operationer i tredje länder, upphandling eller hyra av mark, byggnader och annan fast egendom, upphandling av skiljemanna- och förlikningstjänster, upphandling av finansiella tjänster – exklusive försäkringstjänster – samt anställningskontrakt (7 och 8 §).

I lagförslaget definieras det tröskelvärde, där EU-bestämmelserna ska tillämpas på de upphandlingar som överskrider värdet. I fråga om varor och tjänster är tröskelvärdet 387 000 euro och i fråga om byggtreprenader 4 845 000 euro (12 §). På samma sätt som i fråga om civil upphandling justerar Europeiska kommissionen tröskelvärdena med två års intervall och publicerar de justerade värdena i Europeiska unionens officiella tidning.

Det föreslås att i lagen också ska föreskrivas om ett nationellt tröskelvärde. Som tröskelvärde för varor och tjänster föreslås 100 000 euro och för byggtreprenader 500 000 euro (13 §).

Av de upphandlingsförfaranden som ska användas ska det första förfarandet vara selektivt förfarande eller alternativt förhandlat förfarande, över vilket en förhandsannons ska publiceras (20 §). Dessutom ska den upphandlande enheten ha en möjlighet att genomföra upphandlingen som en konkurrenspräglad dialog eller direktupphandling när de förutsättningar som fastslås i lagen uppfylls. Grunderna för att använda direktupphandling har i stor utsträckning begränsats så att de motsvarar de civila upphandlingarnas, dock så att de särdrag som är förknippade med upphandlingar inom försvars- och säkerhetssektorn ska beaktas (22 och 23 §).

I lagen ska det föreskrivas om en skyldighet att annonsera om upphandlingar samt om tidsfrister (28—32 §). Principen är att om de upphandlingar som överskrider EU-tröskelvärdet ska annonseras över hela EU och då ska en annonsmodell i en viss form följas. Den upphandlande enheten ska också ha en möjlighet att annonsera om direktupphandling. Detta utökar öppenheten i direktupphandlingar samt styr ett eventuellt tillgripande av rättsmedel så att det görs innan upphandlingsbeslut har fattats. Det föreslås att om annonseringsförfarandena ska föreskrivas närmare genom förordning av statsrådet.

Det föreslås att i lagen ska föreskrivas om anbudsfrågan och fastställande av föremålet för upphandlingen (33—45 §). Den föreslagna regleringen ska huvudsakligen motsvara upphandlingslagen. Utgångspunkten är att anbudsfrågan ska utarbetas skriftligen och så tydligt att det utifrån den är möjligt att lämna anbud som kan mätas med samma mått och som är jämförbara.

Vid fastställandet av föremålet för och kraven gällande upphandlingen ska de särskilda krav inom försvars- och säkerhetssektorn som anknyter till försörjningstrygghet och informationssäkerhet beaktas (41 och 42 §). Den upphandlande enheten ges möjlighet att på anbudsgivaren ställa krav som gäller försörjningstryggheten och som anknyter till upphandlingen och genomförandet av den, med hjälp av vilka enheten strävar efter att försäkra sig om bl.a. tillgång, underhåll och service på de produkter eller tjänster som ska upphandlas. De ovan nämnda kraven bör dock vara icke-diskriminerande och jämlika samt hänföra sig direkt till föremålet för upphandlingen.

Med krav gällande informationssäkerheten kan den upphandlande enheten sträva efter att säkerställa att säkerhetsklassificerade handlingar och information som anknyter till upphandlingen får ett tillräckligt skydd mot obehöriga utomstående. I praktiken innebär detta att den upphandlande enheten ställer sådana krav med anknytning till den sekretessbelagda informationen på en anbudssökande eller anbudsgivare – och vid behov också på den underleverantör denne använder – som enheten anser vara ändamålsenliga

och/eller nödvändiga vid genomförandet av upphandlingen.

Det föreslås att i lagen också ska ingå bestämmelser med anknytning till underentreprenader (60—67 §). Den upphandlande enheten kan i anbudsförfrågan ställa villkor som anknyter till konkurrensutsättningen av underentreprenader. Den upphandlande enheten kan ålägga en anbudsgivare som valts till kontraktspart att följa de bestämmelser som gäller underentreprenader i alla underleverantörskontrakt, som den anbudsgivare som valts till kontraktspart har för avsikt att sluta med tredje part. Om den upphandlande enheten ställer förpliktelser som gäller underentreprenader, bör den huvudsakliga genomföraren agera öppet och behandla alla eventuella underleverantörer lika och utan diskriminering. Den upphandlande enheten kan också kräva att en anbudsgivare som valts till kontraktspart lägger ut en del av kontraktet (kravet kan vara högst 30 % av upphandlingens hela värde) på entreprenad till tredje part. Dessutom kan den upphandlande enheten förkasta en underleverantör som anbudsgivaren har valt. Detta kan dock endast basera sig på kriterier som tillämpas när anbudsgivare för huvudkontraktet väljs.

I fråga om så kallade nationella upphandlingar (68—73 §) ska det utöver om allmänna principer – lika och icke-diskriminerande behandling samt öppenhet – också föreskrivas om de upphandlingsförfaranden som ska användas, anbudsförfrågan, anbudsförfarandena, upphandlingsbeslutet samt ändringssökande. Regleringen ska vara av allmän karaktär och klart avvikande från försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivets detaljerade förfaringsregler. Regleringen ska gälla de upphandlingar som inte når upp till tröskelvärdet i direktivet, tjänsteupphandlingar enligt bilaga B samt de handlingar där upphandlingen ställs utanför försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivets tillämpningsområde när en medlemsstat använder sig av rätten att åberopa artikel 346.1 b i EUF-fördraget.

Målet med den reglering som gäller nationell upphandling ska vara bl.a. att harmonisera upphandlingsförfarandena på de olika förvaltningsområdena framför allt i säkerhetsupphandlingar. Genom att försäkra sig om

harmoniserade verksamhetssätt på de olika förvaltningsområdena minskas de kostnader som anbudsgivarna orsakas och skapas ett tillstånd med större rättssäkerhet. I och med att gränsen för vad som avses med försvars- och säkerhetsupphandlingar fortsättningsvis blir otvetydigare skapar en gemensam författningsgrund en gemensam handlingsbas.

Det föreslås att i lagen ska föreskrivas om hur man söker ändring (del IV). Målet är att anbudsgivarna till sitt förfogande ska ha klara och effektiva rättsmedel som står i rätt proportion till saken. Ändringssökandet ska ske i marknadsdomstolen och dess beslut ska det vara möjligt att överklaga hos högsta förvaltningsdomstolen. I fråga om rättsskyddssystemet strävar propositionen efter en så stor överensstämmelse som möjligt med den ändring av upphandlingslagen som trädde i kraft den 1 juni 2010 i fråga om de upphandlingar som hör till tillämpningsområdet för försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet. Motiveringen till detta är att de bestämmelser som gäller rättsskydd i försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet huvudsakligen ska motsvara bestämmelserna i rättsmedeldirektivet som gäller civil upphandling.

Det föreslås dessutom att i lagen ska föreskrivas om de rättsmedel som ska tillämpas på s.k. nationella upphandlingar. I fråga om dessa upphandlingar har rätten att söka ändring samt de påföljder som marknadsdomstolen har till sitt förfogande i egenskap av besvärsinstans begränsats. I sådana upphandlingar som inte når upp till EU-tröskelvärdet samt i sekundära tjänsteupphandlingar enligt bilaga B motsvarar systemet för sökande av ändring med påföljder det system som används i civila upphandlingar. Rätten att söka ändring har inte begränsats, men marknadsdomstolen har inte rätt att bestämma en ogiltighetspåföljd, påföljdsavgift eller förkortning av kontraktperioden som påföljd för brott mot lagen. I upphandlingar enligt 68 § 2 mom. i lagen (dvs. i de försvarsupphandlingar där en upphandlande enhet åberopar artikel 346.1 b i EUF-fördraget och genomför upphandlingen utanför tillämpningsområdet för försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet) har rätten att söka ändring begränsats. I sådan försvarsupphandling med vilken sammanhänger statens väsentliga säkerhets-

intressen, får ändring sökas endast, om marknadsdomstolen beviljar behandlingstillstånd. Behandlingstillstånd bör beviljas, ifall behandlingen av ärendet med tanke på tillämpningen av lagen i andra liknande ärenden är viktig eller ifall det finns ett vägande skäl till detta som sammanhänger med den upphandlande enhetens förfarande. Också eventuella påföljder avviker från dem som gäller övriga upphandlingar som omfattas av lagens tillämpningsområde på så sätt att den enda påföljden som marknadsdomstolen kan påföra i dessa upphandlingar är gottgörelse. Dessutom har marknadsdomstolen inte rätt att bestämma att verkställigheten av ett upphandlingsbeslut temporärt ska avbrytas (93 §). Det föreslagna systemet strävar efter att beakta särdragen i dessa upphandlingar och det att ett dröjsmål i genomförandet av dessa upphandlingar kan äventyra säkerhetsintressen som är väsentliga för staten. Förslaget kan anses göra rättsskyddet klarare jämfört med nuläget i försvars- och säkerhetsupphandlingarna och för sin del förbättra situationen med beaktande av kraven i 21 § i grundlagen.

För att förtydliga användningen av rättsmedlen och gallra i överlappande rättsmedel föreslås det att det ska föreskrivas i lagen att i ärenden där marknadsdomstolen har behörighet förbjuds ändringssökande i form av kommun- eller förvaltningsbesvär. På motsvarande sätt kan ändring inte heller sökas med stöd av förvaltningsprocesslagen (586/1996) i de beslut eller avgöranden som gäller upphandling som står utanför lagens tillämpningsområde.

4 Propositionens konsekvenser

4.1 Ekonomiska konsekvenser

Konsekvenser för den offentliga ekonomin

När kommissionen bedömde vilka administrativa kostnader som inriktar sig på de upphandlande enheterna ansåg den i en konsekvensbedömning som ingår i direktivets beredningsmaterial ([KOM(2007) 766 slutlig] [SEK(2007) 1598] att det nya regelverket torde orsaka en lindrig kostnadsökning på kort sikt. På lång sikt antas situationen dock

jämna ut sig. Enligt kommissionen är det dock väsentligt att bedöma huruvida den ökande konkurrens och eventuella sänkning av enhetskostnaderna, som de nya reglerna medför, täcker ökningen av de administrativa kostnaderna på kort sikt. Detta är utgångspunkten för kommissionens bedömning och därmed anses direktivets konsekvenser för den offentliga ekonomin vara positiva.

De aspekter som kommissionen har presenterat i sin konsekvensbedömning är det orsak att granska ur nationellt perspektiv. Det att marknaden öppnas och ett konkurrensläge skapas kan anses stå också i den finska offentliga ekonomins intresse. I försvars- och säkerhetsupphandlingarna bör man framför allt till följd av de knappa ekonomiska resurserna hela tiden försöka få mera för de pengar man lägger ut. Prisstegringen på försvarsmaterielen har under de senaste åren varit större än motsvarande för civila produkter. Detta har bedömts bero på bl.a. att den teknologi som är förknippad med vapensystemen kontinuerligt utvecklas i och med nya krav på prestationsförmåga. Vilken konsekvens avsaknaden av en öppen europeisk marknad har på ovan nämnda prisstegring har inte bedömts direkt, men det finns i alla fall inget skäl att utesluta en eventuell konsekvens. Det kan antas att en öppen och jämlik europeisk konkurrens förbättrar kostnadseffektiviteten också i de försvars- och säkerhetsupphandlingarna som Finland gör. Det är emellertid ytterst svårt att bedöma vilka kostnadsinsparingar som kunde uppnås, eftersom mycket beror på bl.a. hur mycket den europeiska marknaden verkligen öppnas i och med direktivet och hur detta generellt påverkar priserna på produkterna inom försvars- och säkerhetssektorn. Å andra sidan är utgångspunkten att t.ex. de finska försvarsupphandlingarna redan i dagens läge konkurrensutsätts öppet i enlighet med Europeiska försvarsbyråns uppförandekodex för försvarsupphandling.

Propositionen kommer på kort sikt att öka kostnaderna för de upphandlande enheterna. De nya kraven gällande förfarandena förutsätter utbildning, informering och till många delar att man tillägnar sig nya handlingssätt. Av detta uppkommer ett behov att stärka de

upphandlande enheternas resurser på området för konkurrensutsättningskunnande.

Också ur nationellt perspektiv är det väsentliga huruvida eventuella kostnadsinsparingar som kan fås vid upphandlingarna täcker de administrativa kostnaderna som ökar åtminstone i begynnelsefasen. Sedan lagen har trätt i kraft är de nya administrativa kostnaderna förmodligen som högst i begynnelsefasen, medan igen de kostnadsinsparingar som uppkommer i upphandlingen tack vare konkurrensen inte nödvändigtvis ännu har realiserats. På kort sikt kan kostnaderna följaktligen öka. Det kan antas att situationen kommer att jämnas ut sig på lång sikt, om marknaden öppnas så att den omfattar Europa.

Konsekvenser för företagen

Konsekvenserna för företagen varierar bl.a. enligt storleken på det företag som granskas samt dess affärsverksamhetsstrategi och bransch.

Utsträckandet av regleringen på lagnivå till att gälla försvars- och säkerhetsupphandling anses i företagen i princip vara en positiv sak. Det att de regler som ska tillämpas förtydligas och harmoniseras skapar större rättsäkerhet för företagen. Regleringen kommer dock sannolikt att öka företagets administrativa kostnader. De nya reglerna kräver också nytt kunnande av företagen. Detta samt de detaljerade bestämmelser som gäller anbuds-förfarandet är ägnade att öka de kostnader företagen orsakas av deltagande i en anbudstävling. Dessa kostnader kan dock antas jämnas ut sig på lång sikt.

Finska företags bättre möjligheter att delta i europeiska anbudstävlingar inom sektorn har man förhållit sig reserverat till. I teorin borde möjligheterna bli bättre, men den nationella prövning som direktivet medger – framför allt i tillämpningen av artikel 346 i EUF-fördraget – har ansetts också i fortsättningen göra det möjligt att begränsa den öppna konkurrensen. Dessutom kan staterna i strid med bestämmelserna i försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet och grundfördraget också i förhållanden med öppen konkurrens försöka gynna inhemska anbudsgivare, varvid några verkliga nya affärsverksamhets-

möjligheter inte uppkommer för de finska företagen. En hotbild för de finska företagen är följaktligen att utländska företags inträde på den finska marknaden underlättas, men att de finska företagens inträde på andra marknader i motsvarande grad inte underlättas på samma sätt. Motsvarande hotbild har på samma sätt identifierats i företag som har sin hemort i andra stater i Europeiska unionen. Bedömningarna av effekterna av den nya lagstiftningen är till denna del mycket försiktiga.

Den föreslagna regleringen har konsekvenser för företagets inhemska och internationella konkurrenskraft. Den ökande öppenheten gör det möjligt att delta allt mera vidsträckt i europeiska anbudstävlingar. Utländska anbudsgivares ökande deltagande i finska upphandlande enheters konkurrensutsättningar kan försämra de finska företagets inhemska konkurrensställning.

Företagens konkurrenskraft och nya affärsverksamhetsmöjligheter påverkas också av att man i den upphandling som hör till tillämpningsområdet för försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet i fortsättningen inte längre kan ställa krav gällande motköp. Via dessa krav – i Finland industriellt samarbete – har den inhemska försvarsindustrin tidigare blivit delaktig av stora upphandlingar av försvarsmateriel från utlandet i egenskap av underleverantör till den utländska leverantören. Genom detta har man till den inhemska industrin kunnat överföra service- och underhållskompetens och ny teknologi i fråga om t.ex. ett vapensystem som ska upphandlas. Dessa åtgärder, som har vidtagits för att förbättra den inhemska försörjningstryggheten, har samtidigt skapat nya – eller breddat redan existerande – affärsverksamhetsmöjligheter för företagen. Motköpen har också varit ett sätt att internationalisera sig. Den finska försvarsmaterielindustrin har bedömt att slopandet av motköpen kommer att försvåra ställningen för den inhemska industrin.

Möjligheten att besvara sig över ett felaktigt upphandlingsförfarande är en klar förbättring i företagets rättsskydd jämfört med nuläget. Besvärmöjligheten kan dock medföra att den totala tid som krävs för att genomföra upphandlingarna blir längre. Dessutom kan möjligheten att besvara sig över ett upphandlingsbeslut göra att de upp-

handlande enheterna blir försiktigare än i dagens läge i sitt agerande. Det är sannolikt att de administrativa kostnaderna kommer att öka, eftersom ändringssökandet kommer att kräva personalresurser av företagen. Framför allt i kontrakt med ett mera betydande ekonomiskt värde kan processen med ändringssökande räckta länge och binda betydande resurser hos företagen för skötseln av processen.

4.2 Konsekvenser för myndigheterna

Konsekvenser för de upphandlande enheterna

Den föreslagna regleringen harmoniserar de använda upphandlingsförfarandena i försvars- och säkerhetsupphandlingarna. Detta igen förbättrar de upphandlande enheternas rättsskydd.

Annonseringsskyldigheten, de detaljerade reglerna om förfarandet vid upphandlingar och möjligheten att söka ändring ger den upphandlande enheten nya förpliktelser och förutsätter ändringar i de nuvarande verksamhetssätten. Dessutom kräver de frågor gällande tolkningen som anknyter i synnerhet till tillämpningsområdet för lagen, såsom vad som hör till tillämpningsområdet för EU-bestämmelserna i den nya försvars- och säkerhetsupphandlingslagen, vad som hör till tillämpningsområdet för de nationella bestämmelserna och vad som står helt utanför lagens tillämpningsområde med stöd av artikel 346 i EUF-fördraget, utbildning, kunnande och styrning av förvaltningsområdet.

De nya och detaljerade bestämmelserna innebär att kraven på juridiskt kunnande ökar och att hela upphandlingsprocessen blir mera juridisk. I och med de ökande kraven på förfaringssätten i upphandlingsprocessen kommer processen att räckta längre och också detta kan ha en inverkan som belastar resurserna.

I synnerhet skapandet av en ny klart definierad kanal för ändringssökande för försvars- och säkerhetsupphandling bedöms öka arbetsmängden för de upphandlande enheterna. Eftersom besvär kan anföras också i mellanfaserna av en konkurrensutsättning, kan en del av upphandlingarna råka ut för till och

med betydande dröjsmål. För detta och för skötsel av besvärprocesserna blir man tvungen att reservera både arbetstid och anslag. Långa behandlingstider för besvaren kan också kräva att en upphandling ordnas temporärt, vilket kräver resurser och kan orsaka extra kostnader. Således sätter den nya lagstiftningen press på att personresurserna måste ökas eller åtminstone omfördelas, och på kort sikt kommer myndigheternas administrativa kostnader att öka.

På lång sikt kommer de verkningar på resurserna som den nya lagstiftningen orsakar de upphandlande enheterna att jämnas ut. Behovet av utbildning minskar och det att de nya kraven på förfaringssätt till många delar är enhetliga med bl.a. motsvarande i fråga om civila upphandlingar kan möjliggöra en effektivisering av de upphandlande enheternas verksamhet. Framför allt på fältet av säkerhetsupphandlingar, där de upphandlande enheternas brokighet är stor, kan de konsekvenser som uppkommer på lång sikt till följd av harmoniseringen av förfarandena på många sätt vara positiva.

Konsekvenser för domstolarna

I propositionen föreslås det att ändringssökande i fråga om försvars- och säkerhetsupphandlingar ska ordnas så att ändringssökandet i första instans ska ske i marknadsdomstolen. Utsträckandet av möjligheten till ändringssökande till försvars- och säkerhetsupphandlingar gör att en helt ny grupp av ärenden kommer till marknadsdomstolen. Dess arbetsmängd ökar och detta kräver nya resurser eller att de som redan finns omfördelas.

Försvars- och säkerhetsupphandlingarnas särdrag kommer också att förutsätta ny sakkunskap av domstolen. Dessutom är i synnerhet försvarsupphandlingarna ofta ansevärd till sitt pris, omfattande till sitt anbudsmaterial samt långvariga till sitt förfarande, vilket också påverkar behandlingen av eventuella besvär. Detta igen skapar tryck på att de nuvarande resurserna måste utbildas samt nya resurser inriktas på att behandla besvär i denna grupp av ärenden.

De ovan nämnda resurskonsekvenserna gäller också för högsta förvaltningsdomstolen, som föreslås bli instans för överklagande

av beslut i första instans. I civila upphandlingar har tendensen till fortsatta besvär på beslut av marknadsdomstolen som gäller offentliga upphandlingar mellan åren 2005 och 2008 legat på mellan 10 och 17 procent. Också de långa behandlingstiderna i högsta förvaltningsdomstolen har varit ägnade att försvaga ett effektivt genomförande av de civila upphandlingarna. Följaktligen är det klart att lagstiftningen om försvars- och säkerhetsupphandlingarna kommer att sätta press på resurserna också i högsta förvaltningsdomstolen.

En exakt bedömning av de konsekvenser för resurserna som inriktas på domstolarna är det svårt att göra. Inom den civila upphandlingen har under de senaste åren till marknadsdomstolen gjorts yrkande om ändringsökande i genomsnitt i cirka 3 procent av alla fattade upphandlingsbeslut. Någon exakt uppskattning av antalet försvars- och säkerhetsupphandlingar som omfattas av tillämpningsområdet för den föreslagna lagen är det inte möjligt att ge. Framför allt det vidsträckta fältet av säkerhetsupphandlingar och de många potentiella aktörerna försvårar en uppskattning. I samband med beredningen av propositionen har dock riktgivande uppgifter erhållits om antalet upphandlingar som omfattas av den kommande lagens tillämpningsområde. Försiktigtvis är det möjligt att uppskatta att 500 – 1000 upphandlingar som hör till lagens tillämpningsområde kommer att göras årligen. Om tendensen att söka ändring motsvarar den i fråga om civila upphandlingar, innebär detta årligen 15 – 30 besvär hos marknadsdomstolen. För högsta förvaltningsdomstolen gäller enligt motsvarande bedömning årligen 2 – 5 fall av ändringsökande som gäller försvars- och säkerhetsupphandling.

Framför allt i försvarsupphandling är det ofta fråga om upphandling med ett större värde än normalt. Upphandlingarna väcker också ofta intresse hos företag som är verksamma internationellt. De erfarenheter man fått av stora civila upphandlingar visar att över dessa upphandlingar besvarar man sig oftare än över vanliga upphandlingar och på besvären satsas mera än vanligen. Dessutom har det faktum att en del av försvars- och säkerhetsupphandlingarna har en hög teknisk

nivå och andra särdrag vilket gör dem särskilt krävande som upphandlingar, en resurslukande konsekvens för domstolarna. Försvarsmaterielmarknaden skiljer sig också från den civila marknaden; köpare finns i begränsad mängd liksom också anbudstävlingar, vilket också kan göra den förlorande anbudsgivaren känsligare för att anföra besvär. Till följd av det som sägs ovan kan det konstateras att den genomsnittliga benägenheten för besvär vid civil upphandling med stor sannolikhet inte ger helt korrekt bild av de resurskonsekvenser som den föreslagna lagen medför för domstolarna.

Det är klart att ett effektivt verkställande av lagen förutsätter att framför allt marknadsdomstolen men också högsta förvaltningsdomstolen ges tillräckligt med resurser för behandlingen av besvär som gäller försvars- och säkerhetsupphandlingar. För marknadsdomstolens del kan det årliga behovet av tilläggsresurser som den föreslagna lagen orsakar uppskattas till två årsverken. De nya uppgifter som överklagande av försvars- och säkerhetsupphandling orsakar bör i framtiden beaktas när det övervägs hur stort behov av mera resurser marknadsdomstolen har. I fråga om högsta förvaltningsdomstolen är det inte direkt möjligt att uppskatta ökningen av antalet mål i årsverken, men den reform som nu föreslås samt andra aktuella lagstiftningsprojekt kan bedömas utöka arbetsmängden vid högsta förvaltningsdomstolen i någon mån.

Konsekvenser för informationssäkerhetsmyndigheterna

Förslaget har konsekvenser för resurserna också för informationssäkerhetsmyndigheternas verksamhet. Enligt 12 § i lagen om internationella förpliktelser som gäller informationssäkerhet svarar huvudstaben för säkerhetsutredningar som gäller sammanslutning vid försvarsupphandling och till övriga delar skyddspolisen. Dessutom gör huvudstaben och försvarsgrenarna utredningar av samma slag som säkerhetsutredning som gäller sammanslutning över sådana företag från vilka försvarsmakten köper produkter och tjänster. Bestämmelserna om säkerhetsutredning som gäller sammanslutning i lagen om

internationella förpliktelser som gäller informationssäkerhet gäller inte dessa utredningar. Enligt 11 § 3 mom. i lagen om internationella förpliktelser som gäller informationssäkerhet utarbetar kommunikationsverket vid behov som en del av säkerhetsutredningen som gäller sammanslutning en bedömning eller utredning över huruvida näringsidkarens informationssystem och dataarrangemang uppfyller de krav som följer av internationella förpliktelser om informationssäkerhet. Den ovan nämnda arbetsfördelningen påverkas inte av denna proposition.

Det har tidigare bedömts att upphandlingar som hör till tillämpningsområdet för den nya lagen kommer att göras 500–1000 per år. Största delen av dessa upphandlingar torde vara försvarsupphandlingar, där ansvaret för att en säkerhetsutredning som gäller sammanslutning görs vilar på huvudstaben. År 2010 upprättade huvudstaben fem sådana säkerhetsutredningar som gäller sammanslutning, vilka avses i lagen om internationella förpliktelser som gäller informationssäkerhet. Utöver dessa utarbetades vid huvudstaben och försvarsgrenarna 263 utredningar som gällde ett företags säkerhetsnivå. Man kan anta att i och med den nya lagen kommer antalet utredningar att öka, eftersom i och med den öppna konkurrensen kommer flera företag än tidigare som är intresserade av upphandlingarna strävar efter att delta i anbuds-förfarandet. Då förväntas t.ex. antalet utredningar som görs redan i kandidatfasen öka. En exakt bedömning av konsekvenserna för huvudstabens resurser är det trots detta svårt att ge. Det måste emellertid beaktas att den nya lagen inte medför att i all försvarsupphandling kommer att ställas betydande krav gällande informationssäkerheten. I så kallade mindre känslig upphandling är de krav som gäller informationssäkerhet sannolikt lättare och t.ex. en utredning av säkerhetsnivån hos de anbudsgivande företagen anses varken nödvändig eller ändamålsenlig. Men arbetsmängden kommer att öka jämfört med nuvarande också i det fallet om finska försvarsindustrieföretag i framtiden i större utsträckning än tidigare deltar i anbudstävlingar som ordnas av andra länders myndigheter, eftersom en förutsättning för att få delta i dem kan vara en utredning av näringsidkarens pålit-

lighet med hjälp av en säkerhetsutredning som gäller sammanslutning.

I fråga om annan upphandling än försvarsupphandling svarar i Finland Skyddspolisen för säkerhetsutredningar som gäller sammanslutning. Det kan uppskattas att också antalet begäran om säkerhetsutredningar som gäller sammanslutning som tillställs skyddspolisen ökar från nuvarande i och med den föreslagna lagen. Det kan emellertid antas att konsekvensen för resurserna inte är särskilt betydande åtminstone i begynnelsefasen av verkställandet av lagen. Grund för bedömningen är att största delen av den upphandling som hör till tillämpningsområdet för den nya lagen antagligen kommer att vara försvarsupphandling. Dessutom kan antalet utredningar som ska göras vid säkerhetsupphandling begränsas av det att också på unionsnivå kan det antas att största delen av anbudstävlingarna kommer att försiggå just vid försvarsupphandling, varvid eventuell begäran av finska företag om att utredningar ska göras kommer att vara mindre i anknytning till säkerhetsupphandling än till försvarsupphandling.

Propositionen torde också i någon mån öka arbetsmängden för kommunikationsverket vad gäller säkerhetsutredningar för sammanslutning. Till denna del kan konsekvenserna dock bedömas vara begränsade.

I sammandrag kan det konstateras att som en följd av propositionen kommer antalet säkerhetsutredningar som gäller sammanslutningar i enlighet med lagen om internationella förpliktelser som gäller informationssäkerhet och andra utredningar som gäller ett företags säkerhetsnivå sannolikt kommer att öka. En exakt bedömning av den ökande arbetsmängden är det dock inte möjligt att ge, eftersom det över huvud taget är ändamålsenligt att ge endast en grov uppskattning av antalet upphandlingar som hör till lagens tillämpningsområde. Utöver detta är det också svårt att bedöma till vilken del sådana krav gällande informationssäkerhet ställs i upphandling i enlighet med den nya lagen att uppfyllandet av dem förutsätter att en säkerhetsutredning som gäller sammanslutning görs. När verkställandet av lagen fortskrider bör saken ägnas uppmärksamhet genom att man följer med hur antalet säkerhetsutred-

ningar som gäller sammanslutningar utvecklas samt vid behov ingriper i situationen genom att ge de parter som gör utredningarna mera resurser i enlighet med vad saken kräver.

5 Beredningen av propositionen

5.1 Beredningskedan och beredningsmaterial

Försvarsministeriet tillsatte den 10 april 2006 en arbetsgrupp som fick till uppgift att utarbeta ett förslag till lag om försvars- och säkerhetsupphandlingar och sekretessbelagda upphandlingar. I arbetsgruppen fanns representanter utöver för försvarsministeriet också för handels- och industriministeriet (från ingången av år 2008 arbets- och näringsministeriet), inrikesministeriet och finansministeriet.

Arbetsgruppens uppgift preciserades den 26 maj 2009, varvid arbetsgruppen fick till uppgift att utarbeta ett förslag till lag om försvars- och säkerhetsupphandling och sekretessbelagd upphandling och arbetet skulle göras i form av en regeringsproposition. Arbetsgruppen skulle i sitt arbete beakta det nationella verkställandet av försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet. Samtidigt breddades arbetsgruppens sammansättning genom att i den togs in representanter för utrikesministeriet, statsrådets kansli, Försörjningsberedskapscentralen, huvudstaben och Finlands näringsliv. Ständig sakkunnig för arbetsgruppen var advokat Mika Pohjonen från advokatbyrån Asianajotoimisto Hannes Snellman Oy.

En promemoria, som arbetsgruppen hade berett, överläts till försvarsministeriet i december 2009. Försvarsministeriet sände arbetsgruppens promemoria på remiss till följande instanser: ministerierna, högsta förvaltningsdomstolen, marknadsdomstolen, huvudstaben, Försvarsförvaltningens byggverk, Försörjningsberedskapscentralen, Konkurrensverket, Finlands kommunförbund, Finlands näringsliv, Företagarna i Finland, Centralhandelskammaren, Teknologindustri, Hansel Oy. Också Insta DefSec Oy gav utlåtande samt i fråga om den del av promemorian som gäller motköp på begäran av arbets-

och näringsministeriet motköpskommissionen i Finland.

Arbetsgruppen fortgick med sitt beredningsarbete med beaktande av den utlåtanderespons den fått. Utöver de skriftliga utlåtandena har arbetsgruppen under beredningens gång hört föreningen Puolustus- ja ilmailuteollisuus ry samt justitieministeriet.

5.2 Remissyttranden och hur de har beaktats

Arbetsgruppen avlät sitt betänkande till försvarsministeriet den 31 december 2010. Betänkandet sändes på remiss till följande parter: ministerierna, högsta förvaltningsdomstolen, marknadsdomstolen, huvudstaben, Försörjningsberedskapscentralen, Konkurrensverket, Finlands kommunförbund, Finlands näringsliv, Centralhandelskammaren, Teknologindustri (Puolustus- ja ilmailuteollisuusyhdistys ry) och Hansel Oy. Dessutom gav Försörjningsberedskapscentralens teknologipool MIL-avdelningen, Millog Oy och Paria Holding Oyj på eget initiativ utlåtanden.

Arbetsgruppens förslag om att få försvars- och säkerhetsupphandlingen att omfattas av reglering på lagnivå understöddes i stor utsträckning. På samma sätt ansågs det att det var motiverat att stifta en egen lag, fristående från upphandlingslagen. Också enhetliga bestämmelser med upphandlingslagen ansågs utöver annat med tanke på rättssäkerheten vara en lösning som kunde understödjas, med beaktande av att det i försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet och upphandlingsdirektivet finns många helt eller nästan helt enhetliga bestämmelser.

Justitieministeriet påpekade i sitt utlåtande att för att undvika överlappande reglering borde det övervägas att sådana bestämmelser som har samma innehåll som de i upphandlingslagen inte alls skulle tas in i lagen. I stället för dem kunde det i försvars- och säkerhetsupphandlingslagen hänvisas till upphandlingslagen. Detta förslag har dock inte beaktats i lagförslaget. Skälet till detta är först och främst det att egna separata bestämmelser har ansetts som en motiverad lösning i synnerhet med tanke på att lagen ska vara tydlig, användbar och lätt att tillämpa. Vidare håller

Europeiska kommissionen på att förnya upphandlingsdirektiven och en proposition om detta har kommissionen planerat avlåta vid ingången av år 2012. Ändringen av upphandlingsdirektivet kommer att orsaka ändringar också i upphandlingslagen, vilket skulle medföra ett behov att ändra försvars- och säkerhetsupphandlingslagen vad gäller hänvisningsbestämmelserna. Också av detta skäl är den lösning som justitieministeriet har föreslagit inte ändamålsenlig.

Justitieministeriet och utrikesministeriet ägnar i sina utlåtanden uppmärksamhet också åt bestämmelserna om informationssäkerhet. De begrepp som används i arbetsgruppens betänkande samt sättet att nationellt införa bestämmelserna om informationssäkerhet i försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet ansågs inte till alla delar ändamålsenligt eller korrekt. Dessutom ansåg justitieministeriet att den totalrevidering av lagstiftningen om bakgrundsutredningar som pågår som bäst borde beaktas i de bestämmelser gällande informationssäkerhet som nu föreslås i försvars- och säkerhetsupphandlingslagen. I propositionen har ovan nämnda omständigheter beaktats och till denna del har den fortsatta beredningen gjorts i samarbete med justitieministeriet och utrikesministeriet.

I utlåtandena tog man upp oron för propositionens konsekvenser på den finska försvarsförmågan och tryggheten av den militära försörjningssäkerheten. Dessutom ansåg en del remissgivare att nationell reglering inte ska genomföras i synnerhet vad gäller

upphandling enligt artikel 346.1 b i EUF-fördraget. Till följd av remissresponsen har preciseringar gjorts i propositionen under den fortsatta beredningen vad gäller försörjningsberedskapen. Den reglering som gäller s.k. nationell upphandling har det inte ansetts ändamålsenligt att begränsa. Också största delen av remissgivarna ansåg den valda lösningen vara bra.

Det nationella tröskelvärde för varu- och tjänsteupphandling som presenteras i arbetsgruppens betänkande (30 000 €) ansåg flera remissgivare vara för lågt. I propositionen föreslås 100 000 € som tröskelvärde. På motsvarande sätt föreslås 500 000 € som nationellt tröskelvärde för byggtreprenader.

Den i arbetsgruppens betänkande föreslagna lösningen att ändringssökandet ska organiseras i enlighet med upphandlingslagen fick vidsträckt understöd. Flera remissgivare konstaterade emellertid att i synnerhet marknadsdomstolen men också högsta förvaltningsdomstolen bör ges tillräckliga resurser för att de inom en skäligen tid ska kunna klara av behandlingen av de kommande besvär som gäller försvars- och säkerhetsupphandling.

Ett remissammandrag utarbetades över de remissutlåtanden som gavs över arbetsgruppens betänkande och detta sammandrag sändes till alla som fått begäran om utlåtande samt alla som gett utlåtande. Dessutom har remissammandraget funnits till påseende på försvarsministeriets webbplats.

DETALJMOTIVERING

1 Lagförslag

1.1 Lagen om offentlig försvars- och säkerhetsupphandling

DEL I Gemensamma bestämmelser om principer och tillämpningsområde

1 kap. Syfte och principer

1 §. Lagens syfte. I paragrafens 1 mom. ska det föreskrivas om skyldigheten att konkurransutsätta den offentliga försvars- och säkerhetsupphandlingen. De statliga och kommunala myndigheterna samt övriga upphandlande enheter som avses i lagen ska konkurransutsätta sin upphandling med iakttagande av lagens procedurkrav och principer.

Enligt paragrafens 2 mom. ska lagens syfte vara att främja jämlika möjligheter för företag och andra sammanslutningar att genomföra offentlig försvars- och säkerhetsupphandling. Målet motsvarar Europeiska unionens mål gällande fri rörlighet för varor och tjänster samt etableringsfrihet.

Resurserna hos den europeiska industrin inom försvars- och säkerhetsområdet är livsviktiga både för Finlands säkerhet och suveränitet och med tanke på Europeiska unionens säkerhet och autonomi. Det att försvars- och säkerhetsupphandlingarna släpps fria för konkurrens och att företagen samt sammanslutningarna i omfattande grad deltar i dessa anbudsförfaranden främjar och utvecklar kunnandet i och basen för den inhemska och den europeiska försvarsindustrin och försvarsteknologin. Detta förutsätter att en europeisk försvars- och säkerhetsmarknad skapas och att Europeiska unionens medlemsstaters upphandlingsförfaranden inom försvars- och säkerhetssektorn samordnas på ett sätt som beaktar de krav som gäller medlemsstaternas nationella säkerhet och samtidigt uppfyller förpliktelseerna enligt EUF-fördraget.

Den offentliga upphandlingen har en direkt koppling till användningen av allmänna medel. Med anledning av detta föreslås det att i paragrafen ska tas in ett uttryckligt omnäm-

nande om att ett syfte med lagen är att effektivisera användningen av allmänna medel.

Ett syfte med lagen ska också vara att främja upphandling av hög kvalitet. Med upphandling av hög kvalitet avses en ekonomiskt ändamålsenlig upphandling, dvs. den lösning som bäst motsvarar den upphandlande enhetens behov beträffande pris och kvalitet. Den upphandlande enheten ska följaktligen utöver direkta och indirekta kostnader också beakta faktorer som sammanhänger med kvaliteten i synnerhet i tjänsteupphandling och upphandling av högteknologi.

I 2 mom. ska det uttryckligen konstateras att de mål med lagen som refereras ovan dock inte får äventyra statens väsentliga säkerhetsintressen. Statens väsentliga säkerhetsintressen nämns i artikel 346 i EUF-fördraget, som innehåller ett särskilt undantag för försvars- och säkerhetssektorn från bestämmelserna i EUF-fördraget och unionens lagstiftning som har getts med stöd av det. Också i punkt 16 i ingressen till försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet konstateras det att bestämmelserna i direktivet inte får förbjuda medlemsstaterna att införa eller tillämpa åtgärder som visar sig vara nödvändiga för att skydda intressen som i bestämmelserna i EUF-fördraget erkänns som berättigade. De säkerhetsintressen som nämns i lagrummet och i artikel 346 i EUF-fördraget sammanhänger med statens inre ordning och säkerhet (t.ex. polisväsendet) samt med den yttre säkerheten (t.ex. försvaret och gränsbevakningen). Vid upphandling visar sig säkerhetsintressen bl.a. som behov och krav som gäller försörjningstrygghet och informations-säkerhet. Syftet med lagen är att statens väsentliga säkerhetsintressen, vilka kan anses vara primära i förhållande till alla andra mål med denna lag, ska kunna beaktas och säkerställas i tillräcklig grad vid försvars- och säkerhetsupphandling.

I 3 mom. ska det konstateras att genom denna lag genomförs försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet. Utöver detta föreslås det att i del III till den föreslagna lagen ska föreskrivas om upphandlingsförfarandena i fråga om vissa försvars- och säkerhetsupphandlingar som ställs utanför försvars-

och säkerhetsupphandlingsdirektivets tillämpningsområde.

2 §. *Principer för offentlig försvars- och säkerhetsupphandling.* I 1 mom. ska det föreskrivas om iakttagande av principerna för utnyttjande av konkurrensförhållandena, likvärdigt bemötande av anbudssökande och anbudsgivare, öppenhet och proportionalitet vid försvars- och säkerhetsupphandlingar. De nämnda principerna motsvarar principerna i artikel 4 i försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet.

De upphandlande enheterna ska utnyttja den konkurrens som redan finns på marknaden i syfte att hitta den lösning som med tanke på förhållandet mellan pris och kvalitet och också annars bäst tillgodoser upphandlingsbehoven. Skyldigheten att utnyttja konkurrensförhållandena grundar sig inte på någon uttrycklig artikel i försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet eller i EUF-fördraget, utan är ett krav som hänför sig till den allmänna effektiviseringen av användningen av allmänna medel. Genom att utnyttja konkurrensförhållandena kan man bäst effektivisera användningen av allmänna medel, vilket i 1 § i lagen har konstaterats vara ett av lagens syften.

Principen om likvärdig och icke-diskriminerande behandling av anbudssökande och anbudsgivare är en av de centrala principerna i EUF-fördraget och dessutom nämns den i artikel 4 i försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet. En jämlik och icke-diskriminerande behandling förutsätter att anbudssökandena och anbudsgivarna behandlas på samma sätt i alla faser av ett anbudsförfarande och oberoende av sådana faktorer som inte anknyter till genomförandet av upphandlingen. Dyliga faktorer är i synnerhet anbudssökandenas eller anbudsgivarnas nationalitet eller etablering i en medlemsstat eller ett område. En icke-diskriminerande behandling förutsätter således också att anbudssökande eller anbudsgivare från olika orter och stater behandlas på samma sätt som t.ex. företagen i den egna kommunen eller staten. I EG-domstolens domar i mål som gäller tillämpning av upphandlingsdirektivet C-31/87, Beentjes (REG, specialutgåvan 1988, s. 4635) och C-243/89, Storebelt (REG, specialutgåvan 1993, s. I-3353) har innebörden av

principen om icke-diskriminering tolkats så att de krav som ställts på upphandlingen inte får gynna någon som kommer från orten eller representerar ett visst område eller vara diskriminerande. Principen om likabehandling har i gemenskapsrätten ansetts förutsätta att jämförbara situationer inte behandlas olika och att olika situationer inte behandlas lika, om det inte finns sakliga skäl för en sådan särbehandling (t.ex. de förenade målen C-21/03 och C-34/03, Fabricom, C-210/03 Swedish Match).

Principen om öppenhet grundar sig på rättspraxis avseende EUF-fördraget samt nationellt också på allmänt godtagna krav på öppenhet i förvaltningen, om vilka föreskrivs bl.a. i förvaltningslagen (434/2003) samt i offentlighetslagen.

Principen om öppenhet förutsätter t.ex. att uppgifter som gäller upphandlingsförfarandet inte hemlighålls, att upphandlingen annonseras offentligt, att de som deltagit i ett anbudsförfarande informeras om förfarandets utgång och att upphandlingshandlingarna i princip är offentliga. Öppenhetsprincipen har i EG-domstolens dom i mål som gäller tillämpning av upphandlingsdirektivet C-324/98, Telaustria (REG 2000, s. I-10745) bedömts förplikta till iakttagande av tillbörlig offentlighet också i samband med upphandling som inte omfattas av upphandlingsdirektiven för att upphandlingen av tjänster ska bli öppen för konkurrens och förfarandet för tilldelning av upphandlingskontrakt ska kunna övervakas.

Iakttagandet av öppenhetsprincipen begränsas av vissa sekretessbehov, som har specificerats i offentlighetslagstiftningen. Dessa sekretessbehov finns framför allt inom försvars- och säkerhetsupphandlingen, där statens säkerhet ofta förutsätter att information sekretessbeläggs. Med anledning av detta framhävs krav som sammanhänger med informations säkerhet i försvars- och säkerhetsupphandlingar.

Vid försvars- och säkerhetsupphandlingar begränsas dessa öppenhets-, jämlikhets- och icke-diskrimineringsprinciper också, avvikande från andra slag av upphandlingar, bl.a. av behov som sammanhänger med försörjningstryggheten samt statens säkerhet. Följaktligen fastslår också försvars- och säker-

hetsupphandlingsdirektivet att försvars- och säkerhetsupphandlingar är av känslig och kritisk karaktär och att de är vitala för medlemsstatens säkerhet.

Proportionalitetsprincipen förutsätter att kraven på upphandlingsförfarandet står i rätt proportion till det mål som eftersträvas. Upphandlingens art och värde ska därför beaktas när behörighetsvillkoren för anbudsgivarna fastställs. Likaså ska kraven på anbudsförfrågans innehåll eller villkoren i anbudsförfarandet stå i rätt proportion till upphandlingens art, kvalitet och omfattning. Proportionalitetsprincipen har i den rättspraxis som gäller upphandlingslagen ansetts innebära att kraven på skälighet ska beaktas.

Principerna ska följas i alla faser av upphandlingsförfarandet. Detta innebär t.ex. att en anbudsförfrågan inte utan objektiva grunder får utarbetas så att fastställandet av föremålet för upphandlingen försätter anbudsgivarna i en ojämlig ställning. Upphandlingsannonserna ska fritt göras tillgängliga för alla intresserade, borträknat de upphandlingar enligt 68 § 2 mom. för vilka i enlighet med 69 § 2 mom. inte gäller skyldighet att annonsera offentligt om upphandlingen. Vid bedömningen av anbudsgivare och anbud förutsätter jämlikhetskravet att de ställda kraven i princip på samma sätt gäller alla anbudsgivare. I enlighet med proportionalitetsprincipen ska dessa krav stå i rimligt förhållande till föremålet för upphandlingen.

De principer om vilka föreskrivs i 2 § 1 mom. i lagen ska iakttas också i upphandlingar enligt 12 § i den föreslagna lagen, vilka underskrider EU-tröskelvärdet samt i sekundära tjänsteupphandlingar enligt bilaga B. De förfaringsbestämmelser som gäller dessa upphandlingar ingår i del III i den föreslagna lagen.

Öppenhetsprincipen har i dessa s.k. nationella upphandlingar en mera begränsad betydelse än i fråga om de upphandlingar som överskrider EU-tröskelvärdet, eftersom det inte föreslås att i lagen ska tas in någon motsvarande skyldighet i fråga om dessa upphandlingar att offentligt annonsera om en upphandling som i försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet. I dessa upphandlingar ska öppenhetsprincipen innebära en så omfattande konkurrensutsättning som möjligt av

upphandlingen och dessutom att om upphandlingen ska annonseras t.ex. på den upphandlande enhetens egen webbplats, anslagstavla eller elektroniska anslagstavla.

Enligt 69 § 2 mom. i den föreslagna lagen ska det i upphandlingar där den upphandlande enheten åberopar statens väsentliga säkerhetsintressen och artikel 346.1 b i EUF-fördraget, inte föreligga någon skyldighet att offentligt annonsera om upphandlingen. Med anledning av detta begränsar sig öppenhetsprincipen i fråga om dessa upphandlingar till en skyldighet att begära anbud av så många leverantörer som möjligt i enlighet med 69 § 1 mom. i den föreslagna lagen.

Utgångspunkten är att också principerna om jämlik och icke-diskriminerande behandling ska följas i de försvars- och säkerhetsupphandlingar som står utanför tillämpningsområdet för försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet, men till vilka det i del III i den föreslagna lagen har föreslagits att den nationella lagstiftningen ska utsträckas. Principerna ska därmed tillämpas vid upphandling enligt 12 § i den föreslagna lagen, vilken underskrider EU-tröskelvärdet, samt vid sekundär tjänsteupphandling enligt bilaga B. I de försvarsupphandlingar där den upphandlande enheten åberopar artikel 346.1 b i EUF-fördraget och till följd av detta följer andra förfaringsätt än de som ingår i försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet, är situationen däremot mera mångfasetterad. I enlighet med artikel 346 i EUF-fördraget sammanhänger med dessa upphandlingar alltid statens väsentliga säkerhetsintressen. Till följd av detta förutsätter genomförandet av en upphandling ofta att i upphandlingen ställs detaljerade krav som gäller t.ex. försörjningstrygghet eller informationssäkerhet. Dessa krav kan leda till att det inte alltid är möjligt att behandla alla anbudsgivare fullständigt enhetligt och utan diskriminering. En sådan situation kan komma i fråga t.ex. när genomförandet av upphandlingen förutsätter eller med upphandlingen sammanhänger information där det krävs tillstånd av exportkontrollmyndigheten i ett tredjeland för att den ska kunna överlåtas till anbudsgivaren eller om den nationella säkerheten förutsätter att endast finska medborgare har tillgång till viss information. Därmed är det inte nödvändigt-

vis alltid möjligt att överlåta denna information till alla anbudsgivare eller så kan de krav som gäller informationssäkerhet vara olika beroende på vilket land som är anbudsgivarens etableringsland.

En situation av ovan nämnt slag kan det vara frågan om också när krav gällande försörjningstrygghet riktas på en upphandling. Till exempel för att trygga bruksförutsättningarna för ett kritiskt vapensystem eller ett annat system i alla förhållanden kan det förutsättas att i Finland finns kapacitet att underhålla och utföra service på systemet, om inte ett utländskt företag på ett trovärdigt sätt kan visa att service och underhåll kan tryggas på ett annat sätt också i undantagsförhållanden. Ofta måste dock ovan nämnda kapacitet skapas hos den inhemska industrin, vilket igen kan förutsätta att krav gällande industriellt samarbete, dvs. motköp, ställs. Till exempel i dessa situationer kan de krav som den upphandlande enheten ställer i praktiken leda till att anbudsgivarna behandlas ojämnt. Om den upphandlande enheten kan visa att kraven på försörjningstrygghet anknyter till genomförandet av upphandlingen, till föremålet för den eller till livscykeln för föremålet för upphandlingen och att kraven objektivt granskat är motiverade, ska de inte anses bryta mot principen om likvärdig och icke-diskriminerande behandling på det sätt som avses i 1 mom. i upphandling enligt artikel 346.1 b i EUF-fördraget.

Enligt 2 mom. ska den upphandlande enheten ordna sin upphandling så att den kan genomföras på ett så ekonomiskt och systematiskt sätt som möjligt samt i form av så ändamålsenliga helheter som möjligt. Principerna i 2 mom. grundar sig inte på försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet utan bakom dem står det i 1 § i lagen konstaterade målet att effektivisera användningen av allmänna medel genom att genomföra upphandlingarna planenligt och med iakttagande av principerna för god förvaltningssed.

Paragrafens 2 mom. ska ha karaktären av en rekommendation. Avsikten med paragrafen ska vara att fästa uppmärksamhet vid de administrativa kostnader som försvars- och säkerhetsupphandlingarna orsakar. I bestämmelsen rekommenderas att upphandlingen ordnas i enlighet med lagens mål. De

upphandlande enheterna ska dock ha prövningsrätten och ansvaret när det gäller det ändamålsenligaste sättet att ordna upphandlingen.

Med ordnandet av upphandlingen ska avses bl.a. de upphandlande enheternas planering av upphandlingarna. Planerna kan gälla t.ex. organiseringen av upphandlingen samt de sätt på vilka upphandlingen genomförs. I syfte att minska de administrativa kostnaderna till följd av konkurrensutsättningen rekommenderas det att upphandlingen koncentreras, att möjligheter till gemensam upphandling och anlitage av inköpscentraler utnyttjas samt att det upphandlingsförfarande som lämpar sig bäst för varje upphandlingsbehov används.

Kravet att upphandlingen ska genomföras på ett ekonomiskt sätt förutsätter bl.a. utnyttjande av konkurrensförhållandena, varvid den upphandlande enheten drar nytta av den konkurrens i fråga om kvalitet och pris som råder mellan anbudsgivarna. Kraven på att upphandlingen ska ordnas på ett ekonomiskt sätt ska också beaktas i avgöranden som ansluter sig till upphandlingsförfarandet, t.ex. vid valet av lämpligt upphandlingsförfarande samt vid beaktandet av aspekter i anslutning till förhållandet mellan pris och kvalitet när anbudsförfrågan utarbetas.

För att upphandlingarna ska kunna genomföras i form av så ändamålsenliga helheter som möjligt krävs bl.a. att upphandlingarna med beaktande av konkurrensförhållandena på marknaden genomförs i form av sådana helheter som föremålet för upphandlingen förutsätter. Artificiell uppdelning av upphandlingarna i små bitar bör undvikas. I stället för att konkurrensutsätta t.ex. ringa upphandling av enstaka varor eller tjänster är det därför ändamålsenligt att gynna ramavtal i syfte att nå bästa möjliga prisvillkor och andra villkor samt i syfte att minska kostnaderna för konkurrensutsättningen. Kravet på ändamålsenlighet förutsätter också att bildandet av för stora upphandlingshelheter undviks. I mån av möjlighet bör vid genomförandet av upphandlingar uppmärksammas t.ex. små och medelstora företag och deras möjligheter att genomföra upphandlingar eller delar av sådana. På så sätt möjliggörs att

en tillräckligt vidsträckt konkurrens uppkommer inom upphandlingen.

För att planerliga upphandlingar ska kunna göras förutsätts utöver planering av att upphandlingarna genomförs i rätt tid och med rätt innehåll också att realiserandet av upphandlingskontrakten övervakas i synnerhet i syfte att beakta kostnads- och kvalitetsaspekterna. Erfarenheterna av fullföljandet av upphandlingskontrakten ska avspeglas på den framtida planeringen av upphandlingen.

Enligt 2 mom. ska även miljöaspekterna beaktas vid planeringen och genomförandet av upphandling. Med miljöaspekter avses i momentet miljöskydd och åtgärder som främjar en hållbar utveckling.

I 3 mom. ska det föreskrivas om likabehandling av anbudsgivarna när en sammanslutning eller inrättning som ägs av den upphandlande enheten eller en annan upphandlande enhet deltar i ett anbudsförfarande som ordnas av den först nämnda upphandlande enheten. Den föreslagna lagen ska inte hindra myndigheter och andra upphandlande enheter att delta i anbudsförfanden som ordnas av andra upphandlande enheter. En sådan enhet ska dock, trots vad som sägs i den föreslagna 7 § 1 mom. 2 punkten, bemötas på samma sätt som övriga som deltar i anbudsförfandet, om den upphandlande enheten beslutar genomföra en upphandling som ett anbudsförfarande.

Bestämmelsen förutsätter inte att sådana upphandlingar ska konkurrensutsättas, vilka den upphandlande enheten kan genomföra som eget arbete, skaffa av en anknuten enhet som avses i 9 § eller av en annan myndighet utgående från 7 § 1 mom. 2 punkten, men den gör det möjligt för den upphandlande enheten att i anbudsförfandet beakta ett anbud som den egna enheten eller den anknutna enheten har gett. Om ett anbudsförfarande anordnas och den upphandlande enhetens egen enhet eller en anknuten enhet deltar i anbudsförfandet, ska detta anbud behandlas på samma sätt som övriga anbud. Trots att den egna enheten har lämnat in ett anbud måste anbudsförfandet slutföras. Det faktum att en egen enhet har lämnat in ett anbud berättigar alltså inte t.ex. till att avbryta upphandlingsförfandet och genomföra upphandlingen som eget arbete. Besluten om sät-

ten att producera tjänster, byggtreprenader och varor samt t.ex. bedömningen av de egna enheternas ställning utgör ett led i den planering av de upphandlande enheternas funktioner, som i princip ska föregå ett eventuellt anbudsförfarande. Under anbudsförfandets gång ska det inte längre göras någon sådan prövning som påverkar anbudsförfandet och likabehandlingen av anbudsgivarna. Anbudsförfandet ska inte heller användas i syfte att klarlägga den rådande prisnivån på marknaden utan avsikt eller beredskap att göra någon upphandling utanför den egna organisationen. Jämförelseuppgifter om priserna och kostnaderna ska därmed skaffas på något annat sätt, t.ex. genom att preliminära prisuppgifter begärs genom en begäran om information.

3 §. Definitioner. I paragrafen ska de begrepp som förekommer i lagen definieras. Definitionerna ska motsvara de definitioner som finns i artikel 1 i försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet och i bilaga III till direktivet.

Enligt paragrafens 1 punkt ska med upphandlingskontrakt avses ett skriftligt kontrakt som slutits mellan en eller flera upphandlande enheter och en eller flera leverantörer och som avser utförande av byggtreprenad, upphandling av varor eller utförande av tjänster. Ett upphandlingskontrakt är i allmänhet ett kontrakt av privaträttslig karaktär mellan två separata juridiska personer. Därmed ska kontrakt inom organisationen normalt inte betraktas som upphandlingskontrakt, och de omfattas därmed inte heller av konkurrensutsättningsskyldigheten i lagförslaget.

Det huvudsakliga föremålet för ett upphandlingskontrakt är utförande av byggtreprenader, upphandling av varor eller utförande av tjänster. Ett kontrakt ska inte betraktas som ett upphandlingskontrakt, om det huvudsakliga syftet med kontraktet är att genomföra någon annan verksamhet än upphandling. I nationell rättspraxis som gäller upphandlingslagen har utgångspunkten varit huruvida arrangemanget eller avtalshelheten bildar en odelbar helhet från vilken upphandlingen inte kan särskiljas. En odelbar helhet har ansetts höra till upphandlingslagstiftningens tillämpningsområde endast då upphandlingens andel

av helheten är väsentlig (t.ex. HFD 1.12.1999 liggare 3887, HFD 15.2.2002 liggare 19 och 25.11.2002 liggare 3065).

Enligt definitionen ska ett upphandlingskontrakt ha ett ekonomiskt värde. Ett kontrakt kan anses ha ett ekonomiskt värde, om för det betalas ett ekonomiskt vederlag eller om det berättigar anbudsgivaren till någon annan sådan ekonomisk nytta som den upphandlande enheten beviljar. Som vederlag kan också anses en annan betalning än en som kommer direkt från den upphandlande enheten (t.ex. MD: 163/09, där upphandlingslagen har tillämpats). Kontraktet ska enligt definitionen dessutom vara skriftligt. I synnerhet vid större upphandling är kravet på ett särskilt skriftligt upphandlingskontrakt naturligt, eftersom i dessa upphandlingar ofta ingås ett skriftligt kontrakt som är fristående från anbudet och anbudsfrågan. Däremot utgörs det skriftliga kontraktet i mindre upphandlingar ofta av anbudsfrågan, anbudet samt ett skriftligt godkännande av anbudet eller en skriftlig beställning som ges utgående från anbudet samt av anbudsgivarens svar på dessa. Kravet på ett särskilt skriftligt kontrakt sammanhänger också med användningen av effektiva rättsmedel, eftersom kravet på ett skriftligt kontrakt gör det lättare i samband med ändringssökande att avgöra vilka påföljder enligt lagförslaget som kan inriktas på den upphandlande enheten och upphandlingsbeslutet.

I 2 punkten ska byggtreprenadkontrakt definieras, med vilket ska avses ett kontrakt som gäller offentlig upphandling och som syftar till utförande eller både projektering och utförande av sådana byggarbeten eller byggtreprenader som avses i bilaga C till lagförslaget eller utförande, oavsett form, av byggtreprenader som uppfyller de krav som den upphandlande enheten ställer.

Med varuupphandlingskontrakt ska enligt 3 punkten avses ett upphandlingskontrakt som syftar till köp, leasing, hyra eller upphandling på avbetalning av en vara. Varuupphandlingskontrakt kan innehålla köpoptioner och de kan utöver varor också omfatta monterings- och installationsarbeten. I ett beslut av marknadsdomstolen som gällde upphandlingslagen (MD 212/09) hade en upphandlande enhet begärt anbud om leverans av pa-

tient- och personskyddssystem i anknytning till en grundläggande renovering. Marknadsdomstolen ansåg att det huvudsakliga syftet med upphandlingen hade varit att upphandla de anordningar, apparater, utrustningar och program och installation av dem, vilka behövs i patient- och personskyddssystem. Det faktum att upphandlingen också omfattade installationsarbete, gjorde inte upphandlingen till en byggtreprenad. I upphandlingen var det frågan om en varuupphandling.

Med det tjänsteupphandlingskontrakt som definieras i 4 punkten ska avses ett kontrakt som syftar till utförande av tjänster. Tjänsteupphandlingen kan omfatta också varuupphandling eller byggarbeten. När ett upphandlingskontrakt omfattar både tjänster och varor, betraktas upphandlingen som tjänsteupphandling, om värdet av tjänsterna är större än värdet av varorna. Gränsdragningen mellan varu- och tjänsteupphandlingskontrakt är viktig bl.a. vid tillämpningen av upphandlingsförfarandena och publicerandet av en upphandlingsannons, eftersom den upphandlande enheten i upphandlingsannonsen bör klassificera upphandlingen och meddela de annonskoder som beskriver upphandlingen. Som tjänsteupphandlingskontrakt ska också ett sådant upphandlingskontrakt anses, vilket utöver tjänster omfattar byggarbeten som avses i bilaga C, vilka är sekundära till det huvudsakliga föremålet för upphandlingen. Således ska t.ex. småskaliga byggarbeten i samband med underhåll av och service på kommunikationssystem anses utgöra en del av tjänsteupphandlingskontraktet.

Med underleverantörskontrakt som definieras i 5 punkten ska avses ett kontrakt som har slutits mellan en anbudsgivare som valts till kontraktspart och en eller flera leverantörer. Kontraktet ska enligt definitionen vara skriftligt.

Försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet ger medlemsstaterna möjlighet att i sin nationella lagstiftning föreskriva om rätt för den upphandlande enheten att ställa krav med anknytning till konkurrensutsättningen av underentreprenader. I 9 kapitlet i lagförslaget ska det föreskrivas om underleverantörskontrakt.

I 6–8 punkten i paragrafen ska de begrepp definieras som sammanhänger med de leve-

rantörer som är med i de olika faserna av ett upphandlingsförfarande. Med begreppet leverantör ska avses en ekonomisk aktör som på marknaden erbjuder varor, tjänster, byggarbeten eller byggentreprenader. Leverantören kan vara en fysisk person eller en juridisk person som är verksam på den privata eller den offentliga sektorn. Med anbudssökande ska avses en leverantör som anmält intresse för att delta i en anbudstävling. Anbudssökandena är följaktligen t.ex. sådana leverantörer som har lämnat in en ansökan om att få delta i ett selektivt eller förhandlat förfarande eller i en konkurrenspräglad dialog. Med anbudsgivare ska avses en leverantör som har lämnat ett anbud. Till exempel i ett selektivt eller förhandlat förfarande eller i en konkurrenspräglad dialog ska med anbudsgivare avses den leverantör som den upphandlande enheten har valt och vilken har ombetts lämna och har lämnat ett anbud.

En anbudssökande, anbudsgivare eller leverantör kan också vara en part som utgörs av sådana tillsammans, såsom t.ex. en sådan grupp som avses i 56 §.

I punkterna 9 – 13 ska de olika upphandlingsförfarandena definieras. De definitioner som gäller selektivt förfarande, förhandlat förfarande och konkurrenspräglad dialog motsvarar till sitt innehåll definitionerna i försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet.

Med selektivt förfarande, som ska definieras i 9 punkten, ska avses ett upphandlingsförfarande i två steg, där den upphandlande enheten publicerar en upphandlingsannons om upphandlingen och vilket alla intresserade leverantörer kan begära att få delta i. Den upphandlande enheten väljer bland de anbudssökande som lämnat in en ansökan om deltagande de till vilka anbudsfrågan sänds och vilka kan lämna ett anbud.

Med förhandlat förfarande i 10 punkten ska avses ett upphandlingsförfarande, där den upphandlande enheten publicerar en upphandlingsannons om upphandlingen och vilket alla intresserade leverantörer kan begära att få delta i. Den upphandlande enheten väljer bland de anbudssökande som lämnat in en ansökan om deltagande de som den förhandlar med om villkoren för upphandlingskontraktet.

Direktupphandling har definierats i 11 punkten. Med direktupphandling ska avses ett upphandlingsförfarande där den upphandlande enheten utan att publicera någon upphandlingsannons väljer en eller flera leverantörer för upphandlingsförfarandet och förhandlar om villkoren för kontraktet med dem. I försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet har inte särskilt definierats direktupphandling eller direkt förhandlat förfarande, utan direktupphandling ingår i de förfarandebestämmelser som gäller förhandlat förfarande, dvs. i artikel 28 i försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet. I den artikel som nämns ovan föreskrivs om de fall då ett förhandlat förfarande kan tillämpas utan att en upphandlingsannons publiceras. Den innehållsmässiga skillnaden visar sig därmed i de bestämmelser som gäller annonserings- skyldigheterna samt i dem som gäller upphandlingsförfarandets gång. Eftersom ett förhandlat förfarande enligt direktivet, som ska genomföras utan upphandlingsannons, är ett exceptionellt upphandlingsförfarande, föreslås att förfarandet definieras särskilt. Dessutom föreslås att om förfarandet ska användas termen direktupphandling för att skillnaden till förhandlat förfarande ska vara klar. Motsvarande lösning har man kommit till i upphandlingslagen.

Med konkurrenspräglad dialog som definieras i 12 punkten ska avses ett upphandlingsförfarande där en annons publiceras och i vilket alla leverantörer kan be att få delta. Den upphandlande enheten för en dialog med de leverantörer som godkänts för förfarandet för att nå fram till förslag till lösningar som utgör grunden för de anbud som de utvalda leverantörerna inbjuds att lämna.

Med ett ramavtal, som definieras i 13 punkten, ska avses ett avtal som ingås mellan en eller flera upphandlande enheter och en eller flera leverantörer i syfte att fastställa villkoren för upphandlingskontrakt som ingås under en viss tidsperiod, såsom priser och vid behov planerade kvantiteter.

I paragrafens 14 punkt ska säkerhetsklassificerad handling definieras. Enligt definitionen ska med säkerhetsklassificerad handling avses en handling eller information i den, i vilken utgående från en lag eller bestämmelser som utfärdats med stöd av en lag har

gjorts en anteckning gällande säkerhetsklass. Definitionen baserar sig på artikel 1.1.8 i försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet, där sekretessbelagd information definieras.

Direktivet ställer två förutsättningar för sekretessbelagd information. För det första för att information ska uppfylla kraven i definitionen bör den omfattas av krav på en viss säkerhetsnivå eller en viss skyddsnivå. För det andra ska denna definition grunda sig på gällande lagar och andra författningar vilkas syfte är att skydda information med hänsyn till den nationella säkerheten. Förutsättningarna för definition på sekretessbelagd information enligt direktivet uppfyller därmed endast information som kräver skydd t.ex. mot användning utan lov till följd av statens inre eller yttre säkerhet. Information vars behov av skydd grundar sig på något annat än den nationella säkerheten uppfyller inte förutsättningarna i definitionen. Definitionen i direktivet täcker dessutom all information och allt material oavsett dess form, karaktär eller överföringsteknik.

I definitionen i punkt 14 har man beslutat använda begreppet säkerhetsklassificerad handling i stället för sekretessbelagd information som används i artikel 1.1.8 i direktivet. Begreppet motsvarar det begrepp som är i vedertaget bruk i den nationella lagstiftning som anknyter till informations säkerheten.

I Finland är huvudregeln att myndigheternas handlingar är offentliga. Var och en har enligt 12 § 2 mom. i grundlagen rätt att ta del av en myndighets offentliga handling. Denna rätt kan begränsas av nödvändiga skäl endast med lag. Sådana bestämmelser finns i offentlighetslagen samt bl.a. i lagen om internationella förpliktelser som gäller informations säkerhet (588/2004).

I 24 § 1 mom. i offentlighetslagen föreskrivs om sekretessbelagda handlingar. De olika punkterna i momentet skyddar olika intressen. Bestämmelserna är specificerade, vilket beror på att rätten att få information i enlighet med offentlighetsprincipen till sin art är en grundläggande rättighet. I offentlighetslagen har nationell säkerhet inte uttryckligen nämnts som ett intresse som ska skyddas, vilket utgör en faktor som måste beaktas vid verkställandet av direktivet.

De olika punkterna i 24 § 1 mom. i offentlighetslagen är dock en del av den reglering som syftar till att skydda den nationella säkerheten. Till dylika grunder för sekretess hör åtminstone skyddet för internationella relationer (punkt 1-2), garantierandet av allmän ordning och säkerhet (punkt 5 och 8), befolkningsskydd (punkt 8), statens säkerhet (punkt 9) och försvarets intressen (punkt 10).

I 18 § i offentlighetslagen finns bestämmelser om god informationshantering, i vilka bl.a. förutsätts att myndigheterna sörjer för informationssäkerheten i fråga om sitt informationsmaterial. I 25 § i lagen finns bestämmelser om sekretess- och klassificeringsanteckning. I lagens 36 § finns bestämmelser om bemyndiganden att utfärda förordning, med stöd av vilka statsrådets förordning om informationssäkerheten inom statsförvaltningen (681/2010), nedan informations säkerhetsförordningen, har utfärdats. I förordningen föreskrivs om de allmänna kraven på informationssäkerhet i fråga om hanteringen av handlingar hos en statsförvaltningsmyndighet samt om grunderna för klassificeringen av handlingar och de krav på informationssäkerhet som motsvarar klassificeringen och som ska iakttas vid hanteringen av handlingar. Enligt informations säkerhetsförordningen används fyra skyddsnivåer vid klassificeringen av handlingar. En myndighet kan göra en särskild anteckning om säkerhetsklassificeringen i samband med eller i stället för den anteckning som utvisar handlingens skyddsnivå ("YTTERST HEMLIG", "HEMLIG", "KONFIDENTIELL" eller "BEGRÄNSAD TILLGÅNG") om obehörigt avslöjande eller obehörig användning av en handling eller uppgifter i handlingen kan orsaka skada för internationella relationer, statens säkerhet, försvaret eller andra allmänna intressen på det sätt som avses i 24 § 1 mom. 2 och 7-10 punkten i offentlighetslagen.

En säkerhetsklassificerad handling i enlighet med 14 punkten ska det vara frågan om när i handlingen har gjorts en anteckning om säkerhetsklass i enlighet med informations säkerhetsförordningen. Säkerhetsklassificerade handlingar enligt definitionen kan därmed vara t.ex. handlingar och uppgifter med anknytning till ett vapen-, övervaknings- eller radarsystems prestationsförmåga eller

läge eller antalet system och produkter (såsom robotar) som ska upphandlas, om det att nämnda handlingar eller uppgifter kommer ut i offentligheten kunde orsaka skada för internationella relationer, statens säkerhet, försvaret eller ett annat allmänt intresse.

Handlingar som gäller skyddsarrangemang för personer, byggnader, inrättningar, konstruktioner samt data- och kommunikationssystem och genomförandet av arrangemangen ska vara sekretessbelagda enligt 24 § 1 mom. 7 punkten i offentlighetslagen, om det inte är uppenbart att utlämnande av uppgifter ur en sådan handling inte äventyrar genomförandet av syftet med skyddsarrangemangen. Om de skyddsarrangemang som avses i lagrummet görs med tanke på statens säkerhet, försvaret eller ett annat allmänt intresse och i en handling som innehåller information om dessa eller i själva informationen till följd av detta har gjorts en anteckning om säkerhetsklass i enlighet med informations säkerhetsförordningen, kan också uppgifter som i enlighet med denna punkt har klassificerats som sekretessbelagda uppfylla förutsättningarna för definitionen på säkerhetsklassificerad handling enligt 3 § 1 mom. 14 punkten i den föreslagna lagen. Då kan komma i fråga t.ex. uppgifter som anknyter till skyddsarrangemang som gäller personer som hör till statsledningen eller viktiga byggnader (t.ex. riksdagen, statsrådet eller republikens presidents kansli), om avslöjandet av dessa uppgifter kunde äventyra statens säkerhet eller verksamhetsbetingelser i undantagsförhållanden.

I en handling som hör till tillämpningsområdet för lagen om internationella förpliktelser som gäller informations säkerhet ska alltid göras en anteckning som visar säkerhetsklass.

Internationella förpliktelser som gäller informations säkerhet som stämmer överens med lagen om internationella förpliktelser som gäller informations säkerhet ingår bl.a. i de fördrag om informations säkerhet som Finland har ingått. Finland ingick sin första bilaterala överenskommelse om säkerhetsklassificerad information med Förbundsrepubliken Tyskland år 2004. Överenskommelsen trädde i kraft den 16 juli 2004 (FördrS 96 och 97/2004). Ett år senare undertecknades en

överenskommelse mellan Finland och Frankrike, och den trädde i kraft den 1 augusti 2005 (FördrS 66 och 67/2005).

Sekretessbeläggande och säkerhetsklassificering av information i enlighet med lagen om internationella förpliktelser som gäller informations säkerhet baserar sig följaktligen på krav som ett annat land har ställt och som binder Finland i enlighet med en internationell förpliktelse och gäller säkerhetsklassificering och skyddande av information. Dylig information ska dock ofta också med stöd av offentlighetslagen och när den anknyter till finska statens säkerhet sekretessbeläggas. Å andra sidan, också om säkerhetsklassificeringen och skyddandet av information inte alltid nödvändigtvis direkt anknyter till finska statens säkerhet, kan också ett sådant särskilt känsligt informationsmaterial uppfylla de krav som gäller för definition om säkerhetsklassificerad handling. Detta är i synnerhet fallet när den information det är frågan om är viktig med tanke på Finlands säkerhet och en förutsättning för att erhålla den har varit eller är att informationen säkerhetsklassificeras och skyddas i enlighet med en gällande överenskommelse om informations säkerhet eller en annan förpliktelse som binder Finland. Då ska en anteckning om säkerhetsklass göras i handlingen i enlighet med 11 § 2 mom. i säkerhetsinformationsförordningen.

I definitionen används begreppet handling. Begreppet motsvarar definieringen i 5 § 1 mom. i offentlighetslagen och är därmed medelneutral, dvs. inte beroende av på vilket slags underlag eller med vilka metoder informationen har sparats. Därmed ska med handlingar avses utom traditionella handlingar i pappersform också elektroniskt sparad informationsmaterial oberoende av deras format. Denna lösning motsvarar den som ingår i informations säkerhetsförordningen.

I paragrafens 2 mom. ska definitionen på säkerhetsklassificerad handling i 1 mom. 14 punkten preciseras. Enligt bestämmelsen bör de bestämmelser som gäller säkerhetsklassificerad handling också tillämpas på en sådan handling i vilken för skydd av ett nationellt säkerhetsintresse har gjorts en anteckning om den skyddsnivå som ska iakttas vid hanteringen av handlingen på det sätt som särskilt föreskrivs om detta.

I artikel 1.1.8 i direktivet definieras sekretessbelagd information. Som sekretessbelagd information i enlighet med definitionen anses information som omfattas av krav på en viss säkerhetsnivå eller en viss skyddsnivå enligt gällande lagar och andra författningar. En förutsättning är dessutom att informationen med hänsyn till den nationella säkerheten måste skyddas mot intrång, förstörelse, avlägsnande, spridning, förlust eller åtkomst av någon obehörig person eller någon annan typ av risk.

För att syftet med direktivet ska kunna realiseras är det nödvändigt att försäkra sig om att förfaringssätt enligt det kan tillämpas i Finland i alla de situationer där med upphandlingen sammanhänger hantering av information som är sekretessbelagd till följd av ett nationellt intresse. Anteckning om säkerhetsklass kan endast göras i vissa situationer som definieras i offentlighetslagen och informationssäkerhetsförordningen. Föremål för tolkning kan t.ex. en sådan situation bli huruvida den föreslagna lagen ska tillämpas på sådan upphandling som görs av polisen, gränsbevakningsväsendet eller tullverket och i samband med vilken information som enligt 24 § 1 mom. 5 punkten i offentlighetslagen är sekretessbelagd hanteras.

För att begreppet säkerhetsklassificerad handling till sitt innehåll ska motsvara definitionen i artikel 1.1.8 i direktivet, måste det breddas så att det täcker också de handlingar i vilka för skydd av ett nationellt säkerhetsintresse, om vilket i lag har föreskrivits att det är sekretessbelagt, har gjorts en anteckning som gäller den skyddsnivå som ska iakttas vid hanteringen av handlingen. Bestämmelser om de anteckningar som gäller skyddsnivå finns i informationssäkerhetsförordningen.

I 15 punkten i paragrafen definieras vad som menas med kris. Definitionen motsvarar definitionen i artikel 1.1.10 i direktivet. Med kris ska avses en situation som uppkommer i Finland eller i ett annat land, då en händelse med skadliga konsekvenser inträffar som tydligt går utöver omfattningen av en allvarlig händelse under vanliga omständigheter. Effekterna av den ska kunna äventyra människors liv eller hälsa eller som en följd av den ska försörjningsåtgärder som är centrala med tanke på befolkningens levnadsmöjligheter

kunna äventyras eller begränsas. Definitionen på kris uppfylls också i en situation där följden är att egendomsvärden i hög grad påverkas. I enlighet med definitionen ska konsekvenserna av det inträffade också vara betydande.

Definitionen på kris förutsätter inte att den händelse som orsakar skada realiseras. Också en situation där ett hot om ovan nämnda händelser är överhängande ska uppfylla förutsättningarna för att bli definierad som kris.

I 15 punkten ska det dessutom särskilt konstateras att väpnade konflikter och krig automatiskt ska uppfylla definitionen på kris.

Rekvisitet för kris uppfyller bl.a. de undantagsförhållanden som definieras i 2 § i beredskapslagen (1080/1991). Definitionen i den föreslagna lagen ska dock vara mera vittomfattande än definitionen på undantagsförhållanden i nämnda paragraf. I den föreslagna lagen anses som kris följaktligen utöver militära kriser och undantagsförhållanden enligt beredskapslagen bl.a. naturkatastrofer, olyckor orsakade av människors agerande samt överhuvudtaget plötsliga och oförutsedda händelser, som antingen orsakar eller hotar orsaka betydande skada för människor eller egendom. En händelse som orsakar skada bör också vara klart mera omfattande än normala händelser under vanliga omständigheter, vilket gör att definitionen inte täcker t.ex. naturfenomen, som är endast något kraftigare än vanligt och inte når upp till en katastrofs skala. De händelser som orsakar skada kan inträffa i Finland eller i ett annat land. En händelse eller situation som inträffar i ett annat land behöver inte ha direkta verkningar för eller beröringspunkter med Finland. Med anledning av detta uppfyller krig och konflikter samt naturkatastrofer som inträffar t.ex. i Afrika eller Asien inte definitionens förutsättningar.

I 16 punkten definieras forskning och utveckling. Definitionen ska till sitt innehåll motsvara artikel 1.1.27 i direktivet. På finska ändras ordet utveckling i begreppet från formen kehitys som ingår i direktivet till formen kehittäminen. Det påverkar inte det svenska begreppet.

Enligt definitionen ska forskning och utveckling täcka den verksamhet som omfattar grundforskning, tillämpad forskning och ex-

perimentell utveckling. Grundforskningen ska bestå av ett experimentellt eller teoretiskt arbete med vilket man försöker skaffa ny kunskap om de grundläggande principerna för fenomen eller faktiska omständigheter som går att upptäcka. Med den ska man i första hand inte eftersträva någon praktisk tillämpning eller något användningssätt.

Den tillämpade forskningen består igen av arbete som har bedrivits för att förvärva ny kunskap. Den ska i första hand inrikta sig på ett visst praktiskt syfte eller mål.

Experimentell utveckling ska bestå av arbete som grundar sig på befintlig kunskap som har erhållits genom forskning eller ett praktiskt experiment och vars syfte är att inleda tillverkning av nya material, anordningar eller produkter, ta i bruk nya processer, system eller tjänster eller i betydande grad förbättra redan befintliga. I experimentell utveckling kan ingå genomförandet av tekniska demonstrationsverktyg. Med ett tekniskt demonstrationsverktyg (en s.k. demonstrator) avses ett verktyg för att demonstrera ett nytt koncept eller en ny tekniks funktion i en relevant eller typisk miljö.

I forskning och utveckling ingår inte tillverkning och godkännande av prototyper som föregår produktion och inte heller produktionsteknik, industriell planering eller tillverkning.

Modellen för uppdelning av teknologins mogenhet i olika nivåer (Technology Readiness Level, TRL) är en modell som används av såväl företag som inom den offentliga förvaltningen. Med hjälp av modellen strävar man efter att i forsknings- och utvecklingsprojekt bedöma mogenhetsgraden på den teknologi som utvecklas. Modellen har en skala med nio nivåer, av vilka nivå 1 är grundforskning och nivå 9 en färdig produkt eller tillämpning som har testats i operativ användning. Granskad på TRL-skalan ska sådan forsknings- och utvecklingsverksamhet omfattas av begreppet forskning och utveckling som kan bedömas befinna sig på nivåerna 1–6 på den teknologiska mogenhetsskalan. Nivå 6 på skalan innehåller tillverkning av tekniska demonstratorer, men inte längre tillverkning av prototyper som föregår produktionen.

I 17 – 22 punkten definieras de begrepp i anslutning till tekniska specifikationer och standarder som beskriver dem, tekniska referenssystem och tekniska godkännanden som grundar sig på definitionerna i bilaga III till försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet. Tekniska specifikationer används vid den tekniska definitionen av den vara, den tjänst eller det material som upphandlingskontraktet gäller. Tekniska specifikationer kan hänföra sig till olika egenskaper såsom kvalitet, miljöskydd, säkerhet, mått, provningsmetoder eller produktionsprocesser. Definitionerna av standarder, tekniska referenssystem och tekniska godkännanden motsvarar de begrepp som antagits i gemenskapens standardiseringsarbete.

I 23 punkten ska livscykel definieras. Definitionen grundar sig på artikel 1.1.26 i direktivet även om det där talas om livslängd. Med livscykel ska avses en varas samtliga faser, dvs. forskning och utveckling, industriell utveckling, tillverkning, reparation, modernisering, ändring, underhåll, service och ordnande av service, lagring, transport, utbildning, testning, återkallande och förstöring. Definitionen täcker därmed produktens upphandlingsfas, bruks- och underhållsfas samt återkallande och förstöring. Upphandlingsfasen ska täcka forskning och utveckling, produktens industriella utveckling samt tillverkning. I bruks- och underhållsfasen ska ingå bl.a. förebyggande och reparerande underhåll, basunderhåll och iståndsättande, lagring, transport, utbildning, ändring och modernisering. Till återkallande och förstöring igen ska höra bl.a. försäljning, donering, förstöring och omvandling till museiföremål.

I en produkts livscykelfaser kan därmed också ingå t.ex. forskningsarbete och bedömning. Också leverans av delar och komponenter, delhelheter som ska inbegripas i eller fogas till produkterna samt leverans av särskilda verktyg, testningsmetoder eller stöd ingår i produktens livscykel. Definitionen ska också täcka produktens logistik.

Med gemensam terminologi vid offentlig upphandling (Common Procurement Vocabulary, CPV) avses i 24 punkten den nomenklatur som antagits genom Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 2195/2002

om en gemensam terminologi vid offentlig upphandling (CPV). Nomenklaturen används bl.a. för att beskriva föremålet för upphandlingen i upphandlingsannonserna. Användningen av en enhetlig nomenklatur är en förutsättning för att den elektroniska annonseringen ska fungera och därför föreslås att nomenklaturen ska vara det enda klassificeringssystem som används vid offentlig upphandling.

I 25 punkten definieras uttrycket skriftlig. Definitionen grundar sig på artikel 1.1.24 i försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet.

I paragrafens 2 mom. ska definitionen på säkerhetsklassificerad handling i 1 mom. 14 punkten preciseras. Enligt bestämmelsen bör de bestämmelser som gäller säkerhetsklassificerad handling också tillämpas på en sådan handling i vilken för skydd av ett nationellt säkerhetsintresse har gjorts en anteckning om den skyddsnivå som ska iaktas vid hanteringen av handlingen på det sätt som särskilt föreskrivs om detta.

I artikel 1.1.18 i direktivet definieras sekretessbelagd information. Som sekretessbelagd information i enlighet med definitionen anses information som omfattas av krav på en viss säkerhetsnivå eller en viss skyddsnivå enligt gällande lagar och andra författningar. En förutsättning är dessutom att informationen med hänsyn till den nationella säkerheten måste skyddas mot intrång, förstörelse, avlägsnande, spridning, förlust eller åtkomst av någon obehörig person eller någon annan typ av risk.

I den nationella informationssäkerhetslagstiftningen har man av hävd använt begreppet statens säkerhet. Statens säkerhet som grund för sekretess finns i 24 § 1 mom. 9 och 10 punkten i offentlighetslagen. Begreppet har också använts i 11 § i informationssäkerhetsförordningen, enligt vilken skyddandet av statens säkerhet kan vara en grund för att göra en anteckning om säkerhetsklass i en handling.

Ovan i 1 § 14 punkten har säkerhetsklassificerad handling definierats. Som säkerhetsklassificerad handling anses enligt definitionen en handling och information som ingår i den, i vilken har gjorts en anteckning om säkerhetsklass enligt 11 § i informationssäker-

hetsförordningen. Enligt 11 § 1 mom. i informationssäkerhetsförordningen kan en anteckning dock endast göras om otillbörligt avslöjande eller otillbörlig användning av handlingen eller information som ingår i den kan orsaka skada för internationella relationer, statens säkerhet, försvaret eller ett annat allmänt intresse på det sätt som avses i 24 § 1 mom. 2 och 7–10 punkten i offentlighetslagen. Dessutom, enligt 2 mom. i samma paragraf kan en anteckning om säkerhetsklass göras i en handling för att fullgöra en internationell förpliktelse som gäller informations-säkerhet eller om handlingen i övrigt hänför sig till internationellt samarbete. Följaktligen kan en anteckning om säkerhetsklass inte göras bl.a. i en handling som innehåller uppgifter om polisens, gränsbevakningsväsendets och tullverkets samt fängvårdsmyndigheternas taktiska och tekniska metoder och planer, i fråga om vilken sekretessbeläggandet grundar sig på 24 § 1 mom. 5 punkten i offentlighetslagen. Då kunde utlämnandet av uppgifter ur en sådan handling äventyra förebyggande och utredning av brott eller upprätthållandet av allmän ordning och säkerhet eller ordningen vid en straffanstalt. Alla dessa intressen, som ska skyddas genom sekretessbeläggande, kan anses omfattas av begreppet nationell säkerhet i vidsträckt bemärkelse.

För att begreppet säkerhetsklassificerad handling till sitt innehåll ska motsvara definitionen i artikel 1.1.8 i direktivet, måste det breddas så att det täcker också de handlingar i vilka för skydd av ett nationellt säkerhetsintresse, om vilket i lag har föreskrivits att det är sekretessbelagt, har gjorts en anteckning som gäller den skyddsnivå som ska iaktas vid hanteringen av handlingen. Bestämmelser om de anteckningar som gäller skyddsnivå finns i informationssäkerhetsförordningen.

2 kap. Tillämpningsområde

4 §. Upphandlande enheter. I paragrafen fastställs vilka upphandlande enheter som omfattas av lagens tillämpningsområde. Bestämmelsen grundar sig på artikel 1.1.17 i försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet.

Bl.a. de statliga myndigheterna inom central-, regional- och lokalförvaltningen är så-

dana statliga myndigheter som avses i 1 mom. 1 punkten. Lagens tillämpningsområde omfattar därmed bl.a. ministerierna, dem underlydande ämbetsverk och inrättningar, närings-, trafik- och miljöcentralerna, riksdagen och dess underlydande förvaltning samt domstolsväsendet.

Till de kommunala myndigheterna hör bl.a. kommunfullmäktige, kommunstyrelsen, nämnder, direktions- och kommittéer. Även samkommunerna, t.ex. samkommunerna för utbildning eller sjukvårdsdistrikten, är sådana upphandlande enheter som lagen avser. Organ som samkommunerna eventuellt bildar är också sådana upphandlande enheter som avses i lagen. De kommunala affärsverken är sådana upphandlande enheter som avses i 1 mom. 1 punkten eftersom de direkt ingår i kommunernas organisation.

Enligt 1 mom. 2 punkten är även affärsverk enligt lagen om statliga affärsverk (1062/2010) upphandlande enheter. Lagen om statliga affärsverk trädde i kraft den 1 januari 2011 och genom den upphävdes en lag med samma namn från år 2002 (1185/2002). Enligt 2 § i den nya lagen om statliga affärsverk är Senatfastigheter ett statligt affärsverk enligt lagen. Enligt 21 § i den nya lagen om statliga affärsverk tillämpas den upphävda lagen på Forststyrelsen och Lotsverket till dess något annat bestäms om dem, för Lotsverket dock längst till den 31 december 2013.

Enligt 1 mom. 3 punkten är även offentlig-rättsliga organ upphandlande enheter. Med offentligrättsligt organ avses en juridisk person i vilken juridisk form som helst som särskilt har inrättats för att tillgodose behov i det allmännas intresse, förutsatt att behovet inte har industriell eller kommersiell karaktär. Dessutom förutsätts att organet till största delen finansieras av en upphandlande enhet som avses i 1 – 3 punkten, att organet står under kontroll av en upphandlande enhet som avses i 1 – 3 punkten eller att mer än hälften av ledamöterna i organets styrelse-, kontroll- eller förvaltningsorgan utses av ovan nämnda upphandlande enhet.

Villkoren för den första delen av begreppet offentligrättsligt organ ska vara uppfyllda samtidigt. Enheten ska vara en juridisk person, den ska vara inrättad för att tillgodose behov i det allmännas intresse och dessa be-

hov får inte ha industriell eller kommersiell karaktär. De andra villkoren för begreppet är däremot alternativa. De offentligrättsliga organen kan vara juridiska personer som formellt är fristående från staten eller kommunerna, t.ex. aktiebolag, föreningar eller stiftelser, i vilka staten, en kommun eller ett affärsverk har bestämmande inflytande när det gäller kontroll eller finansiering.

Villkoren för det begrepp som gäller de offentligrättsliga organens förmåga att tillgodose behov i det allmännas intresse samt frånvaron av kommersiell karaktär har bl.a. behandlats i EG-domstolens domar i målen C-44/96, Mannesmann (REG 1998, s. I-73), C-360/96, Gemeente Arnhem (REG 1998, s. I-06821), C-94/99 (REG 2000, s. I-11037), Arge, C-223/99 och G260/99, Agora (REG 2001, s. I-3605) samt C-18/01 Varkauden tai-totalo (REG 2003, s. I-5321). I den etablerade gemenskapsrätten har såsom allmännyttiga behov som inte är av industriell eller kommersiell karaktär betraktats sådana behov som tillgodoses på annat sätt än genom utbud av varor eller tjänster på marknaden och som det allmänna, av skäl som ha samband med allmänintresset, väljer att själv tillgodose eller som det allmänna avser att fortsätta att ha ett avgörande inflytande på. Genom villkoret för utövande av annan verksamhet än sådan av industriell eller kommersiell karaktär försöker man precisera begreppet behov i det allmännas intresse. Man har gjort skillnad mellan allmännyttiga behov som inte är av industriell eller kommersiell karaktär och allmännyttiga behov som är av industriell eller kommersiell karaktär. Utanför begreppet behov i det allmännas intresse med annan än industriell och kommersiell karaktär lämnas dock inte sådana behov som också privata företag tillgodoser eller kan tillgodose. Att en utvecklad konkurrens existerar kan dock vara ett tecken på att det är fråga om ett behov i det allmännas intresse med industriell eller kommersiell karaktär.

Vid bedömningen av den industriella eller kommersiella karaktären har det inom rättspraxis ansetts vara viktigt dels att verksamheten sker i konkurrensförhållanden och delas att organets uppgifter ingår i en offentlig myndighets uppgifter samt att det är vinstsyftande och tar ekonomiska risker. Ett offent-

ligrättsligt organ kan utöver uppgifter i det allmännas intresse också sköta andra uppgifter. Om tillgodoseendet av behov i det allmännas intresse är organets huvudsakliga uppgift eller en mindre viktig del av organets uppgifter saknar då betydelse, bara organet har inrättats och dess verksamhet utövas i syfte att tillgodose det allmännas intresse. Därmed ska också den upphandling som hänförs till organets kommersiella verksamhet utsättas för konkurrens i enlighet med upphandlingslagstiftningen.

Såsom verksamhet i det allmännas intresse har bl.a. betraktats utvecklandet av den industriella eller kommersiella verksamheten, skötseln av uppgifter som är nödvändiga med tanke på folkhälsan och miljöskyddet samt bedrivandet av verksamheter som förutsätts med tanke på särskilt förtroende och särskild sekretess i anslutning till statens institutionella verksamhet. Offentligrättsliga organ i Finland är bl.a. folkpensionsanstalten, pensions-skyddscentralen, vissa allmännyttiga föreningar, kommunala hyreshusbolag samt bolag som grundats i syfte att förbättra förutsättningarna för näringsverksamheten. Där- emot ska statsbolag som bedriver rent kommersiell eller industriell verksamhet inte omfattas av lagens tillämpningsområde.

I fråga om finansieringen har högsta förvaltningsdomstolen i ett avgörande som gäller tillämpningen av upphandlingslagen HFD:2010:39 ansett bl.a. att finansieringssättet i fråga om den granskade enhetens verksamhet skulle beräknas utgående från de uppgifter som stod till förfogande vid den tidpunkt då upphandlingsförfarandet inleddes, även om de var enbart uppskattningar. På motsvarande sätt ansåg EG-domstolen i sin dom i målet C-380/98, *University of Cambridge* (dom 3.10.2000, REG 2000, s. I-8035) att en inrättning av universitetstyp, vars finansiering kan variera från ett år till ett annat, ska kategoriseras som upphandlingsmyndighet på årlig grund, och att det budgetår under vilket ett visst kontraktsförfarande har inletts ska anses som en mera korrekt period för beräkning av inrättningens finansieringssätt. I domstolens avgörande konstaterades dessutom att de prestationer i form av finansiellt stöd, med vilka den granskade enhetens verksamhet finansieras eller främjas utan sär-

skild motprestation, kan klassificeras som offentlig finansiering.

Det bör dock observeras att en tjänst utan vederlag inte ska anses som finansiering som avses här. I sitt beslut gällande upphandlingslagen (MD 250/10) har marknadsdomstolen ansett att de ersättningar för köpta tjänster som den upphandlande enheten betalar till en tjänsteproducent inte är sådana vederlagsfria poster som är karaktäristiska för offentlig finansiering och att de inte ska anses som finansiering som erhållits av en offentlig enhet.

Enligt 1 mom. 4 punkten ska de upphandlande enheterna enligt 5 § i försörjningslagen höra till tillämpningsområdet för denna lag. Försörjningslagen gäller enheter som är verksamma på sektorerna vatten- och energiförsörjning, trafik och posttjänster. I fråga om dessa enheter blir denna lag tillämplig när föremål för en upphandling är en vara, tjänst eller byggtreprenad som stämmer överens med 5 § 3 mom. 1 och 3 punkten i den föreslagna lagen och som är avsedd att användas i säkerhetssyften. Lagen ska också bli tillämplig då en byggtreprenad, tjänst eller vara direkt anknyter till någon livscykelfas hos en vara som nämns i 5 § 3 mom. 1 punkten.

Upphandlande enheter inom försörjningslagens sektorer kan utöver upphandlande enheter av myndighetskaraktär också vara offentliga företag, i vilka myndigheter direkt eller indirekt kan använda bestämmande inflytande med anledning av innehav, finansieringsandel eller regler som gäller företaget. Dessutom kan de upphandlande enheterna vara enheter som är verksamma med stöd en myndighets special- eller ensamrätt. Försvars- och säkerhetsupphandlingslagen kan därmed bli tillämplig t.ex. vid upphandlingar som företag som svarar för verksamheten vid flygplatser eller hamnar gör.

5 §. Försvars- och säkerhetsupphandling. I paragrafen ska det föreskrivas om lagens tillämpningsområde. Bestämmelsen grundar sig huvudsakligen på artikel 2.1 a – 2.1 d och 1.1.6 och 1.1.7 i försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet.

Enligt paragrafens 1 mom. bör lagen tillämpas på försvars- och säkerhetsupphandling som de upphandlande enheter som avses

i 4 § företar. Försvarsupphandling ska definieras i 5 § 2 mom. och säkerhetsupphandling i 5 § 3 mom.

Enligt 1 mom. kan med stöd av artikel 36, 51, 52 och 62 i EUF-fördraget en sådan upphandling ställas utanför tillämpningsområdet för lagen vilken annars med stöd av 5 § skulle höra till tillämpningsområdet för den föreslagna lagen. Då blir det främst fråga om säkerhetsupphandling, eftersom i de artiklar i EUF-fördraget som nämns ovan bestäms om särskilda undantag från tillämpningen av de principer som har fastställts i grundfördraget när detta är motiverat med anledning av den allmänna säkerheten. Motsvarande undantag gällande försvarsupphandling ingår i artikel 346 i EUF-fördraget. I enlighet med den rättsanvisning som EG-domstolen gav i sin dom i mål C-414/97, Kommissionen mot Spanien (REG 1999, s. I-05585) kan dessa artiklar till följd av deras begränsade art inte tolkas vidsträckt, utan de gäller endast starkt avgränsade undantagssituationer.

I unionens rättspraxis har det ansetts att de krav som hänför sig till samhällets allmänna försörjningsberedskap (s.k. civil försörjningsberedskap) kan utgöra en godtagbar grund för att avvika från grundfördragets centrala principer med stöd av artikel 36 i EUF-fördraget. Med stöd av skäl som sammanhänger med den allmänna säkerheten kan medlemsstaterna vidta åtgärder med vilka unionens grundläggande friheter begränsas. I mål 72/83, *Campus Oil* (REG 1984, s. 00615) ansåg gemenskapernas domstol att tryggheten av tillgången på oljeprodukter var en berättigad grund för sådana nationella arrangemang med vilka den fria rörligheten för varor begränsades. I detta fall var det fråga om huruvida en sådan nationell lagstiftning var godtagbar, där importörerna ålades att skaffa en viss procentandel av sitt behov av oljeprodukter hos raffinaderier som var belägna inom statens territorium för att den nationella oljeraffineringskapacitet, som behövdes vid en eventuell nödsituation, skulle finnas tillgänglig. Domstolen ansåg att produkterna i fråga i form av en betydande energikälla var ytterst viktiga med tanke på statens existens, eftersom utöver statens ekonomiska verksamhet också i synnerhet statens organ, det allmännas bastjänster och

t.o.m. hela befolkningens existens var beroende av dem. Således kunde den lagstiftning som godkände en åtgärd, som till sina effekter innebar att importen begränsades kvantitativt, accepteras.

Enligt artikel 2 i försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet kan en upphandlande enhet låta bli att tillämpa direktivet på en enskild försvars- eller säkerhetsupphandling, om förutsättningarna i artikel 346 i EUF-fördraget uppfylls. Möjligheten att göra undantag i enlighet med artikel 346.1 a i EUF-fördraget gäller främst säkerhetsupphandlingar, dvs. upphandlingar som innehåller säkerhetsklassificerad information. Enligt punkten är ingen medlemsstat förpliktad att lämna information, vars avslöjande den anser strida mot sina väsentliga säkerhetsintressen. Motsvarande bestämmelse ingår också i artikel 13 a i försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet. Artikel 346.1 b i EUF-fördraget gäller för sin del rena försvarsupphandlingar. Enligt den punkten kan en medlemsstat genomföra de åtgärder den anser nödvändiga för att skydda sina väsentliga säkerhetsintressen i fråga om tillverkning av och handel med vapen, ammunition och krigsmateriel. I enlighet med 2 punkten i artikeln fastställer punkt 1 b den av rådet den 15 april 1958 fastslagna produktförteckningen. Om en enskild försvarsupphandling innehåller säkerhetsklassificerad information kan i fråga om den också förutsättningarna i artikel 346.1 b i EUF-fördraget uppfyllas.

Det föreslås inte i lagförslaget att de ovan nämnda möjligheterna att göra undantag ska inbegripas i lagens 5 §. För klarhets skull föreslås det att möjligheten att göra undantag enligt artikel 346.1 a i EUF-fördraget ska slås samman med möjligheten att göra undantag enligt artikel 13 a i försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet, eftersom artikel 13 a i försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet till sitt innehåll motsvarar artikel 346.1 a i EUF-fördraget. Denna sammanslagna bestämmelse föreslås bli inbegripen i 7 § 1 mom. 1 punkten i den föreslagna lagen. Det föreslås att upphandlingar som uppfyller förutsättningarna i artikel 346.1 b i EUF-fördraget ska omfattas av lagens tillämpningsområde, dock så att på dem inte ska tillämpas bestämmelser enligt försvars- och sä-

kerhetsupphandlingsdirektivet utan särskild nationell reglering. Den nationella regleringen ska ingå i del III i den föreslagna lagen.

Definitionen på försvarsupphandling föreslås bli inbegripen i 2 mom. Med försvarsupphandling ska enligt 2 mom. 1 punkten avses upphandling av försvarsmateriel, komponenter eller delkomponenter till den. Med försvarsupphandling ska enligt 2 punkten i samma moment också avses upphandling av sådana byggtreprenader, tjänster och varor som direkt hänför sig till någon livscykel hos de varor som avses i 1 punkten i samma moment. Som försvarsupphandling ska också anses upphandling av byggtreprenader och tjänster avsedda särskilt för militära syften i enlighet med 3 punkten i samma moment.

Med försvarsmateriel ska enligt 4 mom. avses en vara som är särskilt utformad eller anpassad för militära syften och avsedd att användas som vapen, ammunition eller försvarsmateriel på åtgärd av försvarsmakten eller en annan militär organisation.

Enligt 7 § 1 mom. 2 punkten i den nuvarande upphandlingslagen tillämpas upphandlingslagen inte på upphandling vars föremål huvudsakligen lämpar sig för militärt bruk. Definitionen på försvarsmateriel i den föreslagna lagen skiljer sig därmed från ovan nämnda paragraf och motsvarar artikel 1.1.6 i försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet samt artikel 346.1 b i EUF-fördraget. Enligt den föreslagna lagen ska utanför tillämpningsområdet för den och upphandlingslagen samt försörjningslagen endast stå sådana varor som är särskilt utformade eller anpassade för militära syften och avsedda att användas som vapen, ammunition eller försvarsmateriel. Huvudsakligen militärt bruk uppfyller följaktligen inte förutsättningarna för den definition på försvarsmateriel som avses i paragrafen.

Definitionen är överensstämmande med definitionen på militär utrustning i artikel 1.1.6 i direktivet. I lagen ska dock termen försvarsmateriel användas, eftersom det är frågan om en term som är etablerad i Finland och som används bl.a. i exportlagen.

I ingressen till försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet konstateras att med militär utrustning avses produkttyper som tas upp i förteckningen över vapen, ammunition och

krigsmateriel som antogs av rådet i dess beslut 255/58 av den 15 april 1958. Förteckningen i fråga, till vilken det hänvisas i artikel 346.2 i EUF-fördraget, definierar den försvarsmateriel vid upphandlingen av vilken ett undantag enligt artikel 346.1 i EUF-fördraget får användas. Europeiska unionens medlemsstater har använt detta undantag mycket vidsträckt och med stöd av det har vissa medlemsstater utanför upphandlingsdirektivet genomfört upphandling t.ex. av varor som i första hand är avsedda för civil användning och endast eventuellt för militär användning. Syftet med försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet är följaktligen att ställa dessa upphandlingar under Europeiska unionens upphandlingsreglering och därigenom under inre marknadslagstiftningen, om inget annat följer av en medlemsstats viktiga säkerhetsintressen.

Försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet ger medlemsstaterna möjlighet att använda rådets krigsmaterielförteckning, som nämns ovan, vid definieringen av försvarsmateriel. I rådets krigsmaterielförteckning ingår endast sådan materiel som har planerats, utvecklats och producerats särskilt för militära syften. Förteckningen är dock av allmän natur samt, på grund av sin ålder på över 50 år, efter sin tid som följd av att den teknologiska utvecklingen och kraven på militär prestationsförmåga har ändrats. Till exempel anordningar som baserar sig på lasertechnologi, lägesbilds- och ledningssystem på operativ nivå eller utbildnings- och simulatorsystem som är avsedda för militär användning saknas helt i förteckningen. Till följd av detta ska rådets krigsmaterielförteckning enligt 10 punkten i ingressen till direktivet tolkas i vid mening mot bakgrund av att tekniken, upphandlingsförfarandena och de militära kraven utvecklas, vilket innebär att nya typer av utrustning utvecklas.

Europeiska unionens gemensamma militära förteckning är jämfört med rådets krigsmateriellista från 1958 modern, täckande och betydligt mera detaljerad. Den gemensamma militära förteckningen baserar sig på en förteckning över den utrustning som omfattas av rådets gemensamma ståndpunkt 2008/944/Gusp om fastställande av gemensamma regler för kontrollen av export av mi-

litär teknik och krigsmateriel. Den uppdateras också årligen, vilket gör det möjligt att beakta den teknologiska utvecklingen, ändringen i kraven på prestationsförmåga och nya vapensystem. Förteckningen utgör också grund för definierandet av försvarsmateriel i direktivet om överföringar av försvarsrelaterade produkter inom gemenskapen. Försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet erkänner följaktligen i 10 punkten i ingressen ovan nämnda militära förteckning som ett hjälpmedel när militär utrustning definieras.

Av ovan nämnda skäl är det motiverat att vid definierandet av försvarsmateriel i första hand stöda sig på Europeiska unionens gemensamma militära förteckning. Därmed är utgångspunkten att som försvarsmateriel ska anses en vara, som ingår i Europeiska unionens gemensamma militära förteckning och är utformad eller anpassad för militära syften. Således ingår i definitionen på försvarsmateriel också produkter, som ursprungligen har planerats för civila ändamål men som senare har förändrats och omformats för militära syften för att användas som vapen, ammunition eller försvarsmateriel. Som försvarsmateriel ska följaktligen anses t.ex. ett fordon eller en helikopter, som ursprungligen har planerats för civilt bruk, men till vilken har fogats bepansring och ballistiskt skydd eller strids- eller vapensystem för att den ska kunna användas för militärt bruk. Dyliga strids- och vapensystem kan vara t.ex. beväpning, militära lednings- och signalsystem och system som är avsedda för att störa motståndarens vapeneffekt.

Det att en viss vara ingår i Europeiska unionens gemensamma militära förteckning gör dock inte ensamt att varan blir försvarsmateriel i det hänseende som lagen fastslår, utan den bör också vara avsedd att användas som vapen, ammunition eller försvarsmateriel på åtgärd av försvarsmakten eller en annan militär organisation. De produkter som nämns i Europeiska unionens gemensamma militära förteckning, vilkas användningssyfte inte är militärt, uppfyller därmed inte de förutsättningar som ställts i denna lag för att bli definierade som försvarsmateriel. Till exempel på vapen som har planerats för civilt bruk såsom pistoler tillämpas bestämmelserna i EU:s skjutvapendirektiv, fastän de ingår i

Europeiska unionens gemensamma militära förteckning. Men det faktum att en vara inte ingår i Europeiska unionens gemensamma militära förteckning ska inte heller ensamt anses som ett bevis på att det inte är fråga om försvarsmateriel. I synnerhet den teknologiska utvecklingen kan leda till att en ny vara eller teknologi, som har planerats för militärt bruk, inte ännu har inbegripits i Europeiska unionens gemensamma militära förteckning vid den tidpunkt då det uppstår ett behov att upphandla en sådan. Då ska varans art av försvarsmateriel bedömas särskilt utgående från dess användningssyfte.

Begreppsligt bör försvarsmateriel skiljas åt från en produkt med dubbel användning. Med sådan avses en produkt, teknologi, tjänst eller annan förnödenhet som utöver sin normala användning eller tillämpning av civil karaktär också kan användas för utveckling eller tillverkning av massförstörelsevapen eller robotsystem som är avsedda för att föra dem till målet eller med vilken allmän militär handlingsförmåga kan främjas. Produkter med dubbel användning skiljer sig från försvarsmateriel också i det att om exportkontroll av dem föreskrivs i lagen om kontroll av export av produkter med dubbel användning (562/1996). Om exportkontroll av produkter med dubbel användning föreskrivs dessutom i rådets förordning (EG) Nr 428/2009 om upprättande av en gemenskapsordning för kontroll av export, överföring, förmedling och transitering av produkter med dubbla användningsområden och rådets gemensamma åtgärd 2000/401/Gusp om kontroll av tekniskt bistånd som står i samband med viss slags militär slutanvändning. I bilaga 1 till rådets förordning har i detalj räknats upp de produkter med dubbla användningsområden som övervakas, inklusive programvaror och teknologi som är förknippade med dem.

Produkter med dubbel användning uppfyller därmed inte definitionen på försvarsmateriel och upphandling av sådana ska genomföras med iakttagande av bestämmelserna i upphandlingslagen.

I enlighet med 2 mom. 1 punkten ska till tillämpningsområdet för lagen därmed höra upphandling av försvarsmateriel samt komponenter och delkomponenter till den. Till lagens tillämpningsområde ska därmed höra

t.ex. vapen, ammunition, pansarvagnar och andra beväpnade militärfordon, luftfartyg som är planerade eller omvandlade för militärt bruk samt yt- eller submarina krigsfartyg. Lagens tillämpningsområde ska också täcka sådan upphandling, där föremålet för upphandlingen ursprungligen är planerat för civilt bruk, men där det senare har omvandlats till militärt bruk. Till exempel den militära versionen av en helikopter, som har planerats för civilt bruk, ska anses höra till lagens tillämpningsområde. I enlighet med definitionen på försvarsmateriel ska en förutsättning dock vara att den militära versionen klart innehåller egenskaper som är avsedda för militärt bruk, såsom vapensystem, skydd eller lufttekniska specialegenskaper, som gör det möjligt att utföra militära uppgifter. När man i en sådan situation överväger huruvida det är fråga om försvarsmateriel eller en civil produkt som omfattas av upphandlingslagens tillämpningsområde, bör särskild uppmärksamhet ägnas den information om syftet med föremålet för upphandlingen som den upphandlande enheten har meddelat i upphandlingsannonsen. Det är också möjligt att fastställa föremålet för upphandlingen utgående från prestationsförmågan, varvid anbudsgivarna också kan erbjuda lösningar som grundar sig på civil teknologi. Vid bedömningen av upphandlingens karaktär är det avgörande dock inte karaktären av eller innehållet i den produkt eller tjänst som anbudsgivaren bjuder ut i sitt anbud, utan det syfte och den karaktär i fråga om upphandlingen som presenteras i anbudsfrågan. I en sådan situation där både syftet med upphandlingen och den prestationsförmåga som beskrivs i upphandlingsannonsen till sin karaktär är militära, är det frågan om försvarsupphandling.

Som försvarsupphandling ska dock inte anses varuupphandlingar som görs av de upphandlande enheterna inom försvarsområdet, när användningsändamålet med den produkt som är föremål för upphandlingen inte är uttryckligen militärt. Enbart karaktären hos den upphandlande enhetens verksamhet ska inte vara avgörande, utan upphandlingsföremålets användningssyfte. När det är osäkert om den produkt som är föremål för upphandling kommer att användas för militära syften, bör upphandlingslagen tillämpas vid upphand-

lingen, liksom också när föremålet för upphandlingen är en produkt med dubbel användning som nämns ovan, som kan användas såväl för civila som för militära syften. I rättspraxis gällande tillämpningen av upphandlingslagen har det ansetts att kängor som var avsedda för allmänt bruk inom en militärorganisation (permissions-, tjänstgörings- och terrängbruk) inte kan anses vara avsedda uttryckligen för militärt bruk. Således ska upphandlingslagen följas vid upphandlingen av dem (HFD 6.7.2010 liggare 1670). Till denna del föreslås det att situationen ska kvarstå i överensstämmelse med det tidigare juridiska tillståndet.

I enlighet med 2 mom. 1 punkten ska också komponenter och komponenthelheter som tillhör försvarsmateriel omfattas av lagens tillämpningsområde. Med komponenter till försvarsmateriel ska avses bl.a. reservdelar samt reservanordningar. Med delkomponenter igen ska avses t.ex. undersystem till vapensystem eller andra delkomponenter till dem. Med anledning av detta ska lagen tillämpas t.ex. på upphandling av olika del- och undersystem till vapensystem, såsom t.ex. vapensystems värmekameror, lavetter och containrar för transport, vilka eldlednings- eller kommunikationssystemen behöver. Lika så ska krigsfartygens ekolods- och ekomätningssystem vara sådana delsystem som avses i punkten. Också upphandling av material och legeringar, såsom kanonkrut, eller råvaror, såsom ämnen som ska användas i biologiska eller kemiska vapen, vilka har planerats eller anpassats för militära syften ska höra till lagens tillämpningsområde.

Lagens tillämpningsområde ska också omfatta upphandling av sådana komponenter och delkomponenter till försvarsmateriel, vilka också används på den civila marknaden. I fråga om dessa blir lagen tillämplig alltid när komponenten eller komponenthelheten i fråga fogas till eller i den ingår försvarsmateriel i enlighet med 5 § 4 mom. i denna lag. Därmed ska den föreslagna lagen tillämpas på upphandlingen av nya säten till ett bepansrat fordon som ska anses som försvarsmateriel, fastän dessa säten också används i andra fordon än sådana som är i militärt bruk. Likaså ska upphandlingen av datorprogramvaror och system som är planera-

de för civilt bruk omfattas av tillämpningsområdet för lagen när de installeras i eller fogas till försvarsmateriel.

I 2 mom. 2 punkten i paragrafen föreskrivs om när upphandling av en vara, tjänst eller byggentreprenad, som i sig är fristående från försvarsmateriel, men behövs under dess livscykel ska omfattas av lagens tillämpningsområde. Med en fristående vara, tjänst och byggentreprenad avses en produkt som är fristående från försvarsmaterielen och som i sig kan användas och upphandlas skilt från försvarsmaterielen i fråga. För att en vara, tjänst och byggentreprenad ska kunna anses direkt anknyta till någon fas av försvarsmaterielens livscykel, bör de vara så nära förbundna med varandra att försvarsmaterielen i fråga inte kan användas på ett ändamålsenligt sätt utan den vara, tjänst eller byggentreprenad som är föremål för upphandlingen. Definitionen på livscykel ingår i 3 § 1 mom. 23 punkten i lagen. Definitionen är till sin art vidsträckt och täcker varans livscykel med början i forskning och utveckling och slutande i att varan tas ur bruk och förstörs.

Med stöd av 2 punkten ska till tillämpningsområdet för lagen därmed höra t.ex. testningsanordningar och specialverktyg för vapensystem samt de systemvisa apparaturer och redskap som används vid service och underhåll. Med stöd av punkten ska till lagens tillämpningsområde också höra övriga utrustningar och anordningar som anknyter till vapensystem, såsom jaktplans- och helikopterpiloters specialkläder och specialhjälm. Tjänster som punkten täcker ska igen vara tjänster som direkt hänför sig till försvarsmateriel såsom service, underhåll, reparation och modernisering. Tjänster som avses i punkten kan också vara utbildning i användning eller underhåll av vapensystem eller materiel, lagring, transport och förstörelse. Likaså ska forsknings-, utvecklings- och testningstjänster som gäller vapen- eller svarssystem, som ska anses som försvarsmateriel, omfattas av tillämpningsområdet för lagen. Av byggentreprenaderna ska till lagens tillämpningsområde höra t.ex. byggentreprenader som gäller lager- och förvaringslokaler för vapensystem eller ammunition till sådant eller byggentreprenad som hänför sig till testställen för försvarsmateriel.

I enlighet med 2 mom. 3 punkten ska till lagen tillämpningsområde också höra upphandling av byggentreprenader eller tjänster som ska användas specifikt för militära syften. Upphandlingarna i fråga skiljer sig från upphandlingar enligt 2 mom. 2 punkten på så sätt att de inte direkt hänför sig till försvarsmaterielens livscykel, men de används specifikt för militära syften. För att en tjänst eller byggentreprenad ska kunna anses höra till lagens tillämpningsområde med stöd av denna punkt, bör de ha ett militärt användningssyfte och de ska också i första hand användas i detta syfte. Till tillämpningsområdet ska därmed inte höra upphandling av sådana tjänster och byggentreprenader som i stor utsträckning också används på åtgärd av andra än militära organisationer.

Byggentreprenader som används för militära syften ska vara t.ex. byggarbeten på ett militärområde när föremålet för byggentreprenaden lämpar sig specifikt för militära syften. Sådana kan vara t.ex. byggandet av startbanor som är planerade och avsedda för militärt bruk vid en flygbas eller byggande av olika skyddskonstruktioner, lager och andra lokaler som är avsedda för militärt bruk. Däremot ska sedvanliga byggentreprenader, där syftet inte är i första hand militärt, höra till upphandlingslagens tillämpningsområde. Sådana byggentreprenader ska vara t.ex. byggandet av bostäder eller motsvarande byggverksamhet på områden som är i försvarsmaktens bruk.

Tjänster som upphandlas specifikt för militära ändamål ska i princip vara tjänster vilkas syfte hänger nära samman med det militära försvaret och för vilka det i princip inte annars finns behov på marknaden. Till exempel upphandling av transporttjänster som gäller transport av trupper till övningar eller krishanteringsoperationer hör till lagens tillämpningsområde. Också upphandlingen av utbildningstjänster för rent militära syften, såsom jaktplansutbildning, ska höra till lagens tillämpningsområde. När tjänsten bedöms är det väsentliga inte dess kvalitet eller form, utan det att tjänstens främsta ändamål är militärt.

I 3 mom. ska de säkerhetsupphandlingar som hör till lagens tillämpningsområde definieras.

I enlighet med 3 mom. 1 punkten ska lagen tillämpas på upphandling av varor, komponenter och komponenthelheter till dessa vilka är avsedda att användas i säkerhetssyften. En förutsättning är att för genomförande av upphandlingen av dessa varor ges, upprättas eller annars hanteras säkerhetsklassificerade handlingar. På den vara som ska upphandlas ställs inga krav i punkten, utan föremål för upphandlingen kan vara t.ex. sedvanliga civila produkter som är i omfattande användning inom den privata sektorn eller en produkt med dubbla användningsområden. Syftet samt det att med upphandlingen sammanhänger säkerhetsklassificerade handlingar är avgörande. En säkerhetsklassificerad handling definieras i 3 § 1 mom. 14 punkten i lagen.

Till lagens tillämpningsområde ska därmed höra t.ex. polisens eller en annan säkerhetsmyndighets upphandling av informationssystem, när systemet i fråga hanterar säkerhetsklassificerad information, som kan orsaka betydande skada för den nationella säkerheten om den kommer ut i offentligheten, och till följd av detta innehåller även upphandlingen säkerhetsklassificerad information. Också upphandlingen av säkerhetsutrustade fordon ska omfattas av lagens tillämpningsområde t.ex. när det i informationen om fordonets utrustning och tekniska egenskaper av skäl som sammanhänger med statens säkerhet ska göras en anteckning om säkerhetsklass.

I enlighet med 3 mom. 1 punkten ska också upphandlingen av komponenter och komponenthelheter till varor som är avsedda för säkerhetssyften omfattas av tillämpningsområdet för lagen. Lagen ska t.ex. tillämpas på upphandling av en del till ett informationssystem eller en komponenthelhet som anknyter till övervakningsapparatur. Likaså ska upphandling med anknytning till installation i efterhand av personskydd i ett fordon höra till lagens tillämpningsområde. I fråga om komponenter och komponenthelheter behöver man inte – liksom inte heller i försvarsupphandling – granska själva komponentens eller komponenthelhetens karaktär (s.k. civil produkt eller vara av känslig karaktär), utan det räcker med att komponenten eller komponenthelheten i fråga fogas till eller ingår som en del i en vara som är avsedd för säker-

hetssyften och med denna vara sammanhänger säkerhetsklassificerad information för att lagen ska tillämpas.

I enlighet med 3 mom. 2 punkten ska bestämmelserna i denna lag tillämpas på upphandling av sådana byggentreprenader, varor eller tjänster som är direkt anknutna till någon fas av livscykeln hos de varor som nämns i 1 punkten i samma moment. Såsom också är fallet i fråga om försvarsmateriel är också den vara, tjänst eller byggentreprenad som avses i denna punkt i sig fristående från en vara enligt 1 punkten och upphandlingen av den. Föremålet för upphandlingen kan därmed användas och upphandlas fristående från varan i fråga. För att en vara, tjänst eller byggentreprenad ska kunna anses hänföra sig direkt till någon fas av livscykeln för en vara enligt 1 punkten, bör kopplingen mellan dessa vara så nära att den vara det är fråga om i 1 punkten inte kan användas på ett ändamålsenligt sätt utan den vara, tjänst eller byggentreprenad som är föremål för upphandlingen. Definition på livscykel ska ingå i 3 § 1 mom. 23 punkten i lagen. Definitionen är till sin art omfattande och den täcker en varas livscykel med början i forskning och utveckling och slutande med att varan tas ur bruk och förstörs.

Med stöd av punkten ska därmed till tillämpningsområdet för lagen höra t.ex. tjänster för upprätthållande av polisens informationssystem, när säkerhetsklassificerade handlingar sammanhängde med upphandlingen av informationssystemen i fråga eller med tilläggsupphandlingar som ska göras till detta system. Tjänster som avses i punkten kan också vara utbildning i att använda eller underhålla systemen eller materielen, lagring, transport och förstöring när själva systemet eller materielen är avsedda att användas för säkerhetssyften och för genomförandet av upphandlingen av dem har getts, upprättats eller annars hanterats säkerhetsklassificerad information.

I 3 mom. 3 punkten ska det föreskrivas att lagen ska tillämpas vid upphandling av byggentreprenader och tjänster som är avsedda för säkerhetssyften, när vid upphandlingen ges, upprättas eller annars hanteras säkerhetsklassificerade handlingar. Till exempel upphandlingar av byggentreprenader

eller tjänster som görs av de myndigheter som svarar för den inre säkerheten ska höra till tillämpningsområdet för lagen, om för genomförandet av dem ges, upprättas eller annars hanteras säkerhetsklassificerade handlingar och föremålet för upphandlingen ska användas för säkerhetssyften. Upphandlingar ska kunna vara bl.a. byggtreprenader som gäller skydds- och befolkningslokaler vid gränsbevakningsväsendets läges- och ledningscentraler samt ledningslokaler för undantagsförhållanden. Likaså ska byggtreprenader som gäller utrymmen för säkerhetsklassificerade informationstekniska anordningar höra till tillämpningsområdet för lagen med stöd av denna punkt. På samma sätt kan det t.ex. vid byggandet av ett kommunikationsnät som ska upphandlas för säkerhetssyften vara frågan om en byggtreprenad enligt 3 punkten, om för genomförande av upphandlingen ges, upprättas eller annars hanteras säkerhetsklassificerade handlingar. Det ska vara fråga om en tjänst som är avsedd för säkerhetssyften t.ex. när det är fråga om en av polisens tjänster som hänför sig till skyddade informationssystem, om genomförandet av dessa tjänster förutsätter att till tjänsteproducenten överläts säkerhetsklassificerade handlingar. Likaså ska upphandling av sådana sakkunnigtjänster vilkas genomförande kräver tillgång till klassificerad information med stöd av denna punkt höra till lagens tillämpningsområde.

GPA-avtalet (Government Procurement Agreement) är ett internationellt avtal av Världshandelsorganisationen (WTO), vilket gäller offentlig upphandling. Enligt avtalet öppnar de avtalsslutande länderna sin offentliga upphandling som överskrider ett visst tröskelvärde för anbudsgivare från andra avtalsslutande länder och garanterar dem samma behandling som de inhemska leverantörerna. Villkoren i avtalet gäller bl.a. tröskelvärden, upphandlingsförfaranden, tidsfrister, öppenheten i förfarandena, besvär förfaranden samt skyldigheter som är förknippade med överlåtelse av statistikuppgifter. Med stöd av artikel XXIII i nämnda avtal tillämpas avtalet inte på försvars- och säkerhetsupphandling. I och med detta har den upphandlande enheten inte motsvarande skyldighet som i upphandlingslagen att i upphand-

lingsförfarandet ta med också anbudsgivare från de tredjepartsländer som omfattas av GPA-avtalet.

Av de statliga myndigheterna genomförs sådana försvarsupphandlingar som avses i den föreslagna lagen av försvarsministeriets förvaltningsområde (försvarsministeriet, försvarsmakten och Försvarsförvaltningens byggverk), gränsbevakningsväsendet som är underställt inrikesministeriet, och det sistnämnda svarar också för upprätthållandet av gränssäkerheten i egenskap av en militärmyndighet samt av Försörjningsberedskapscentralen som är underställd arbets- och näringsministeriet. Säkerhetsupphandlingar genomförs förutom av de ovan nämnda också av bl.a. polisförvaltningen som är underställd inrikesministeriet (t.ex. upphandlingar med anknytning till polisens informationssystem), kommunikationsministeriets förvaltningsområde (t.ex. vissa upphandlingar som hänför sig till tågens passerövervakningssystem), utrikesministeriet (t.ex. upphandlingar som hänför sig till ambassadernas säkerhet), statsrådets kansli (t.ex. upphandlingar som hänför sig till den högsta statsledningens säkerhet) samt tullverket som är underställt finansministeriet (t.ex. upphandlingar som hänför sig till övervakningssystem). Säkerhetsupphandlingar kan också göras av fängvårdsmyndigheterna samt av nödcentralsverket.

De upphandlingar som kommunerna gör i säkerhetssyfte kan endast i undantagsfall uppfylla förutsättningarna för definitionen på säkerhetsupphandling enligt 5 § 3 mom. 1—3 punkten i lagen. En sådan situation kan det vara fråga om främst endast när en upphandling som kommunen har gjort innehåller handlingar som en statlig säkerhetsmyndighet har klassificerat som sekretessbelagd utgående från lagen eller en bestämmelse som meddelats med stöd av lagen. Sådana upphandlingar kan vara t.ex. ett kommunalt informations- eller elöverföringsnät eller andra upphandlingar som ska göras för att skydda ett system som är centralt med tanke på befolkningens utkomst när driftförmågan hos det nät eller system det är fråga om är kritisk också med tanke på statens säkerhet och upphandlingen till följd av detta innehåller säkerhetsklassificerade handlingar.

Lagen om statliga affärsverk tillämpas på Senatfastigheter. Senatfastigheters upphandling av byggtreprenader och tjänster kan omfattas av tillämpningsområdet för denna lag särskilt när föremålet för en byggtreprenad eller tjänst är lokaler som har hyrts ut till försvarsmakten och upphandlingen i övrigt uppfyller de förutsättningar som har ställts i 5 § 2 mom. 2 eller 3 punkten i lagen. De säkerhetsupphandlingar som Senatfastigheter har gjort i fråga om byggtreprenader och tjänster ska också omfattas av lagens tillämpningsområde.

Av de upphandlande enheter som är verk samma på sektorerna vatten- och energiförsörjning, trafik och posttjänster kan upphandlingar som omfattas av tillämpningsområdet för denna lag göras av t.ex. de företag som svarar för upprätthållandet av flygplatser eller hamnar eller för erbjudandet av terminaltjänster.

6 §. Blandade upphandlingskontrakt och tillämpning av upphandlingslagen. I paragrafen ska det föreskrivas om sådan upphandling av varor, tjänster och byggtreprenader som omfattas av tillämpningsområdet för två eller flera olika författningar som reglerar upphandling. Till denna del grundar sig bestämmelsen på artikel 3 i försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet.

I 1 mom. ska det föreskrivas om situationer där en upphandling omfattas av tillämpningsområdet för två lagar. En upphandling som delvis omfattas av tillämpningsområdet för denna lag och delvis av tillämpningsområdet för upphandlingslagen eller försörjningslagen ska göras i enlighet med denna lag. En förutsättning för ovanstående är dock att det av objektiva skäl är motiverat att ingå ett enda kontrakt. Då ska det inte ekonomiskt, procedurmässigt eller annars vara möjligt eller ändamålsenligt att dela upp upphandlingen i delar.

En situation enligt 1 mom. kan bli aktuell när med upphandlingen av ett vapensystem eller ett annat system som ska anses som försvarsmateriel också sammanhänger upphandling av produkter som är avsedda för civilt bruk. Så kan vara fallet t.ex. när man i samband med ett system upphandlar fordon eller containrar som behövs för transport av det och de sist nämnda är avsedda för civilt bruk.

I fråga om tjänster kan en situation av samma typ bli aktuell när en upphandling gäller underhållstjänster för fordon som är avsedda för försvarsmaktens truppförband och en del av dessa fordon är avsedda för civilt bruk och endast en del ska räknas som försvarsmateriel. När man bedömer huruvida förutsättningarna i 1 mom. uppfylls bör uppmärksamhet framför allt fästas vid om det vid konkurrensutsättningen är möjligt att skilja åt de upphandlingar som omfattas av upphandlingslagens tillämpningsområde samt de som hör till tillämpningsområdet för denna lag och göra särskilda konkurrensutsättningar av dem utan att detta medför en olägenhet för ett ändamålsenligt genomförande av upphandlingen. I upphandlingen kan det vara fråga om en sådan helhet som det inte är kostnads effektivt, förnuftigt eller möjligt att spjälka upp i två delar t.ex. av skäl som sammanhänger med säkerheten eller myndighetens verksamhet.

I 2 mom. ska det föreskrivas om situationer där en del av upphandlingen hör till tillämpningsområdet för denna lag och en del står utanför tillämpningsområdet för denna lag – och också utanför upphandlingslagen och försörjningslagen. I praktiken är det då oftast fråga om en upphandling som utgående från 7 eller 8 § i denna lag delvis har ställts utanför tillämpningsområdet för denna lag. I dylika fall kan upphandlingen genomföras utan att denna lag, upphandlingslagen och försörjningslagen tillämpas. En förutsättning är dock, liksom i 1 mom., att det av objektiva skäl är motiverat att ingå endast ett kontrakt. Till exempel sådana informationstekniska upphandlingar där genomförandet av upphandlingen förutsätter att leverantören har tillgång både till information på en lägre skyddsnivå och till information som har högsta möjliga skyddsnivå och är kritisk med tanke på den nationella säkerheten ska med stöd av detta moment kunna genomföras utan att bestämmelserna enligt denna lag tillämpas.

Upphandlingsrättelse enligt 85 § och bevärsförbud enligt 104 § 2 mom. i propositionen ska också tillämpas på sådan försvars- och säkerhetsupphandling som har ställts utanför lagens tillämpningsområde. Till följd av detta ska det i 2 mom. föreskrivas uttryck-

ligen om tillämpningen av dessa paragrafer också på sådan upphandling som med stöd av 2 mom. har ställts utanför lagens tillämpningsområde.

I 3 mom. ska det föreskrivas att genomförandet av den upphandling som nämns i 1 och 2 mom. med ett kontrakt inte får göras i syfte att undvika tillämpningen av bestämmelserna i denna eller någon annan lag. Ska-pandet av sådana upphandlingshelheter där man på ett artificiellt sätt kombinerar upphandlingar som omfattas av tillämpningsområdet för två eller flera regelverk som gäller upphandling, endast för att kunna kringgå upphandlingslagstiftningen, har uttryckligen konstaterats vara förbjudet. Den upphandlande enheten kan anses vara skyldig att visa att de olika delarna av en upphandling som gäller flera funktioner är sammankopplade på ett sådant sätt att det är nödvändigt att ingå kontrakt med bara en leverantör.

I 4 mom. ska det föreskrivas om tillämpningen av upphandlingslagen på upphandlingar som omfattas av tillämpningsområdet för den föreslagna lagen. Enligt momentet ska den upphandlande enheten kunna tillämpa också upphandlingslagen på upphandlingar som omfattas av tillämpningsområdet för den föreslagna lagen.

Upphandlingslagen, som grundar sig på upphandlingsdirektivet, är en allmän lag som reglerar offentlig upphandling. Försvars- och säkerhetsupphandlingslagen igen innehåller bestämmelser som gäller en speciosektor inom den offentliga upphandlingen, dvs. försvars- och säkerhetsupphandling. Dessa bestämmelser är med ett undantag vidare och mera flexibla än bestämmelserna i upphandlingslagen, eftersom de bl.a. tillåter att förhandlat förfarande alltid används i de upphandlingar som omfattas av försvars- och säkerhetsupphandlingslagens tillämpningsområde.

Gränsdragningen mellan om en viss upphandling omfattas av försvars- och säkerhetsupphandlingslagens eller upphandlingslagens tillämpningsområde är inte alltid nödvändigtvis entydig eller klar. Men innan försvars- och säkerhetsupphandlingslagen stiftades har på de upphandlingar som omfattas av dess tillämpningsområde, på den upphandlande enhetens initiativ, kunna tillämpas

upphandlingslagen. Härvid har upphandlingen genomförts med iakttagande av upphandlingslagens förfaranden och besvär över beslut som gäller upphandlingen har kunnat anföras hos marknadsdomstolen. I dessa situationer har den upphandlande enheten själv fattat beslut att inte åberopa undantag till tillämpningsområdet enligt 7 § i upphandlingslagen.

Av ovan nämnda skäl är det motiverat att tillåta att den upphandlande enheten i upphandlingar som hör till tillämpningsområdet för den föreslagna lagen om den så önskar av dessa två lagar kan iaktta den strängare allmänna lagen, dvs. upphandlingslagen. Särskilt i situationer där valet av vilken lag som ska tillämpas på en upphandling inte är entydigt, är det med tanke på rättsskyddet både för den upphandlande enheten och för anbudsgivarna motiverat att överväga en tillämpning av upphandlingslagen. Den upphandlande enheten ska dock klart konstatera antingen i upphandlingsannonsern eller i anbudsfrågan att den upphandlande enheten med stöd av detta moment har beslutat tillämpa upphandlingslagen. Då blir upphandlingslagens bestämmelser i sin helhet tillämpliga. Bland annat på valet av upphandlingsförfarande, valet av vilka bestämmelser som ska följas (EU-regleringen eller den nationella regleringen) samt rättsmedlen ska därmed bestämmelserna i upphandlingslagen tillämpas.

Om den upphandlande enheten beslutar följa upphandlingslagen i en enskild försvars- och säkerhetsupphandling med stöd av detta moment, ska den upphandlande enheten samtidigt observera att i 77 § 3 mom. i denna lag ingår ett krav på delgivning av beslutet om upphandling. Eftersom försvars- och säkerhetsupphandlingslagen till denna del innehåller en strängare bestämmelse än upphandlingslagen, bör den upphandlande enheten iaktta tidsfristerna i 77 § 3 mom. också i de upphandlingar där upphandlingslagen iaktas med stöd av detta moment.

7 §. Allmänna undantag från lagens tillämpningsområde. I paragrafen föreskrivs om begränsningar i lagens tillämpningsområde. Bestämmelsen baserar sig i fråga om 1 momentet på artikel 12 och 13 i försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet samt i fråga

om 1 momentet 1 punkten på artikel 2 i samma direktiv. De undantag som föreslås ingå i paragrafen ska bli tillämpliga när upphandlingen i fråga i sig hör till tillämpningsområdet för den föreslagna lagen, dvs. det ska vara fråga om en försvars- eller säkerhetsupphandling som avses i 5 § i den föreslagna lagen. Avgränsningarna av tillämpningsområdet gäller dock inte upphandlingsrättelse om vilken föreskrivs i 85 § och inte heller besvärshäns enligt 104 § 2 mom., vilka därmed blir tillämpliga också i försvars- och säkerhetsupphandling enligt 7 §.

Enligt 1 momentet 1 punkten ska bestämmelserna i denna lag inte tillämpas på en försvars- och säkerhetsupphandling, om upphandlingen är sekretessbelagd eller om tillämpningen av lagen skulle kräva att den upphandlande enheten lämnar ut information, vars avslöjande strider mot väsentliga statliga säkerhetsintressen. Bakom bestämmelsen ligger artikel 346.1 i EUF-fördraget, som ger medlemsstaten rätt att avvika från principer som har fastställts i grundfördraget, om det är motiverat för att skydda statens väsentliga säkerhetsintressen. En situation enligt paragrafen kan komma i fråga i upphandlingskontrakt inom både försvarssektorn och säkerhetssektorn, där det ges, upprättas eller annars hanteras information vars hemlighållande bestämmelserna i denna lag och förfarandena enligt den inte kan trygga tillräckligt. Föremålet för en upphandling kan vara så viktigt t.ex. med tanke på statens säkerhet att man av säkerhetsskäl inte ens får berätta att det system som ska upphandlas existerar. I ett sådant fall är publicering av en upphandlingsannons eller en efterhandsannons efter att ett upphandlingskontrakt har slutits redan i sig ägnat att äventyra statens väsentliga säkerhetsintressen.

En motsvarande situation kan också uppkomma då det föremål som ska upphandlas i sig inte är sekretessbelagt, men bestämmelserna i den lag som gäller offentlig annonsering ålägger den upphandlande enheten att meddela säkerhetsklassificerad information. En grund för uteslutning enligt momentets 1 punkt kan också komma i fråga då det i en upphandling ingår sådan information som det av skäl som sammanhänger med den nationella säkerheten eller försvaret inte är möjligt

att överlåta till medborgare i en annan stat. I ett sådant fall kan skyddandet av säkerhetsklassificerad information förutsätta t.ex. att över alla personer som deltar i en upphandling har gjorts en säkerhetsutredning och att de är finska medborgare. Sådana fall kan vara t.ex. upphandlingar där nya system installeras i säkerhetsklassificerade lokaler eller system. En upphandling kan också innehålla särskilt känsligt informationsmaterial som ska skyddas enligt lagen om internationella förpliktelser som gäller informationssäkerhet och skyddandet av detta informationsmaterial kan förutsätta att andra förfaranden än de som stämmer överens med den föreslagna lagen iaktas vid en upphandling.

Ett undantag enligt 1 momentet 1 punkten kan bli tillämpligt lika väl i försvars- som i säkerhetsupphandlingar. I de senare kan den vara eller tjänst som ska upphandlas vara avsedd t.ex. för skydd av gränserna eller bekämpning av terrorism och organiserad brottslighet. Sekretessbehovet kan härvid grunda sig t.ex. på att upphandlingen kan uppfylla sitt syfte endast om information om upphandlingen inte ges till utomstående. Till exempel en förutsättning för att elektroniska bevakningssystem eller motsvarande ska kunna användas på ett ändamålsenligt sätt vid bekämpning av terrorism eller vid gränsbevakning, är att föremålen för bevakningen inte vet om den utrustning som används vid bevakningen. Också i fråga om försvarsupphandling kan en motsvarande situation komma i fråga t.ex. för övervaknings- och bevakningssystemens del.

När en upphandlande enhet använder sig av det undantag som gäller lagens tillämpningsområde, har den en skyldighet att motivera att det existerar en förutsättning för detta. Den måste kunna visa till vilka delar statens viktiga säkerhetsintressen skulle äventyras, ifall upphandlingen genomförs med tillämpning av bestämmelserna i lagen. Bedömningen ska göras från fall till fall.

Enligt EG-domstolens rättspraxis bör möjligheten att göra undantag från de centrala principerna i grundfördraget tolkas snävt (t.ex. C-337/06 Bayerischer Rundfunk). Undantagen ska användas endast så att verkningarna inte utsträcks längre än vad som är nödvändigt för att skydda medlemsstatens

berättigade intressen. Proportionalitetsprincipen bör följas så att det att lagen inte tillämpas står i rätt proportion till de intressen som man försöker skydda med artiklarna i EUF-fördraget. Dessutom bör man använda sig av undantagen i grundfördraget så att den skada som orsakas varornas fria rörlighet och friheten att bjuda ut tjänster är så liten som möjligt. Om de förutsättningar som anknyter till undantag från grundfördraget finns ett yttrande i EG-domstolens dom i mål C-284/05, kommissionen mot Finland (REG 2009, s. I-11705). Domstolen ansåg att artikel 346 i EUF-fördraget inte kan tolkas så att medlemsstaten i den ges rätt att avvika från bestämmelserna i fördraget enbart genom att hänvisa till statens väsentliga säkerhetsintressen. Medlemsstaten måste kunna bevisa ett behov att använda sig av artikel 346 i EUF-fördraget för att skydda sina väsentliga säkerhetsintressen.

I 1 mom. 2 punkten ska det föreskrivas att kontrakt mellan myndigheter som gäller försvars- och säkerhetsupphandlingar inte hör till tillämpningsområdet för lagen. Undantaget gäller i synnerhet försvarsupphandlingar mellan stater. Vid försvarsupphandlingar mellan stater är det huvudsakligen fråga om begagnat material. Undantaget har dock inte begränsats till att gälla endast upphandling av begagnat material, utan t.ex. de upphandlingar som ska göras av Förenta staternas regering och som baserar sig på arrangemanget Foreign Military Sales (FMS) ska också anses omfattas av undantaget. Undantaget passar också för tjänsteupphandlingar mellan stater. Till exempel flygutbildning som en annan stats flygvapen genomför ska omfattas av undantaget. Undantaget gäller också säkerhetsupphandlingar.

Nationellt är tillämpningsområdet för undantaget omfattande, eftersom det gäller upphandlingar lika väl mellan centralförvaltningens myndigheter som mellan de regionala myndigheterna. I praktiken görs dock försvarsupphandlingar som omfattas av detta undantag enbart mellan centralförvaltningsmyndigheter (försvarsmakten och gränsbevakningsväsendet). Däremot kan säkerhetsupphandlingar genomföras också mellan regionala myndigheter eller mellan en central-

förvaltningsmyndighet och en regional myndighet.

Undantaget i punkten gäller dock inte sådana situationer där en upphandlande enhet beslutar genomföra en upphandling genom ett anbudsförfarande och en av anbudsgivarna är en annan myndighet. I ett sådant fall ska bestämmelserna i denna lag tillämpas på upphandlingen.

Punkt 3 a i paragrafens 1 moment gäller upphandlingar som ska göras med stöd av särskilda internationella förfaringsregler. Bestämmelserna i lagen tillämpas inte på upphandlingen när den görs mellan Finland och minst en annan stat som står utanför Europeiska ekonomiska samarbetsområdet med stöd av ett internationellt fördrag eller arrangemang.

För att en upphandling ska kunna genomföras med stöd av 3 a punkten utan att bestämmelserna i försvars- och säkerhetsupphandlingslagen iakttas, bör upphandlingen grunda sig på ett internationellt fördrag eller arrangemang. Det kan vara frågan om ett fördrag mellan två eller flera stater eller ett samarbetsprotokoll (Memorandum of Understanding, MoU) som ofta används i försvarsupphandlingar och försvarssamarbete eller ett annat motsvarande avtal eller dokument. En andra förutsättning för att undantaget ska få tillämpas är att kontraktsparter är minst en stat som står utanför Europeiska ekonomiska samarbetsområdet. Därmed kan undantaget inte tillämpas i en upphandling som anknyter till ett avtal mellan Finland och en annan stat inom Europeiska ekonomiska samarbetsområdet.

En tredje förutsättning för att undantaget ska få tillämpas är att det ovan nämnda internationella fördraget eller arrangemanget innehåller särskilda förfaringsregler för upphandlingarna. Sådana förfaringsregler kan vara t.ex. principer som gäller upphandlingarna eller en beskrivning av det förfarande som ska iakttas i upphandlingarna. Till exempel ett kontrakt som innehåller enbart reservdelar till ett stridsflygplan och användarsamarbete gällande reservanordningar uppfyller inte detta krav. Däremot uppfyller ett kontrakt som också innehåller bestämmelser om upphandling av dessa reservdelar och re-

servanordningar förutsättningarna enligt denna punkt.

Undantaget i 3 b punkten gäller försvars- och säkerhetsupphandlingar som ska göras med stöd av ett internationellt fördrag eller arrangemang, som sammanhänger med stationering av styrkor. Undantaget ska till exempel gälla situationer där inhemska militära trupper stationeras i en annan stat inom Europeiska ekonomiska samarbetsområdet och till detta anknyter försvars- eller säkerhetsupphandlingar som ska göras i den staten. Undantaget blir också tillämpligt då från Finland stationeras trupper i en stat som inte hör till Europeiska ekonomiska samarbetsområdet eller då trupper från en stat inom Europeiska ekonomiska samarbetsområdet eller från ett tredje land stationeras i Finland. För att dessa upphandlingar ska kunna genomföras med iakttagande av bestämmelserna i den föreslagna lagen, bör upphandlingarna liksom i 3 a punkten grunda sig på ett internationellt fördrag eller arrangemang, som innehåller särskilda förfaringsregler som gäller upphandlingar. Tvärt emot vad som är fallet enligt 5 punkten i fråga om undantag har tillämpningsområdet för undantaget inte begränsats geografiskt. Om förutsättningarna enligt punkten uppfylls, kan de upphandlingar ställas utanför tillämpningsområdet för lagen, vilka görs från Finland liksom också de som gör från det egentliga operationsområdet.

Undantaget i C-punkten gäller upphandlingar som en internationell organisation gör för egna syften med iakttagande av särskilda förfaringsregler. För att en upphandling ska kunna ställas utanför tillämpningsområdet för försvars- och säkerhetsupphandlingslagen på basis av c-punkten, bör den upphandlande enheten vara en internationell organisation som nämns i punkten. Upphandlingen ska genomföras i enlighet med denna organisations egna särskilda förfaringsregler och organisationen ska göra upphandlingen för egna syften.

Underpunkt D gäller situationer där den upphandlande enheten ska genomföra en upphandling i enlighet med en internationell organisations särskilda förfaringsregler. En situation i enlighet med underpunkten uppkommer t.ex. när en upphandlande enhet i ett

upphandlingsförfarande är skyldig att följa regler som har ställts av en internationell organisation t.ex. efter att ha fått finansiellt stöd av organisationen i fråga. Motsvarande situation kan komma i fråga när en internationell organisations bestämmelser om upphandlingar sträcker sig också till den upphandlande enheten och dess verksamhet, eftersom enheten är medlem i organisationen.

I lagen definieras inte särskilt den internationella organisation som nämns i underpunkterna c och d. Med detta avses dock i princip en separat juridisk person, som har grundats antingen genom ett fördrag eller ett avtal mellan internationella organisationer och denna person är av bestående art, har en egen struktur och verksamhet samt regler som styr beslutsfattandet. Inom försvarssektorn är internationella organisationer som avses i underpunkten t.ex. Europeiska försvarsbyrån (EDA), europeiska organisationen för försvarsmaterielsamarbete OCCAR, Nato samt Natos materielunderhållsbyrå NAMSA.

Paragrafens 4 punkt gäller sådan försvars- och säkerhetsupphandling som hänför sig till ett forsknings- och utvecklingsprojekt som gäller en gemensam ny produkt mellan två stater som hör till Europeiska ekonomiska samarbetsområdet. Undantaget gäller både upphandlingar på det egentliga forsknings- och utvecklingsstadiet och upphandlingar på senare stadier av den färdiga produktens livscykel, såsom underhålls- och reparations-tjänster, modernisering av produkten och reservdelar.

För att ett undantag enligt 4 punkten ska kunna tillämpas på en upphandling bör upphandlingen anknyta till ett projekt, där det ingår eller har ingått en fas med forskning och utveckling av en ny produkt. Därmed uppfyller t.ex. samprojekt och avtal eller arrangemang, där det är fråga om gemensam anskaffning av en redan existerande produkt, inte förutsättningarna enligt denna punkt. I projektet ska dessutom minst två stater inom Europeiska ekonomiska samarbetsområdet medverka. Detta hindrar inte att i projektet deltar också stater som inte hör till Europeiska ekonomiska samarbetsområdet, bara minst två av de stater som är med hör till samarbetsområdet.

Upphandlingen ska också anknyta till ett avtal eller arrangemang mellan parter i det projekt som refereras ovan. Det är fråga om ett fördrag mellan två eller flera stater eller ett samarbetsprotokoll (Memorandum of Understanding, MoU) som ofta används i försvarsupphandlingar och försvarssamarbete eller ett motsvarande avtal eller dokument (t.ex. tekniskt arrangemang, Technical Arrangement eller projektavtal eller projektarrangemang, Program Agreement eller Program Arrangement). Detta avtal eller arrangemang kan gälla antingen genomförande av en egentlig produktutvecklingsfas eller användarsamarbete runt en produkt som tidigare har utvecklats tillsammans. En förutsättning är dock alltid att det är frågan om ett verkligt samprojekt, där parterna har kommit överens också om annat samarbete än enbart upphandlingarna. Detta andra samarbete kan gälla t.ex. produktutveckling, informationsutbyte i användarkretsen, utbildningssamarbete eller gemensamma logistiska arrangemang runt försvarsmateriel. I samarbetet ska dessutom ha överenskommit t.ex. om parternas insatser, fördelning av riskerna, administration och beslutsfattande. Det är möjligt att ansluta sig till samarbetet antingen under forsknings- och utvecklingsfasen gällande en ny produkt eller efter detta. En förutsättning är dock alltid att man med de tidigare parterna i samprojektet har kommit överens om en ny parts deltagande och hans eller hennes rättigheter och skyldigheter.

Undantaget täcker också upphandlingar i anslutning till senare faser av livscykeln för en färdig produkt som har utvecklats gemensamt. Då är en förutsättning att upphandlingarna grundar sig på det avtal eller arrangemang som refereras ovan och att de också genomförs tillsammans med alla eller några parter i avtalet eller arrangemanget.

Syftet med bestämmelsen är att främja genomförandet av gemensamma europeiska forsknings- och utvecklingsprojekt och härigenom utveckla ny europeisk försvarsmateriel.

Punkt 5 i paragrafens 1 moment gäller situationer där en medlemsstats vapenmakt eller säkerhetsstyrkor genomför operationer utanför Europeiska ekonomiska samarbetsområdets gränser, och de funktionella krav som

anknyter till operationen förutsätter att den upphandlande enheten ges möjlighet att ingå upphandlingskontrakt med lokala ekonomiska aktörer utan att tillämpa bestämmelserna i denna lag. Undantaget i fråga begränsar sig inte bara till försvars- och säkerhetsupphandling. Det täcker också sådan upphandling av civila produkter och tjänster som har direkt samband med genomförandet av dessa operationer. Till exempel upphandling som anknyter till transport av material eller trupper, ordnandet av hälsovårdstjänster eller av mat- och vattenförsörjningen hör inte till tillämpningsområdet för denna lag. En förutsättning för tillämpningen av undantaget är dock att upphandlingarna ska göras och görs med ekonomiska aktörer i det område där operationen genomförs. Definitionen på operationsområdet omfattar inte bara territoriet i den stat där operationen genomförs, utan också de stater och områden som står i geografisk närhet till denna stat.

I 2 mom. 1 punkten i paragrafen ställs de upphandlande enheternas upphandlingar enligt försörjningslagen utanför tillämpningsområdet för denna lag när värdet på upphandlingen inte överstiger EU-tröskelvärdet enligt 12 §. Regleringen motsvarar regleringen i försörjningslagen, där också de upphandlingar som inte når upp till EU-tröskelvärdet har ställts utanför lagens tillämpningsområde.

Det föreslås att i 2 mom. 2 punkten ska det föreskrivas att lagen inte ska tillämpas på upphandling som görs i anknytning till verksamheter som enligt 11 § i försörjningslagen har föreskrivits vara direkt öppna för konkurrens. Ett sådant beslut om uteslutning av Europeiska kommissionen har bl.a. gjorts i fråga om produktion och försäljning av el i Finland (kommissionens beslut 2006/422/EG) samt om vissa tjänster inom postsektorn som ska bjudas ut i Finland, exklusive Åland (kommissionens beslut 2006/564/EG). Eftersom upphandlingar som anknyter till dessa verksamheter har ställts utanför tillämpningsområdet för försörjningslagen, är det motiverat att föreskriva om samma undantag också i försvars- och säkerhetsupphandlingslagen.

I 3 mom. i paragrafen ska det föreskrivas att ett forsknings- och utvecklingsprojekt

enligt 1 mom. 4 punkten ska anmälas till Europeiska unionens kommission, om endast stater som är medlemmar i Europeiska unionen deltar i projektet. Anmälan ska göras när forsknings- och utvecklingsprojektet inleds, dvs. när dess parter sluter sitt första avtal eller arrangemang om projektet. I punkten ska det också föreskrivas om de uppgifter som ska ingå i den anmälan som ska göras till Europeiska unionens kommission.

8 §. Särskilda undantag från lagens tillämpningsområde. I paragrafen föreskrivs om avgränsningar i lagens tillämpningsområde vid viss upphandling. Paragrafen grundar sig på artikel 13 i försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet. De undantag som det föreslås att det ska föreskrivas om i paragrafen blir tillämpliga, när den upphandling det är frågan om i sig hör till tillämpningsområdet för den föreslagna lagen, dvs. det är fråga om en sådan försvars- eller säkerhetsupphandling som avses i 5 § i den föreslagna lagen. Avgränsningarna av tillämpningsområdet gäller dock inte upphandlingsrättelsen om vilken föreskrivs i 85 § och inte heller besvärsförbudet om vilket föreskrivs i 104 § 2 mom.

Enligt 1 mom. i paragrafen ska försvars- och säkerhetsupphandlingar som sammanhänger med underrättelseverksamhet inte höra till tillämpningsområdet för lagen. Dessa upphandlingar är till sin karaktär sådana att hela deras existens ofta bör hemlighållas för att statens väsentliga säkerhetsintressen inte ska äventyras. Det kan bli fråga om upphandlingar som den militär- eller civilmyndighet som svarar för underrättelseverksamheten gör och som hänför sig till underrättelse eller kontraunderrättelse. En förutsättning för undantaget är dock att upphandlingen – direkt eller indirekt – hänför sig till egentlig underrättelseverksamhet. Undantaget täcker därmed inte automatiskt alla upphandlingar som underrättelsetjänsten gör. Till exempel upphandling av civila produkter som den militär- eller civilmyndighet som ansvarar för underrättelseverksamheten gör, såsom sedvanliga kontorsförnödenheter eller sådan datateknisk utrustning som inte innehåller särskilda egenskaper som hänför sig till skyddandet av information, ska inte kunna ställas utanför tillämpningsområdet för upphand-

lingslagen på denna grund. När det bedöms om undantaget är tillämpligt eller inte bör uppmärksamhet framför allt ägnas åt det, om det är möjligt att öppet annonsera om upphandlingen utan att underrättelseverksamhetens förutsättningar äventyras.

En förutsättning för att undantaget enligt 1 mom. ska kunna tillämpas är dock inte att upphandlingen görs av en part som uttryckligen ska anses som en underrättelsetjänst, utan det att föremålet för upphandlingen är avsett för underrättelseverksamheten. Föremålet för upphandlingen kan t.ex. anknyta till underrättelseverksamhet som genomförs för att skydda gränserna eller bekämpa terrorism eller organiserad brottslighet. Föremålet för upphandlingen kan också anknyta till militär underrättelse. Föremål för upphandlingen kan vara t.ex. avlyssningssystem, krypteringssystem, ett elektroniskt system som är avsett för insamling av information av känslig karaktär eller vilket som helst system som är avsett för insamling och analysering av information, och vars existens eller egenskaper som anknyter till dess funktion och användning innehåller eller producerar säkerhetsklassificerad information. Föremålet för upphandlingen kan också anknyta till täckoperationer, vilka genomförs av polisen och övriga säkerhetsmyndigheter. Då kan det vara frågan om upphandling av en vara eller tjänst som i sig är i sedvanligt och allmänt bruk, vars syfte dock förutsätter att om upphandlingen inte informeras i offentligheten.

Enligt 2 mom. 1 punkten i paragrafen ska tjänsteupphandlingskontrakt som gäller förvärv eller hyra, oavsett finansieringsform, av mark, befintliga byggnader eller annan fast egendom stå utanför tillämpningsområdet. Med sådana kontrakt sammanhänger särdrag, vilket gör att det är oändamålsenligt att konkurrensutsätta dem i enlighet med kraven på förfaringssätt enligt denna lag. Undantaget täcker dock inte byggtreprenadskontrakt, vilkas föremål är genomförande på vilket sätt som helst av en byggtreprenad som motsvarar den upphandlande enhetens krav. Lagen tillämpas också på anskaffning av finansiella tjänster som anknyter till upphandling eller hyrning av fast egendom.

Enligt 2 mom. 2 punkten ska lagen inte gälla kontrakt om skiljemanna- och förlik-

ningstjänster, eftersom förfaringssätten enligt denna lag inte på ett ändamålsenligt sätt lämpar sig för konkurrensutsättning av sådana kontrakt.

Enligt 2 mom. 3 punkten ska inte heller tjänster med anknytning till emittering, köp, försäljning och överföring av värdepapper och finansiella instrument omfattas av tillämpningsområdet för lagen. I synnerhet upphandlingen av pengar eller kapital står utanför lagens tillämpningsområde, vilket gör att en offentlig sammanslutnings uppläning inte omfattas av lagens konkurrensutsättningsskyldigheter. Lagens tillämpningsområde ska inte heller omfatta upphandling som gäller centralbankstjänster. I enlighet med artikel 13.1 h i försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet ska försäkringstjänster höra till lagens tillämpningsområde. I detta skiljer sig lagen från upphandlingslagen.

Enligt 2 mom. 4 punkten ska lagen inte tillämpas på anställningskontrakt. Förfaringssätten i upphandlingslagstiftningen lämpar sig inte för anställning av en arbetstagare. En uttrycklig uteslutning är dock nödvändig, eftersom anställningskontrakt kan uppfylla den definition på ett upphandlingskontrakt som står i 3 § 1 mom. 1 punkten. Utgångspunkten vid bedömning av om kännetecknen på ett arbetsförhållande uppfylls ska vara arbetslagstiftningen.

Enligt 2 mom. 5 punkten ska också forsknings- och utvecklingstjänster stå utanför tillämpningsområdet för lagen, utom ifall den nytta som fås av dem enbart kommer den upphandlande enheten till del i dess egen verksamhet och den upphandlande enheten helt betalar den utförda tjänsten. Med bestämmelsen eftersträvas att utvecklandet av forskning och teknologi inom Europeiska unionen ska främjas i enlighet med artikel 179 i EUF-fördraget. Med forskning och utveckling ska avses det som definieras i 3 § 1 mom. 16 punkten i denna lag.

Utanför lagens tillämpningsområde står därmed t.ex. forskningsprogram som finansieras av offentliga vetenskapliga samfund, t.ex. högskolor och forskningsanstalter, och privata instanser gemensamt. Också upphandlande enheters forskningssamarbete med privata parter ska omfattas av undantaget, om finansier för forskningen också är någon an-

nan instans än den upphandlande enheten och nyttan av forskningen inte kommer enbart den upphandlande enheten till del. En sådan situation är det frågan om t.ex. när ett privat företag som genomför forskning delvis finansierar forskningen och samtidigt själv får rättigheten till forskningsresultaten.

När det gäller att identifiera sådana forskningsprojekt som avses i paragrafen är det även viktigt att forskningen är öppen och kan nyttiggöras i så stor utsträckning som möjligt. Försvars- och säkerhetsupphandlingslagen ska främst vara tillämplig endast på forsknings- och utvecklingsarbete som helt betalas av den upphandlande enheten och enbart står till denna enhets förfogande. Sådan forskning är bl.a. klart befintliga tjänster, såsom laboratorie-, mätning- och provningstjänster samt sedvanliga konsulteringstjänster med anknytning till forskning och utveckling, vilka kan upphandlas från flera olika leverantörer. I dessa definierar beställaren innehållet i den tjänst som ska upphandlas och svarar för kostnaderna i sin helhet. Utanför tillämpningen av lagen står bl.a. forskning av samarbetskaraktär, där båda parterna är med och definierar forskningens innehåll och finansierar forskningen, delar på risken vad gäller om forskningen lyckas eller inte och får resultaten av forskningen till sitt förfogande.

9 §. Upphandling hos enheter anknutna till den upphandlande enheten. I paragrafen föreslås att försvars- och säkerhetsupphandlingslagen inte ska tillämpas på upphandling som den upphandlande enheten företar hos en enhet som är anknuten till den, om den upphandlande enheten ensam eller tillsammans med andra upphandlande enheter övervakar den anknutna enhetens egna verksamhetsställen och om den anknutna enheten huvudsakligen bedriver sin verksamhet med de upphandlande enheter under vars bestämmande inflytande den verkar. Bestämmelsen baserar sig på EG-domstolens rättspraxis i fråga om upphandling hos anknutna enheter.

De ekonomiska aktörerna och de upphandlande enheterna är parter i de kontrakt som i enlighet med 3 § 1 mom. 1 punkten i den föreslagna lagen omfattas av konkurrensutsättningsskyldigheten. Försvars- och säkerhetsupphandlingslagen omfattar alltså inte upp-

handling som den upphandlande enheten genomför som eget arbete, dvs. genom att utnyttja den egna organisationen. Kännetecknande för upphandling som eget arbete är den upphandlande enhetens befogenheter att påverka verksamheten hos den som fullgör upphandlingen, eftersom denna saknar självständighet samt de drag i anslutning till uppdraget som innebär att det avviker från upphandlingskontrakt som ingåtts mellan separata juridiska personer.

I unionsrätten har kontrakt mellan den upphandlande enheten och en till den anknuten enhet inte ansetts vara upphandlingskontrakt. Anknytningens innehåll har behandlats i EG-domstolens dom i mål C-107/98, Teckal (REG 1999, s. I-8121). Enligt domen är gemenskapens direktiv om offentlig upphandling tillämpligt när en regional eller lokal myndighet avser att sluta ett skriftligt kontrakt med ekonomiska villkor om leverans av produkter med en i formellt hänseende fristående enhet vilken kan fatta egna beslut oberoende av denna myndighet, oberoende av om denna enhet själv är en upphandlande myndighet. Endast i det fallet att myndigheten, samtidigt, utövar en kontroll över den ifrågakvarande juridiska personen motsvarande den som den utövar över sin egen förvaltning, och denna juridiska person bedriver huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de myndigheter som innehar den, skulle något annat kunna gälla.

Vid bedömningen av anknytningen mellan en upphandlande enhet och en anknuten enhet måste, i enlighet med Teckaldomen, avgörande betydelse ges åt huruvida enheterna är juridiskt fristående och självständiga i fråga om beslutsfattandet. Om upphandlingen görs hos en formellt fristående enhet ska anknytningen bedömas utgående från omfattningen på den upphandlande enhetens kontrollbehörighet eller behörighet att fatta beslut och hur den anknutna enhetens verksamhet är riktad. Huruvida villkoren uppfylls ska bedömas från fall till fall.

Vid tolkningen av om villkoren för formellt fristående och självständighet med tanke på beslutsfattandet föreligger kan man t.ex. beakta om kännetecknen för en juridisk person uppfylls. Uppdrag mellan enheter som hör till samma juridiska person betraktas inte

som kontrakt mellan två formellt fristående och med tanke på beslutsfattande självständiga juridiska personer. Dyliga uppdragsförhållanden är alltså inte sådana kontraktsförhållanden som avses i den föreslagna lagen och omfattas alltså inte av lagens tillämpningsområde. Om en upphandlande enhet dock beslutar att ordna ett anbudsförfarande i en situation där den kunde företa upphandlingen som eget arbete utan anbudsförfarande, ska en enhet som hör till den egna organisationen i enlighet med 2 § 3 mom. behandlas på samma sätt i anbudsförandet som andra anbudssökande och anbudsgivare.

Det villkor som gäller kontrollbehörighet har i rättspraxis ansetts bli uppfyllt då den anknutna enheten uteslutande ägs av den upphandlande enheten och den upphandlande enheten därmed utövar obegränsat bestämmande inflytande över den. För att det villkor som gäller kontrollbehörighet ska bli uppfyllt krävs enligt Europeiska kommissionen faktisk och absolut kontrollbehörighet och behörighet att fatta beslut när det gäller den anknutna enhetens verksamhet. I gemenskapens rättspraxis har det inte prövats hur det villkor som gäller kontrollbehörigheten uppfylls i verksamhet med varierande juridisk form.

I EG-domstolens dom i mål C-26/03, Stadt Halle (REG 2005, s. I-00001) behandlas frågan om vilken betydelse privat ägande har. Enligt domen ska ett privat företags delägarskap – t.o.m. minoritetsägande – i ett bolag som även ägs av den upphandlande enheten utesluta att denna upphandlande enhet kan utöva en kontroll över bolaget som motsvarar den som den utövar över sin egen verksamhet. Enligt domen styrs sambandet mellan en upphandlande enhet och dess egna verksamhetsställen av faktorer och krav som är specifika för ett sammanhang där mål i det allmänna intresse eftersträvas. Däremot styrs privata investeringar i företag av överväganden som är specifika för privata intressen och med detta eftersträvas andra slags mål. Enligt domen innebär alltså ett privat företags delägarskap att den upphandlande enheten inte kan utöva motsvarande kontroll över enheten som över sina egna verksamhetsställen på det sätt som avses i paragrafen.

Utöver det som nämns ovan har marknadsdomstolen ansett i sitt beslut som gäller upp-

handlingslagen (MD 120/09) att en 3,7-procents ägarandel i ett privat företag innebär att ett aktieföretag inte kunde anses som en sådan anknuten enhet som avses i upphandlingslagen.

Den verksamhet som den anknutna enheten bedriver ska i huvudsak vara riktad mot de upphandlande enheter i vars ägo den anknutna enheten är. I rättspraxis har man ansett att detta villkor innebär att den eller de upphandlande enheter som äger den anknutna enheten har i det närmaste ensamrätt till den anknutna enhetens tjänster, entreprenader eller varuproduktion. Det har ändå ansetts vara möjligt att rikta verksamheten mot sådana enheter som äger en enhet som är den anknutna enhetens ägare.

EG-domstolen har med tillämpning av upphandlingsdirektivet i sin dom i mål C-295/05, *Asociación Nacional de Empresas Forestales* (REG 2007, s. I-02999) ansett att huvuddelen av en anknuten enhets verksamhet genomfördes tillsammans med de offentliga sammanslutningar och offentliga organ som ägde den, när cirka 90 procent av den anknutna enhetens verksamhet inriktades på dess ägare. Således var det godtagbart att cirka 10 procent av den anknutna enhetens verksamhet inriktades på andra instanser än på dess ägare.

Marknadsdomstolen igen har ansett att ett aktieföretags verksamhet inte på det sätt som avses i 10 § i upphandlingslagen inriktades huvudsakligen på dess ägare, då över 20 procent av bolagets omsättning inriktades på andra än bolagets ägarparter (MD 256/10 och 257/10).

På ovan nämnda grunder är upphandlingar utan konkurrensutsättning inte möjliga hos sådana anknutna enheter vars verksamhet i betydande utsträckning är riktad mot andra upphandlande enheter eller den privata marknaden.

Enheter som är formellt fristående och självständiga med tanke på beslutsfattandet och mellan vilka det inte råder någon sådan anknytning som avses i paragrafen kan inte företa upphandling hos varandra utan konkurrensutsättning. Ett undantag är dock försvars- och säkerhetsupphandlingar mellan myndigheter i enlighet med 7 § 1 mom. 2 punkten i lagen, vilka inte omfattas av lagens

tillämpningsområde. Något motsvarande undantag ingår inte i upphandlingslagen.

Paragrafen har samma innehåll som 10 § i upphandlingslagen.

10 §. Upphandling hos inköpscentral. I paragrafen ska det föreskrivas om upphandlingar som görs hos en inköpscentral. Paragrafen grundar sig på artikel 10 i försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet samt i fråga om definitionen på inköpscentral på artikel 1.1.18 i direktivet.

En upphandlande enhet kan enligt 1 mom. utan konkurrensutsättning anskaffa varor, tjänster och byggtreprenader via en inköpscentral. Inköpscentralen ska dock iaktta procedurmässiga skyldigheter enligt denna lag och den ska också ansvara för att upphandlingen konkurrensutsätts på behörigt sätt.

Inköpscentralen har definierats i 2 mom. Definitionen av inköpscentral grundar sig på definitionen av inköpscentral i artikel 1.1.18 i direktivet om försvars- och säkerhetsupphandlingar. Definitionen skiljer sig från motsvarande i upphandlingslagen på så sätt att i denna lag inte förutsätts att en inköpscentral är grundad uttryckligen för detta ändamål eller att i centralens regler ska förutsättas att gemensam upphandling hör till dess verksamhetsområde.

Med inköpscentral ska avses en upphandlande enhet eller ett europeiskt offentligt organ. Bestämmelser om upphandlande enheter enligt denna lag ska ingå i 4 § i lagen. Med europeiskt offentligt organ avses en instans som är underställd offentlig kontroll och som har grundats i ett visst syfte och som till sin art inte är kommersiell eller industriell, utan betjänar det allmänna. Till exempel Europeiska försvarsbyrån är ett sådant europeiskt offentligt organ som avses i lagen.

Vidare förutsätts det att en inköpscentral ska anskaffa varor eller tjänster för upphandlande enheter eller ingå upphandlingskontrakt eller ramavtal som gäller varor, tjänster eller byggnadsentreprenader som är avsedda för dessa. En inköpscentral ska därmed kunna antingen på förhand skaffa varor eller tjänster eller göra upphandlingsvisa konkurrensutsättningar för de upphandlande enheternas räkning, där föremålet kan vara varor, tjänster samt byggtreprenader som hör till

tillämpningsområdet för denna lag. Upphandlingarna kan också genomföras med ramavtal.

En inköpscentral kan också vara en sådan anknuten enhet som avses i 9 § i den föreslagna lagen. Av en anknuten enhet är det möjligt att göra upphandlingar utan konkurrensutsättning, om den anknutna enheten bedriver största delen av sin verksamhet med de upphandlande enheter under vilkas bestämmande inflytande den står.

I Finland finns för närvarande Hansel Oy som är en statlig inköpscentral och som har inrättats genom lagen om ombildande av Statens upphandlingscentral till aktiebolag (1508/1994) samt KL-Kuntahankinnat Oy.

11 §. Reservering av upphandling för arbetscentraler. I bestämmelsen möjliggörs att upphandlingskontraktet kan tilldelas arbetscentraler eller motsvarande enheter eller att det kan fullgöras inom ramen för arbetsprogram som främjar sysselsättande av personer med funktionshinder. Paragrafen grundar sig på artikel 14 i försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet.

Syftet med bestämmelsen är att främja arbetscentralernas verksamhet och arbetsprogrammets mål att integrera personer med funktionshinder i samhället. Av upphandlingsannonsen ska framgå att upphandlingen har reserverats för arbetscentraler eller motsvarande enheter eller för fullgörande inom ramen för arbetsprogram.

Med arbetscentraler avses i den föreslagna lagen enheter där majoriteten av arbetstagarna är personer med funktionshinder som på grund av funktionshindrets art inte kan utöva yrkesverksamhet i normala förhållanden. Likaså ska föremålet för arbetsprogrammet vara en verksamhet som huvudsakligen avsås personer med funktionshinder. Sådan verksamhet som avses i paragrafen är t.ex. verksamhet i sysselsättningsyfte för handikappade enligt 27d § i socialvårdslagen (710/1982).

Paragrafen har samma innehåll som 14 § i upphandlingslagen.

3kap. **Tröskelvärden och tillämpningsbestämmelser som anknyter till upphandlingsformerna**

12 §. EU-tröskelvärden. I 1 mom. bestäms grunderna för fastställandet av de tröskelvärden som de skyldigheter som följer av upphandlingsdirektivet gäller samt värdet i euro av dessa tröskelvärden. Paragrafen grundar sig på artiklarna 8 och 68 i försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet.

Vid varu- och tjänsteupphandlingar är tröskelvärdet 387.000 euro och i byggtreprenader 4.845.000 euro. Dessa tröskelvärden har trätt i kraft genom en förordning som kommissionen meddelat den 30 november 2009 (EG) nr 1177/2009.

I 2 mom. konstateras att Europeiska kommissionen vartannat år fastställer värdena av de särskilda dragningsrätterna i euro på basis av de särskilda dragningsrätterna och den genomsnittliga växelkursen för euron under två år. I artikel 68 i försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet bestäms om grunderna för beräkning av tröskelvärdena och om de förfaranden som ska iaktas vid fastställandet av nya tröskelvärden.

I 2 mom. åläggs arbets- och näringsministeriet att utan dröjsmål offentliggöra de reviderade tröskelvärdena i officiella tidningen.

Vid bedömningen av om tröskelvärdet överstigs används det uppskattade totala värdet av upphandlingskontraktet, exklusive mervärdesskatt. Reglerna för beräkningen av kontraktets uppskattade värde föreslås bli intagna i lagens 16–18 §. Om det uppskattade totala värdet av en varuupphandling, tjänsteupphandling eller en byggtreprenad överstiger ett EU-tröskelvärde ska de bestämmelser som följer av försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet iaktas vid upphandlingen. Tillämpningen av lagens bestämmelser på olika upphandlingsformer på basis av upphandlingens värde föreslås bli närmare reglerad i 14 §.

13 §. Nationella tröskelvärden. I paragrafen ska det föreskrivas om den avgränsning som görs i lagens tillämpningsområde när det gäller upphandlingens värde. Det nationella tröskelvärdet för varu- och tjänsteupphandling föreslås bli 100 000 euro. Tröskelvärdet

för byggentreprenader föreslås bli 500 000 euro.

De upphandlingar som underskrider de nationella tröskelvärdena ska ställas utanför tillämpningsområdet för försvars- och säkerhetsupphandlingslagen. De upphandlande enheterna ska kunna genomföra upphandlingar som underskrider tillämpningsgränsen i paragrafen i enlighet med sina egna interna upphandlingsregler och upphandlingsanvisningar. På dessa upphandlingar ska emellertid de bestämmelser i försvars- och säkerhetsupphandlingslagens 85 § som gäller upphandlingsrättelse tillämpas och för dessa upphandlingar ska gälla besvärsförbudet enligt 104 § 2 mom. i lagen. Trots detta kan förpliktelser i annan lagstiftning bli tillämpliga vid genomförandet av offentlig upphandling. Likaså kan det regelverk och de anvisningar som gäller ekonomisk ändamålsenlighet i funktionerna samt behörighetsförhållanden bli tillämpliga. De upphandlande enheternas interna anvisningar är bl.a. upphandlingsregler och upphandlingsanvisningar, ekonomiska regelverk samt arbetsordningar.

14 §. Bestämmelser som ska tillämpas på varu- och tjänsteupphandling samt på byggentreprenader. I paragrafen föreslås bli föreskrivet om de bestämmelser som ska tillämpas på olika upphandlingsformer. En tydlig sammanfattande bestämmelse i anslutning till tillämpningen av lagen är nödvändig på grund av de många olika upphandlingsformerna och tröskelvärdena i anslutning till dem. Genom bestämmelsen försöker man förtydliga tillämpningen av de bestämmelser som föranleds av försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet och de nationella bestämmelserna i olika slags upphandling med varierande karaktär och ekonomiskt värde.

Enligt 1 mom. ska lagen tillämpas i sin helhet på varuupphandling som överstiger ett EU-tröskelvärde som avses i 12 §, på tjänsteupphandling enligt bilaga A och på byggentreprenader, med undantag för de bestämmelser i del III i den föreslagna lagen som hänför sig till konkurrensutsättningsförfarandena för upphandling som faller utanför försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet. Vid gemensam upphandling av primära tjänster enligt bilaga A och sekundära tjänster enligt bilaga B ska de tillämpliga bestämmelserna

fastställas enligt den typ av tjänster som har större värde. Om värdet av de primära tjänsterna vid upphandling som överstiger ett EU-tröskelvärde är större än värdet av de sekundära tjänsterna ska således de bestämmelser som gäller för upphandling av primära tjänster tillämpas på hela upphandlingen.

Det föreslås att i 2 mom. ska föreskrivas om de bestämmelser som ska tillämpas på upphandling som faller utanför tillämpningsområdet för försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet. Sådan upphandling som avses i momentet är upphandling av varor och byggentreprenader samt tjänsteupphandlingar enligt bilaga A, vilka underskrider EU-tröskelvärdet enligt 12 § men överskrider det nationella tröskelvärdet enligt 13 §. På nämnda upphandlingar ska tillämpas vad som föreskrivs i del I, III och IV i lagen.

De tjänster som räknas upp i bilaga B till den föreslagna lagen, dvs. de s.k. sekundära tjänsterna, ingår endast delvis i tillämpningsområdet för den reglering som följer av försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet. Därför ska vad som föreskrivs i del I, III och IV i lagen tillämpas på dem. I artikel 16 i försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet åläggs de upphandlande enheterna dessutom att i upphandlingar enligt bilaga B, vilka överskrider EU-tröskelvärdet, tillämpa bestämmelserna i direktivets artikel 18 och 30.3. Till följd av detta föreslås det i 3 mom. att i dessa upphandlingar ska tillämpas vad som föreskrivs om annons i efterhand och anmälan om direktupphandling i 28 § samt om tekniska specifikationer och om tekniska specifikationer som gäller miljöegenskaper i 37 och 38 § och om anbudsgivarens bevis i 44 §.

Paragrafen motsvarar huvudsakligen 21 § i upphandlingslagen.

15 §. Bestämmelser som ska tillämpas på vissa andra upphandlingar. Det föreslås att i paragrafen ska föreskrivas om de bestämmelser som ska tillämpas på vissa upphandlingar som står utanför tillämpningsområdet för försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet. Paragrafen grundar sig huvudsakligen på artikel 2 och 3 i försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet.

Enligt paragrafens 1 mom. ska på upphandlingar i fråga om vilka förutsättningarna i ar-

tikel 346.1 b i grundfördraget uppfylls och vilkas värde överstiger det nationella tröskelvärde som föreskrivs i 13 § inte tillämpas del II i lagen. På sådan upphandling ska därmed i sin helhet tillämpas vad som föreskrivs i del I, III och IV. Bestämmelsen grundar sig på artikel 2 i försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet, enligt vilken direktivets tillämpningsområde inte omfattar upphandling där en medlemsstat till följd av statens viktiga säkerhetsintressen åberopar artikel 346 i EUF-fördraget.

I paragrafens 2 mom. ska det föreskrivas om en situation där endast en del av en försvarsupphandling uppfyller förutsättningarna i artikel 346.1 b i EUF-fördraget och upphandlingen till övriga delar hör till försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivets tillämpningsområde. I en sådan situation ska del II i denna lag inte tillämpas på upphandlingen. En förutsättning är dock att det är möjligt att genomföra upphandlingen med endast ett kontrakt. En dylik situation kan komma i fråga t.ex. då det i en upphandling är fråga om en helhet, där det av kostnads- skäl, säkerhetsskäl, skäl som sammanhänger med myndighetens verksamhet är motiverat att dela upp upphandlingen eller där uppdelningen annars försvårar ett ändamålsenligt genomförande av upphandlingen..

I praktiken kan det vara fråga om t.ex. en systemupphandling, i vilken ingår olika delhelheter. Då uppfyller hela upphandlingen förutsättningarna för definitionen på försvarsupphandling enligt 5 § i denna lag och en eller flera vissa delhelheter också förutsättningarna i artikel 346.1 b i EUF-fördraget, dvs. delhelheten är så kritisk med tanke på statens säkerhet att vid upphandlingen av den bör ändra än bestämmelserna i försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet följas till följd av statens viktiga säkerhetsintressen.

På samma sätt som i fråga om 6 § i denna lag ska det vid valet av tillämpliga bestämmelser beaktas den förutsättning som nämns i artikel 3 i försvars- och säkerhetsdirektivet om att slutandet av ett enda kontrakt ska vara motiverat av objektiva skäl. Avgörande är inte det huruvida det över huvud taget är möjligt att dela upp en upphandlingshelhet på två eller flera separata upphandlingar, utan

det huruvida en sådan lösning är ändamålsenlig vid genomförandet av upphandlingen.

4kap. **Beräkning av det uppskattade värdet på en upphandling**

16 §. *Beräkning av det uppskattade värdet på en upphandling.* Paragrafen gäller de allmänna principer som ska iaktas vid beräkningen av det uppskattade värdet av en upphandling. Paragrafen grundar sig på artikel 9.1–9.5 i försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet. Beräkningen av det uppskattade värdet av ett upphandlingskontrakt är en kalkylering som syftar till att klarlägga vilka bestämmelser som är tillämpliga på upphandlingen på basis av dess värde.

Enligt 1 mom. ska som grund för beräkning av det uppskattade värdet av ett kontrakt i regel tas den största totala ersättning som ska betalas, exklusive mervärdesskatt. I den totala ersättningen ingår options- och förlängningsklausuler. Om anbudsförfarandet ordnas som gemensam upphandling mellan flera upphandlande enheter, ska vid beräkningen av det uppskattade värdet av kontraktet beaktas värdet av kontraktshelheterna för varje upphandlande enhet som deltar i upphandlingsförfarandet (t.ex. HFD 27.11.2002 ligga-re 3101 gällande upphandlingslagen).

Enligt 2 mom. ska vid beräkningen av det uppskattade värdet av en byggentreprenad hänsyn tas till såväl värdet av byggarbetet som det uppskattade värdet av den varuupphandling som behövs för byggentreprenaden när den upphandlande enheten tillhandahåller entreprenören varorna.

Enligt 3 mom. ska, om en upphandling genomförs i form av delkontrakt, det uppskattade totala värdet av samtliga motsvarande delkontrakt beaktas när det uppskattade värdet av upphandlingen beräknas. Om det sammanlagda värdet överstiger ett EU-tröskelvärde eller ett nationellt tröskelvärde ska vid upphandlingen av varje del iaktas de bestämmelser som gäller upphandling som överstiger tröskelvärdet i fråga. Bestämmelsen grundar sig i fråga om byggentreprenader och tjänsteupphandling på artikel 9.5 a i försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet. I artikeln sägs att ”om en planerad byggentre-

prenad eller ett planerat köp av tjänster kan innebära att flera kontrakt tilldelas samtidigt i form av delkontrakt ska det uppskattade värdet av samtliga delkontrakt beaktas”. När det gäller varuupphandling ska enligt artikel 9.5 b det uppskattade totala värdet av likartade varor beaktas vid beräkningen av det uppskattade värdet.

Bestämmelsen gör det möjligt att genomföra upphandlingen i form av delkontrakt, men den förutsätter att konkurrensutsättningen av delarna görs på det sätt som det sammanlagda värdet av delarna förutsätter. Genomförandet av upphandlingen i form av delkontrakt kan vara ändamålsenligt t.ex. om de företag i branschen som finns på marknaden har ringa storlek eller i situationer där genomförandet av upphandlingen i form av ett enda kontrakt kan vara riskabelt för den upphandlande enheten. Om upphandlingen genomförs i form av ramavtal är det å andra sidan i allmänhet möjligt att minska nämnda problem.

Enligt paragrafens 4 mom. ska, till skillnad från skyldigheten i 3 mom. att konkurrensutsetta delkontrakt, vid upphandlingen i fråga om sådana delkontrakt i anslutning till varu- och tjänsteupphandling som understiger 80 000 euro samt i fråga om sådana delkontrakt i anslutning till byggentreprenader som understiger 1 miljon euro, bestämmelserna i lagen inte följas. Ett villkor för detta är att det sammanlagda värdet av dessa delkontrakt inte överstiger 20 procent av det sammanlagda värdet av samtliga delkontrakt som ingår i upphandlingen. Ett undantag utgör dock sådana byggentreprenader vars uppskattade värde överskrider det i 13 § föreskrivna nationella tröskelvärdet. I fråga om dessa upphandlingar ska bestämmelserna i del I, III och IV i lagen som gäller upphandlingar som överskrider det nationella tröskelvärdet följas.

Enligt 5 mom. ska det uppskattade värdet beräknas utifrån det värde som gäller då upphandlingsannonsen skickas ut eller vid en annan tidpunkt när upphandlingsförfarandet inleds. Då behöver upphandlingsförfarandet på grund av överraskande förändringar i priserna på t.ex. nyttigheter inte senare avbrytas eller ändras så att det svarar mot förändringarna i det uppskattade värdet eller t.ex. för-

ändringen i ett av kommissionen fastställt EU-tröskelvärde. Betydelsen av eventuella förändringar i priserna som är kända ska dock beaktas vid beräkningen av det uppskattade värdet av kontraktet.

Paragrafen motsvarar huvudsakligen 17 § i upphandlingslagen. Försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet beaktar dock inte separat den andel av en upphandling som arbetskraftsmyndigheterna finansierar när det uppskattade värdet av en gemensam upphandling beräknas.

17 §. Beräkning av det uppskattade värdet på viss tjänsteupphandling. Paragrafen gäller de avgifter och ersättningar som ska beaktas vid beräkningen av det uppskattade värdet av försäkringstjänster och planeringstjänster. Bestämmelsen grundar sig på artikel 9.8 a i försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet.

18 §. Beräkning av det uppskattade värdet för en kontraktperiod. Det föreslås att det i paragrafen tas in bestämmelser om hur det uppskattade värdet ska beräknas för långfristiga upphandlingskontrakt. Bestämmelsen grundar sig på artikel 9.6–9.9 i försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet. Bestämmelsen gäller speciellt sådana typer av kontrakt i fråga om vilka avgifterna betalas i flera poster, t.ex. en gång per månad.

Beräkningen av det uppskattade värdet av tidsbundna kontrakt ska grunda sig på kontraktets totala värde under giltighetstiden, inklusive restvärdet. Det uppskattade värdet av upphandlingskontrakt som gäller tills vidare eller för obestämd tid ska beräknas utifrån månadsvärdet av kontraktet multiplicerat med 48, varvid de ersättningar som ska betalas under fyra års tid blir beaktade. Det totala värdet av kontrakt som regelbundet förnyas beräknas utifrån värdet av motsvarande upphandling under föregående år eller under räkenskapsperioden med beaktande av de förväntade förändringarna under den kommande kontraktperioden.

Enligt 4 mom. beräknas det uppskattade värdet av ramavtal utifrån maximivärdet av den upphandling som planerats för ramavtalens löptid.

Paragrafen har samma innehåll som 19 § i upphandlingslagen.

19 §. Förbud mot att dela upp upphandling eller kombinera upphandlingar på ett artificiellt sätt. I paragrafen föreslås bestämmelser om ett uttryckligt förbud mot att dela upp upphandlingen, att beräkna det uppskattade värdet med exceptionella metoder och att kombinera upphandlingar med olika tröskelvärden i syfte att undgå tillämpning av lagen. Paragrafen grundar sig på artikel 9.3 och 9.7 i försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet. Bestämmelsen gäller alla upphandlingar som omfattas av lagens tillämpningsområde. En uppdelning av upphandlingen ska grunda sig på faktiska ekonomiska eller tekniska omständigheter som de upphandlande enheterna vid behov ska kunna påvisa. Bedömningen ska grunda sig på en naturlig sammanställning av den övergripande upphandlingen. Upphandlingar som naturligt är av samma typ och som konkurrensutsätts samtidigt ska anses ingå i samma upphandlingshelhet. Uppmärksamhet kan fästas vid de perioder under vilka upphandlingsposter konkurrensutsätts som helheter inom ramen för systematisk upphandlingsverksamhet. Att dela upp en upphandling bestående av liknande varor och konkurrensutsätta den i poster i syfte att kringgå bestämmelserna i lagen strider alltså mot den föreslagna paragrafen.

Bestämmelsen hindrar dock inte en uppdelning av upphandlingen i poster i sådana situationer då upphandlingen av varje enskild post genomförs i enlighet med procedurkraven i den föreslagna lagen. Att dela upp en omfattande upphandling kan vara motiverat med tanke på att det medger fördelning av den ekonomiska eller tekniska risk som är förknippad med upphandlingen eller beaktande av konkurrensförhållandena. För att tillräckligt många anbudsgivare ska fås att delta i en anbudstävling ska det i synnerhet vid gemensam upphandling övervägas om delanbud kan göras möjliga. Då kan också små och medelstora företag delta i anbudstävlingar. Förfarandet strider inte mot det förbud mot uppdelning som avses i paragrafen, om det inte leder till att förpliktelserna i lagen kringgås. Om däremot inte de varor, tjänster eller byggarbeten av samma typ som ska beställas samtidigt eller inom en kort tid konkurrensutsätts, kan det vara fråga om ett förfarande som strider mot förbudet mot

uppdelning av upphandlingen. Återkommande upphandling kan genomföras t.ex. med hjälp av ramavtal.

Paragrafen har samma innehåll som 20 § i upphandlingslagen.

DEL II **Bestämmelser om varuupphandlingar, upphandlingar av primära tjänster enligt bilaga A och byggentreprenader vilka överstiger EU-tröskelvärdet.**

5kap. **Upphandlingsförfaranden**

20 §. Val av upphandlingsförfarande. I denna paragraf föreskrivs om de upphandlingsförfaranden som ska användas vid varuupphandling, upphandling av primära tjänster enligt bilaga A och byggentreprenader vilka överskrider det EU-tröskelvärde som avses i 12 § i den föreslagna lagen.

Med avvikelse från upphandlingslagen inbegriper upphandlingsförfarandena enligt försvars- och säkerhetsupphandlingslagen inte öppet förfarande. Skälet till detta är den komplexitet som är karaktäristisk för försvars- och säkerhetsupphandlingar samt särskilt de krav som anknyter t.ex. till försörjningstryggheten och informationssäkerheten. För att dessa behov ska kunna uppfyllas föresätts i princip att anbudssökandenas lämplighet bedöms innan en anbudsbegäran sänds ut och ofta också detaljerade förhandlingar mellan den upphandlande enheten och anbudsgivarna.

Dessutom skiljer sig bestämmelserna i försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet i fråga om förhandlat förfarande och konkurrenspräglad dialog från motsvarande förfaranden i upphandlingsdirektivet vad gäller förutsättningarna att använda dem. Enligt artikel 30.1 i upphandlingsdirektivet kan upphandlingsmyndigheterna när de ingår offentliga upphandlingskontrakt följa det förhandlade förfarandet endast i de undantagsfall som nämns i artikeln. Det är t.ex. möjligt att använda förhandlat förfarande när en upphandling till följd av dess art eller de risker som sammanhänger med den inte kan prissättas generellt på förhand. I upphandlingsdirektivet är förutsättningarna för att använda

konkurrenspräglad dialog inte lika stränga som för förhandlat förfarande. Enligt artikel 29.1 i direktivet kan de upphandlande enheterna i särskilt komplicerade kontrakt följa konkurrenspräglad dialog, om upphandlingsmyndigheterna anser att ett upphandlingskontrakt inte kan ingås med hjälp av öppet eller selektivt förfarande. Användningen av konkurrenspräglad dialog är därmed vidare och oftare tillåten i förfaranden enligt upphandlingslagen än användningen av egentligt förhandlat förfarande.

Enligt artikel 25 i försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet får de upphandlande enheterna välja fritt om de ingår upphandlingskontrakt genom tillämpning av ett selektivt eller förhandlat förfarande. I försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet har det därmed inte föreskrivits om några förutsättningar för när förhandlat förfarande får användas så som det föreskrivs om detta i upphandlingsdirektivet. I fråga om konkurrenspräglad dialog är förutsättningarna för användning däremot i det stora hela enhetliga i upphandlingsdirektivet och försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet, dvs. konkurrenspräglad dialog får inte heller vid försvars- och säkerhetsupphandlingar användas utan begränsningar. I praktiken avviker konkurrenspräglad dialog och förhandlat förfarande inte i betydande grad från varandra, med undantag för förutsättningarna för att de ska få användas, eftersom det i rättspraxis t.ex. i fråga om upphandlingar enligt försörjningslagen har ansetts att det förfaringsätt som har genomförts vid förhandlat förfarande innehållsmässigt kan vara detsamma som det som har föreskrivits i fråga om konkurrenspräglad dialog (MD 137/10).

Enligt 1 mom. ska selektivt förfarande och förhandlat förfarande vara de förfaranden som i första hand används vid alla upphandlingar. Upphandling kan genomföras med konkurrenspräglad dialog, ramavtal eller direktupphandling endast under de förutsättningar som anges i 22–27 §. Upphandlingsförfarandena definieras i 3 § i den föreslagna lagen.

I 2 mom. föreskrivs om möjligheten att begränsa antalet anbudssökande som inbjuds att delta i upphandlingsförfarandet vid selektivt förfarande, förhandlat förfarande och kon-

kurrenspräglad dialog. Den föreslagna bestämmelsen grundar sig på artikel 38 i försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet. Minimiantalet anbudssökande, i tillämpliga fall maximiantalet anbudssökande samt de kriterier som iakttas vid valet av anbudssökande ska för att garantera ett likvärdigt och öppet bemötande av anbudssökandena anges i upphandlingsannonsern. De upphandlande enheterna kan i anknytning till valet av anbudssökande uppställa minimikrav som anbudssökandena ska uppfylla för att kunna bli inbjudna att delta i anbudsörfarandet. De upphandlande enheterna ska även kunna uppställa ytterligare villkor som de kan ta i bruk om antalet anbudssökande som uppfyller minimikraven är tillräckligt stort. Om bedömningen av anbudssökandenas lämplighet bestäms närmare i lagens 8 kap.

Enligt 3 mom. ska det antal anbudssökande som inbjuds att delta i upphandlingsförfarandet med hänsyn till upphandlingens omfattning och art vara tillräckligt stort för att säkerställa verklig konkurrens under hela upphandlingsförfarandet. Den upphandlande enheten kan således beakta proportionalitetskraven då den fastställer minimi- och maximiantalet anbudssökande. Vid bedömningen kunde man till exempel beakta hur komplicerad upphandlingen är samt de kostnader och den arbetsmängd som genomförandet av anbudsörfarandet kräver.

Enligt 4 mom. ska vid selektivt förfarande, förhandlat förfarande och konkurrenspräglad dialog minst tre anbudssökande inbjudas att delta, förutsatt att det finns ett tillräckligt antal lämpliga anbudssökande. Om antalet anbudssökande som uppfyller minimikraven är lägre än det antal som i upphandlingsannonsern har angivits att kommer att inbjudas att delta, kan den upphandlande enheten trots det fortsätta förfarandet med de anbudssökande som uppfyller villkoren. I förfarandet får inte inbegripas anbudssökande som inte uppfyller de minimikrav som den upphandlande enheten har uppställt eller som inte har ansökt om att få delta.

I 5 mom. ska det föreskrivas om en möjlighet för den upphandlande enheten att publicera upphandlingsannonsern på nytt, om den anser att antalet lämpliga anbudssökande inte är tillräckligt för att garantera verklig kon-

kurrens. De anbudssökande som ska inbjudas till anbudsförfarandet ska väljas bland dem som anmält sig på basis av den ursprungliga och den nya upphandlingsannonsen. Den upphandlande enheten behåller fortsättningsvis möjligheten att avbryta ett upphandlingsförfarande i enlighet med 75 § i lagen.

Paragrafen motsvarar delvis 24 § i upphandlingslagen. I försvars- och säkerhetsupphandlingslagen ingår dock inte öppet förfarande som upphandlingsförfarande. Å andra sidan i de upphandlingar som omfattas av lagens tillämpningsområde kan förhandlat förfarande i samtliga fall användas som upphandlingsförfarande. I försvars- och säkerhetsupphandlingar är minimiantalet anbudsgivare i selektivt förfarande tre.

21 §. *Det förhandlade förfarandets gång.* Det föreslås att i denna paragraf föreskrivs om de innehållsmässiga kraven beträffande det förhandlade förfarandet. Bestämmelsen grundar sig på artikel 26 i försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet.

I enlighet med 1 mom. är syftet med förhandlingarna enligt 57 § i lagen att välja det bästa anbudet. Förhandlingarna kan gälla samtliga villkor gällande fullgörandet av upphandlingskontraktet. I paragrafen ingår inga bestämmelser som begränsar förhandlingarnas innehåll.

Den allmänna målsättningen för förfarandet är emellertid att anpassa anbudet till de krav som den upphandlande enheten ställt för att finna det bästa anbudet. Den upphandlande enhetens krav ska anges i upphandlingsannonsen eller anbudsförfrågan. Då är det möjligt att inleda ett förhandlat förfarande redan utgående från enbart upphandlingsannonsen, varvid förhandlingarna mellan den upphandlande enheten och anbudsgivarna ska föras utgående från de krav som meddelats i upphandlingsannonsen och det svar som anbudsgivarna har gett på detta (ansökan om att få delta). Slutresultatet av dessa förhandlingar är de anbud som anbudsgivarna ger på basis av förhandlingarna eller en separat anbudsförfrågan. Å andra sidan är det också möjligt att inleda förhandlat förfarande på basis av de anbud som anbudsgivarna har gett, varvid syftet med förhandlingarna är att anpassa anbudet till kraven enligt anbudsförfrågan och den upphandlande enheten.

Det föreslås att om minimiantalet anbudssökande som ska bjudas in till förhandlat förfarande ska föreskrivas i 20 § i lagen. Vid valet av anbudssökande kan som motivering användas t.ex. motiv som anknyter till det ekonomiska tillståndet och den tekniska samt yrkesmässiga kompetensen eller andra icke-diskriminerande och opartiska grunder.

Paragrafens 2 mom. motsvarar artikel 26.3 i försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet. I momentet föreskrivs uttryckligen om möjligheten att föra förhandlingar i successiva steg i de fall då om detta och om vilka kriterier som tillämpas informeras innan upphandlingsförfarandet inleds.

Vid minskningen av antalet lösningar som ska diskuteras eller antalet anbud under det förhandlade förfarandets gång kan användas på förhand fastställda och i förhandlingarna ytterligare preciserade urvalskriterier. Således bör kriterier som gäller anbudsgivarnas lämplighet inte längre användas vid minskningen av antalet anbud som det ska förhandlas om. Genom denna styrande bestämmelse försöker man säkerställa att det förhandlade förfarandet genomförs på ett objektivt och öppet sätt.

Särskilt vid försvars- och säkerhetsupphandlingar som till storlek och värde är betydande kan det vara skäl att upphandlingsförfarandet genomförs i successiva steg enligt 2 mom. Vid en upphandling där förfarandet genomförs i successiva steg bör de kostnader som anbudsgivarna föranleds till exempel av deltagandet i anbudsförfarandet beaktas, framför allt om det under förfarandets gång förutsätts utarbetande av planer eller utförande av andra arbeten som kräver en särskild arbetsinsats. Den upphandlande enheten kan även ersätta deltagarna för de kostnader utöver det normala som anbudsförfarandet orsakar genom att betala arvoden. Likaså, om anbudsförfarandet till följd av upphandlingens komplexitet och omfattning är mycket långvarigt, kan det vara motiverat att genomföra det förhandlade förfarandet i successiva steg. Då kan de mest olämpliga anbudet under det förhandlade förfarandets gång ställas utanför förfarandet och den anbudsgivare som gett dem samtidigt befrias från sitt bindande anbud.

Enligt 3 mom. bör den upphandlande enheten i den sista fasen av förhandlat förfarande sträva efter att upprätthålla en tillräcklig nivå på konkurrensen. Vid förhandlingarna bör ett tillräckligt stort antal anbudsgivare vara med för att man ska kunna försäkra sig om ett verkligt konkurrensläge. Förhandlingar kan dock föras endast med de anbudsgivare som uppfyller de krav som ställs i anbudsförfrågan eller upphandlingsannonsen. Denna förutsättning kan anses ha första prioritet, och det är den upphandlande enhetens skyldighet att i sista fasen av förhandlat förfarande ta med endast sådana anbudsgivare och anbud som uppfyller de krav som den upphandlande enheten har ställt.

I 4 mom. ska det i enlighet med artikel 26.2 i försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet föreskrivas om kravet på lika behandling vid förhandlingarna. För att anbudsgivarna ska behandlas likvärdigt och för utvärderingen av förfarandet i efterhand bör man då förhandlat förfarande används fästa uppmärksamhet vid utarbetandet av de handlingar som gäller förfarandet, såsom protokoll.

Paragrafen har i övrigt samma innehåll som 26 § i upphandlingslagen, men bestämmelsen i 3 mom. i paragrafen ingår i 24 § i upphandlingslagen.

22 §. Direktupphandling. I paragrafen ska det föreskrivas om förutsättningarna för direktupphandling enligt 3 § 1 mom. 11 punkten. Förslaget till bestämmelse grundar sig på artiklarna 28.1 och 28.2 i försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet. De villkor för direktupphandling som anges i 22 och 23 § i den föreslagna lagen är uttömmande. Eftersom direktupphandling utgör ett undantag från den allmänna konkurrensutsättningskyldigheten gäller det att göra en snäv tolkning av förutsättningarna för användning av den. Det är inte heller möjligt att i nationell lagstiftning föreskriva om en mera omfattande tillämpning av direktupphandling än i försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet.

Enligt 1 punkten är direktupphandling möjlig om inga anbud eller inga lämpliga anbud eller inga ansökningar inlämnats vid ett föregående selektivt förfarande, förhandlat förfarande eller en konkurrenspräglad dialog och de ursprungliga villkoren för anbudsförfrågan inte ändras vid upphandlingsförfarandet.

I situationer där inte ett enda anbud har lämnats in på basis av en upphandlingsannons kan direktupphandlingen inledas tillsammans med en leverantör som den upphandlande enheten utsett och som uppfyller kraven i anbudsförfrågan eller upphandlingsannonsen. Upphandlingsförfarandet är inte tillgängligt i situationer där innehållet i anbudsförfrågan eller krav som anknyter till anbudssökandenas eller anbudsgivarnas kvalifikationer ändras väsentligt. En övergång till direktupphandling är möjlig också när inga lämpliga anbud har kommit in vid det föregående selektiva förfarandet, förhandlat förfarandet eller den konkurrenspräglade dialogen. De situationer som kan komma i fråga skulle således närmast vara de där de anbud som inkommit överhuvudtaget inte motsvarar anbudsförfrågan. Det att anbudet inte motsvarar anbudsförfrågan ska i praktiken innebära att det med de produkter eller tjänster som erbjuds inte är möjligt att fylla det behov som den upphandlande enheten avsett eller syftet med upphandlingen. Dessutom förutsätts att de ursprungliga villkoren i anbudsförfrågan inte väsentligt ändras vid en direktupphandling.

Enligt artikel 28.1 a i försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet ska en rapport lämnas till Europeiska unionens kommission, om den begär det, om direktupphandling i de situationer som avses i paragrafens 1 mom. 1 punkt. Det föreslås att om de rapporter som ska ges till kommissionen ska i enlighet med 109 § föreskrivas genom förordning.

Enligt 2 punkten är direktupphandling möjlig, om inget av de erhållna anbudet till sitt innehåll motsvarar anbudsförfrågan eller om anbudet inte kan godkännas på grund av 39, 41—43, 46—56, 60 och 62 §. Dessutom är en förutsättning att i den direktupphandling som ska företas tas med alla de, och endast de, anbudsgivare, som i det föregående förfarandet har lämnat in ett anbud som uppfyller de formella kraven och uppfyller lämplighetskraven i 46—54 § i lagen och villkoren i anbudsförfrågan inte väsentligt ändras. Medan det i paragrafens 1 punkt ska föreskrivas om de situationer då de anbud som erhållits överhuvudtaget inte motsvarar anbudsförfrågan, ska det i 2 punkten föreskrivas om de situationer där det i sig går att uppfylla den

upphandlande enhetens behov med de alternativ som bjudits ut i anbudet, men där anbudet har varit väsentligt bristfälliga eller inte motsvarat anbudsfrågan. I praktiken är t.ex. ett anbud där det i sig har bjudits ut en produkt som stämmer överens med anbudsfrågan, men endast till hälften av den mängd som begärts, bristfälligt på det sätt som avses i 2 punkten. På motsvarande sätt är anbud där anbudsgivarna inte uppfyller de förutsättningar som ställts på en anbudsgivare bristfälliga på det sätt som avses i 2 punkten.

Enligt 3 punkten är direktupphandling möjlig, om endast en bestämd leverantör kan fullgöra upphandlingen av tekniska skäl eller med hänsyn till skydd av ensamrätt. Som teknisk omständighet skulle t.ex. kunna komma i fråga en exceptionell, ny teknisk lösning, eller särskilda krav som anknyter till kompatibiliteten eller säkerheten, vilka ska uppfyllas för att man ska kunna försäkra sig om försvarsmaktens eller andra säkerhetsmyndigheters samverkan med andra myndigheter både i fredstid och vid en eventuell krissituation. Kompatibilitetskravet kunde också gälla att det system som ska upphandlas måste vara kompatibelt med de system som redan är i användning. Till exempel upphandlingen av ett nytt signalsystem till försvarsmakten förutsätter som en utgångspunkt alltid att det är kompatibelt med försvarsmaktens andra signal- och ledningssystem som är i användning. Likaså förutsätter krishanteringsoperationer och beredskap inför en krissituation och eventuellt givande av bistånd att den finska försvarsmakten har sådana vapensystem och andra system samt annan försvarsmateriel i användning som är kompatibla med motsvarande system i Europeiska unionens övriga medlemsstater och Natos medlemsstater. Ett skäl som anknyter till skyddandet av ensamrätt kan också vara t.ex. det att vid upphandlingen ska användas särskild know-how, utrustning eller metoder som endast en leverantör har till sitt förfogande. I försvars- och säkerhetsupphandling kan detta vara fallet t.ex. när befintlig högteknologisk försvarsmateriel modifieras eller moderniseras eller när upphandlade system installeras eller integreras i system som redan är i bruk. Likaså när med föremålet för upp-

handlingen sammanhänger teknologi som har en skyddad källkod, kan ofta endast produktens ursprungliga leverantör genomföra t.ex. moderniseringen eller integreringen av det nya systemet som en del av denna produkt. Direktupphandling på grund av skydd av ensamrätt ska vara möjlig också t.ex. då publicerandet av en annons om upphandlingen skulle kunna avslöja en potentiell leverantörs affärshemlighet eller annan dylik information vars avslöjande skulle orsaka ekonomisk skada.

De situationer där bestämmelsen används bör vara motiverade och den upphandlade enheten bör kunna visa att det inte förekommer motsvarande vara eller tjänst, med vilken samma resultat kunde uppnås. Grund enligt bestämmelsen skulle därmed inte kunna vara exempelvis den upphandlande enhetens utan tvingande skäl förverkligade åtgärder eller avtal med vilket en särskild tjänsteleverantör försäkras ensamrätt att producera tjänsten eller situationer som förorsakas av otillräcklig planering av upphandlingarna, vilket kan komma i fråga bland annat då upphandlingsbehovet är bristfälligt kartlagt i förväg. De situationer där bestämmelsen används har bedömts i rättspraxis som gäller tillämpning av upphandlingsdirektivet. I den dom gällande de förenade målen C-20/01 och C-28/01 kommissionen mot Tyskland (REG 2003, s. I-3609) som EG-domstolen avgett bedömdes möjligheten att av tekniska skäl tillämpa förhandlat förfarande utan upphandlingsannons vid en upphandling som gällde behandling av avloppsvatten. Som ett sådant tekniskt skäl betraktades varken en viss teknik för behandling av avloppsvatten, närheten till avloppsverket eller det faktum att tjänsteleverantören etablerat sig nära den upphandlande enheten. Domstolen ansåg däremot att ett tekniskt skäl med anknytning till miljöskydd skulle kunna beaktas i fallet vid bedömningen av om det är möjligt att sluta upphandlingskontraktet med en bestämd tjänsteleverantör. De grundläggande principerna för gemenskapens regelverk och i synnerhet förbudet mot diskriminering ska dock också härvid iaktas vid förfarandet.

I inhemsk rättspraxis som gäller tillämpningen av upphandlingslagen har högsta förvaltningsdomstolen på motsvarande sätt an-

sett att det inte var godtagbart att genomföra en byggtreprenad som direktupphandling utan anbudsförfarande. I ett utlåtande av en professor i husbyggnadsteknik, som presenterades i målet, konstaterades det att eftersom endast de företag som varit med i en byggtreprenad i ett annat projekt hade erfarenhet av det reparations sätt det var frågan om hade han kunnat rekommendera endast ett sådant företag. I professorns utlåtande utslöts det dock inte uttryckligen att inte något annat företag också tekniskt hade kunnat klara av reparationsarbetet med det reparations sätt som det var fråga om. Dessutom konstaterades det i utlåtandet av teknologie doktorn att fasader av den typ det var frågan om också hade reparerats med andra tillvägagångs sätt än det reparations sätt som användes vid reparationsarbetet i det andra nämnda projektet. Högsta förvaltningsdomstolen ansåg att det i målet inte var fråga om en sådan situation att endast en viss leverantör hade kunnat genomföra upphandlingen av tekniska eller konstnärliga skäl eller skäl som sammanhänger med skyddandet av ensamrätt (HFD 12.7.2006 liggare 1781).

I 4 punkten ska det föreskrivas om en situation där det av ett skäl som beror på en kris inte är möjligt att följa normala tidsfrister i upphandlingsförfarandet. Med kris ska avses en händelse som definieras i 3 § 15 punkten i denna lag. Därmed ska utgående från 4 punkten som direktupphandling kunna genomföras t.ex. brådskande upphandlingar som anknyter till grundandet av en ny militär eller civil krishanteringsoperation. Grunden för direktupphandling är dock inte tidsmässigt bunden vid begynnelsen av en kris utan brådskande till följd av en kris kan i lika hög grad bli aktuell medan en kris pågår eller fördjupas. Till exempel en plötslig försämring av säkerhetsläget på ett område där en militär krishanteringsoperation pågår kan vara grund för att genomföra upphandling av tilläggsförnödenheter som krishanteringsoperationen behöver, såsom pansarfordon eller personliga skydd, som direktupphandling.

Enligt 5 punkten ska direktupphandling kunna göras, om det på grund av synnerlig brådskande till följd av omständigheter som den upphandlande enheten inte har kunnat förutse är omöjligt att iaktta de föreskrivna tidsfris-

terna och det är absolut nödvändigt att sluta kontraktet. Brådskan bör för det första bottna i orsaker som den upphandlande enheten inte har kunnat påverka, vilket innebär att en orsak som hänför sig till den upphandlande enheten enligt artikel 28.1 d i försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet inte kan utgöra ett skäl till direktupphandling. Brådskan ska dessutom uppkomma plötsligt och vara av sådan art att den upphandlande enheten rimligtvis inte har kunnat förutse den. Som sådan brådskande som avses i bestämmelsen kan således inte betraktas den omständigheten att den upphandlande enheten dröjt med att genomföra upphandlingen. En ytterligare förutsättning för genomförandet av direktupphandling är att det är absolut nödvändigt att genomföra upphandlingen. En upphandlande enhet som åberopar bestämmelsen måste kunna visa att förutsättningarna för tillämpning av grunden för avvikelse uppfylls.

I unionens regelverk har förutsättningarna för brådskande tolkats restriktivt. I EG-domstolens dom i mål C-24/91, kommissionen mot Spanien (REG, specialutgåvan 1992, s. I-1989) ansågs det inte vara berättigat att åberopa bestämmelsen när det var fråga om en upphandling som gällde en byggtreprenad i samband med tillbyggnaden av ett universitet som det blev bråttom med eftersom antalet studerande vid universitetet hade ökat och läsåret började. I domen i mål C-107/92 kommissionen mot Italien (REG, specialutgåvan 1993, s. I-4655) ansågs att det inte var fråga om brådskande vid en upphandling som gällde byggande av en barriär mot jordskred i ett område där hotet om jordskred var allmänt och av bestående slag.

Det kan bedömas vara fråga om i bestämmelsen avsedd brådskande när t.ex. ett plötsligt naturfenomen eller en olycka har vållat skador som behöver repareras eller när en anordning som är kritisk för någon funktion oförutsett går sönder.

Enligt 6 punkten ska direktupphandling vara möjlig när luft- och sjötrafiktjänster upphandlas för förflyttning av vapenmakt eller säkerhetsstyrkor utomlands. En förutsättning är att dessa tjänster endast kan skaffas hos sådana privata kommersiella leverantörer, vilkas anbud är i kraft endast en så kort

tid att de tidsfrister som ställs i lagen inte kan följas. Därmed blir det fråga om sådana fall där de som bjuder ut tjänsterna är verksamma på sådana sektorer till vilkas särdrag hör anbud som är i kraft endast en kort tid. Sådana är t.ex. vissa sjöfrakttjänster.

Enligt 7 punkten är direktupphandling möjlig när det är fråga om en vara som produceras för forsknings-, experiment- eller produktutvecklingsändamål eller i vetenskapligt syfte. En förutsättning är att det inte är fråga om massproduktion av varan i ekonomiskt syfte. Det kan alltså vara fråga om t.ex. utvecklingsprojekt där enstaka exemplar av en vara framställs endast för beställaren, t.ex. en prototyp, och serieproduktion med avseende på kommersiell avsättning inte inleds.

Enligt 8 punkten ska direktupphandling vara möjlig vid upphandling av sådana forsknings- och utvecklingstjänster som inte helt har uteslutits ur lagens tillämpningsområde på basis av dess 8 §. Med forskning och utveckling ska avses det som definieras i 3 § 16 punkten i denna lag, dock så att möjligheten till direktupphandling enligt 8 punkten ska begränsas till att gälla endast tjänster som anknyter till forskning och utveckling.

Grunden för direktupphandling i punkten är lämplig för sådana forsknings- och utvecklingstjänster av vilka nyttan helt och hållet kommer den upphandlande enheten till del för att användas i dess egen verksamhet och för vars finansiering den helt svarar. De risker och den nytta som anknyter till forsknings- och utvecklingstjänsten delas härvid inte, utan de tillkommer enbart den upphandlande enheten. Med den nytta som fås av en forsknings- och utvecklingstjänst avses framför allt immateriella rättigheter som anknyter till föremålet för upphandlingen, vilka den upphandlande enheten enbart bör kunna använda och utnyttja. Till exempel köp av sedvanliga forskningstjänster, såsom testningstjänster, ska kunna anses uppfylla förutsättningarna enligt 8 punkten.

Syftet med den grund för direktupphandling som ingår i 8 punkten är att möjliggöra större rörelsefrihet än vid civila upphandlingar i fråga om de tjänsteupphandlingar som hänför sig till forskning och utveckling. Främjandet av forskning och utveckling står i en avgörande ställning när den industriella

och teknologiska basen för Europeiska unionens försvar förstärks. Samtidigt får en grund för direktupphandling enligt 8 punkten inte förhindra en jämlik konkurrens i senare faser av produktens livscykel.

Enligt 9 punkten ska direktupphandling vara möjlig när upphandlingen gäller varor som noteras och upphandlas på en råvarumarknad. Det kan t.ex. vara fråga om upphandling av bränsle på en råvarumarknad.

Enligt 10 punkten ska direktupphandling vara möjlig då varor köps på särskilt gynnsamma villkor, antingen hos en varuleverantör som har för avsikt att lägga ner sin affärsverksamhet eller hos konkursförvaltare. Det kan vara fråga om t.ex. realisering av konkursbon eller försäljning av varor till ett särskilt fördelaktigt pris som är lägre än marknadspriserna till följd av att affärsverksamheten läggs ner.

Paragrafen motsvarar delvis 27 § i upphandlingslagen. I försvars- och säkerhetsupphandlingar är öppet förfarande dock inte ett upphandlingsförfarande, vilket gör att det i denna lag inte heller finns bestämmelser om användningen av direktupphandling efter ett öppet förfarande. I försvars- och säkerhetsupphandlingar är det under föreskrivna förutsättningar möjligt att använda direktupphandling också efter förhandlat förfarande och konkurrenspräglad dialog. I försvars- och säkerhetsupphandlingar är det inte möjligt att använda direktupphandling på konstnärliga grunder. I dessa upphandlingar är det inte heller möjligt att använda direktupphandling utgående från en projekttävling, eftersom i denna lag inte finns några bestämmelser om projekttävling. I försvars- och säkerhetsupphandlingar är direktupphandling möjlig också på de grunder som nämns i punkterna 4, 6 och 8 i paragrafen. Motsvarande bestämmelser ingår inte i upphandlingslagen.

23 §. Direktupphandling vid tilläggsbeställningar. Paragrafen innehåller bestämmelser om användning av direktupphandling vid tilläggsbeställningar hos den ursprungliga leverantören. Bestämmelsen baserar sig på artikel 28.3 och 28.4 i försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet.

Enligt 1 mom. är direktupphandling möjlig när varuupphandlingen hos den ursprungliga leverantören är en tilläggsbeställning och ett

byte av leverantör skulle medföra opropor­tionerligt stora tekniska svårigheter eller oförenlighet. Löptiden för ursprungliga lik­som också för återkommande kontrakt ska i regel kunna vara högst fem år. I fråga om längre kontrakt kan tilläggsbeställningar gö­ras som direktupphandling endast, om de le­vererade varornas, utrustningarnas eller sys­temens förväntade livscykel och de tekniska problem som orsakas av byte av leverantör i undantagsfall förutsätter ett längre kontrakt. Sådana exceptionella situationer kan vara t.ex. upphandlingar som sammanhänger med service, underhåll eller reservdelar för strids­flygplan eller örlogsfartyg med lång driftsål­der.

I princip ska behovet av eventuella tilläggsbeställningar beaktas vid planeringen och genomförandet av upphandlingen.

I EG-domstolens rättspraxis som gäller ci­vila upphandlingar har de grunder för direkt­upphandling som hänför sig till teknisk oför­enlighet tolkats snävt. I sin dom i mål C-385/02 kommissionen mot Italien (REG 2004) ansåg domstolen att det bör vara möj­ligt att i detalj ange svårighetsgraden och ärendets känslighet hos föremålet för upp­handlingen samt grunderna för teknisk oför­enlighet när det gäller slutandet av kontrakt med en enda leverantör.

Enligt 2 mom. kan direktupphandling även göras när det är fråga om en tilläggstjänst el­ler tilläggsentreprenad som anskaffas hos den ursprungliga kontraktsparten. Det förutsätts då att genomförandet av upphandlingen av skäl som inte kunnat förutses har visat sig nödvändigt för att tjänsten ska kunna utföras eller entreprenaden genomföras i enlighet med vad som ursprungligen fastställts eller att den av tekniska eller ekonomiska skäl inte kan avskiljas från huvudkontraktet utan stora olägenheter. Direktupphandling kan även an­vändas i situationer där upphandlingen kan avskiljas från genomförandet av det ur­sprungliga kontraktet men är absolut nöd­värdig för att slutföra det ursprungliga kon­traktet. De kompletterande entreprenadernas eller tjänsternas värde får inte överstiga hälften av det ursprungliga upphandlingskontrak­kets värde.

Enligt 3 mom. ska direktupphandling även kunna tillgripas då i det ursprungliga tjänste-

upphandlings- eller byggentreprenadkontrak­tet redan har konkurrensutsatts ett till sin varaktighet bestämt optionsvillkor som har beaktats i den ursprungliga anbudsförfrågan eller upphandlingsannonsen samt vid beräk­ningen av kontraktets värde. Till använd­ningen av optionen ansluter en tidsbegräns­ning på fem år. Om emellertid den förvänta­de livscykeln hos de levererade varorna, ut­rustningarna eller systemen och de tekniska problem det innebär att byta leverantör förut­setter detta, kan ovan nämnda giltighetstid vara längre än fem år.

Enligt EG-domstolens dom i mål C-385/02, kommissionen mot Italien (REG 2004) inleds tidsperioden för användning av en option vid den tidpunkt då det ursprungliga kontraktet ingås och inte vid den tidpunkt då det byggarbete som utgör föremål för kontraktet färdigställts. Bestämmelsen gör det möjligt att på ett flexibelt sätt göra tilläggsbeställ­ningar som grundar sig på optionerna. Optio­nerna bör dock tids- och innehållsmässigt fastställas på förhand för att trygga anbuds­givarnas likvärdighet. Bestämmelsen möjlig­gör således inte direktupphandling av all­männa tilläggsbeställningar vars innehåll inte har specificerats.

Paragrafen motsvarar huvudsakligen 28 § i upphandlingslagen. I varuupphandling kan giltighetstiden för kontrakt och återkomman­de kontrakt vara högst fem år. I byggentre­prenad och tjänsteupphandlingar är det möj­ligt att använda optioner under fem år från den tidpunkt då det första kontraktet ingicks. I denna lag finns inga bestämmelser om byggkoncessioner, och av denna anledning inte heller möjlighet till tilläggsupphandling i anknytning till dessa.

24 §. Konkurrenspräglad dialog. Det före­slås att i paragrafen ska föreskrivas om vill­koren för användning av konkurrenspräglad dialog. Bestämmelsen grundar sig på artik­larna 1.21 och 27.1, 27.3 och 27.8. Syftet med de bestämmelser som gäller konkur­renspräglad dialog är att öka flexibiliteten vid komplicerade upphandlingar på ett sätt som garanterar en likvärdig behandling av an­budsgivarna.

Den upphandlande enheten kan enligt 1 mom. tillämpa konkurrenspräglad dialog vid särskilt komplicerad upphandling där den

inte på förhand kan definiera de rättsliga, finansiella eller tekniska detaljerna för upphandlingen. Det ska objektivt sett vara svårt att göra denna definition, vilket innebär att orsaker som hänger samman med resursproblem vid den upphandlande enheten inte är en sådan grund för användning av förfarandet som bestämmelsen avser. Konkurrenspräglad dialog kunde till exempel användas vid upphandling av högteknologi där det är särskilt ändamålsenligt att beakta innovativa lösningar samt upphandling där det inte är ändamålsenligt att på förhand välja den bästa finansieringsmetoden eller riskfördelningsmodellen. En förutsättning för konkurrenspräglad dialog är dessutom att grunden för valet av anbud är att anbudet ska vara det totalekonomiskt mest fördelaktiga.

I 2 mom. ska det i enlighet med artikel 27.3 i försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet föreskrivas om den särskilda innebörd som lika behandling har vid konkurrenspräglad dialog. De krav som en likvärdig behandling medför ska beaktas särskilt vid utlämnande av information till anbudssökande och anbudsgivare under förhandlingarna och under upphandlingsförfarandet i övrigt.

Konfidentialiteten enligt 3 mom. förutsätter att de lösningar som anbudsgivarna föreslår och annan vid upphandlingen betydelsefull information behandlas konfidentiellt under upphandlingsförfarandet. Den upphandlande enheten kan dock be om anbudssökandenas samtycke till att information får lämnas ut till de övriga anbudsgivarna, varvid till exempel information som ingår i lösningsförslag kunde användas vid utarbetandet av anbudsfrågan. Bestämmelsen grundar sig på artikel 27.3 i försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet. Efter anbudsfröfarandet bör den information som anbudsgivarna lämnat under förfarandet i fråga om konfidentialitet behandlas i enlighet med offentlighetslagen.

I enlighet med 4 mom. ska den upphandlande enheten kunna dela ut pengar eller andra priser till deltagarna i upphandlingsförfarandet. Bestämmelsen gör det således möjligt att ersätta de kostnader som orsakas deltagarna i förfarandet. Det kan vara ändamålsenligt att dessa kostnader ersätts så att den resursmässiga och ekonomiska bördan för dem som deltar i förfarandet inte blir oskälig.

Tillämpningen av konkurrenspräglad dialog bör inte leda till situationer där planerings- och definitionsarbete som normalt ankommer på den upphandlande enheten utan ersättning påförs företag, vilket på lång sikt minskar företagens intresse av att delta i upphandling som genomförs med konkurrenspräglad dialog eller leder till att nivån på de föreslagna lösningarna sjunker.

Paragrafen har samma innehåll som 29 § i upphandlingslagen.

25 §. *Den konkurrenspräglade dialogens gång.* I denna paragraf föreskrivs om de olika stegen vid genomförandet av konkurrenspräglad dialog. Bestämmelsen grundar sig på artikel 27.2—27.7 i försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet.

Enligt 1 mom. ska över konkurrenspräglad dialog publiceras en upphandlingsannons som innehåller en allmän definition av upphandlingen. Det ska också vara möjligt att utarbeta en mera detaljerad beskrivning över upphandlingen. Det kan i praktiken vara nödvändigt att en sådan beskrivning utarbetas när upphandlingsannonsen är kortfattad.

I 2 mom. föreskrivs att den upphandlande enheten väljer de anbudssökande som inbjuds att delta i förfarandet genom att tillämpa bestämmelserna om anbudssökandes och anbudsgivares lämplighet i 46—54 § i den föreslagna lagen. Valet av anbudssökande bör göras i överensstämmelse med de grunder som anknyter till föremålet för upphandlingen. Grunderna kan till exempel gälla anbudssökandes ekonomiska och finansiella ställning eller tekniska och yrkesmässiga kvalifikationer. Den upphandlande enheten inleder en dialog med de anbudssökande som valts ut för att fastställa de metoder som lämpar sig för genomförandet av upphandlingen. Dialogen med anbudssökandena kan gälla alla aspekter av upphandlingen. Det står således den upphandlande enheten fritt att med anbudssökandena gå igenom olika alternativ gällande tekniska, rättsliga eller finansiella faktorer.

I 3 mom. ska det föreskrivas om möjligheten att genomföra dialogen i successiva steg. Om detta samt om de kriterier för valet av anbud som tillämpas ska meddelas på förhand. Då dialogen genomförs i successiva steg ska upphandlingsförfarandet förenklas

genom att till den fortsatta dialogen väljs de anbudssökande vilkas lösningar bäst motsvarar den upphandlande enhetens behov.

Enligt 4 mom. kan dialogen fortsättas tills den upphandlande enheten kan fatta ett beslut om en eller flera lösningsmodeller för genomförande av upphandlingen. De anbudssökande som deltagit i dialogen ska meddelas om att den har avslutats.

Enligt 5 mom. ska den upphandlande enheten begära anbud av anbudssökandena vilka baserar sig på de lösningar som har presenterats och definierats vid dialogen. Anbud begärs av alla anbudssökande som i detta skede fortfarande deltar i förfarandet. Anbudena ska överensstämma med de krav som presenterats i anbudsförfrågan och som föremålet för projektet förutsätter.

Enligt 6 mom. ska vid valet av anbud de jämförelsegrunder som meddelats i upphandlingsannonsen eller projektbeskrivningen tillämpas. Vid valet av anbud ska också iaktas vad som föreskrivs om det i 57 §.

Enligt 7 mom. ska anbudsgivarna på den upphandlande enhetens begäran kunna precisera och förtydliga sina anbud. Det är även möjligt att precisera och förtydliga ett anbud efter att anbudet valts, varvid det också kan begäras att anbudsgivaren bekräftar de åtaganden som ingår i anbudet. Ett anbud får emellertid inte preciseras och förtydligas på ett sätt som ändrar anbudet eller väsentliga delar av anbudsförfrågan på ett sätt som leder till snedvriden konkurrens eller diskriminering.

Paragrafen har samma innehåll som 30 § i upphandlingslagen.

26 §. Ramavtal. Det föreslås att i denna paragraf föreskrivs om förfarandet för ingående av ramavtal inom offentlig försvars- och säkerhetsupphandling. Paragrafen grundar sig på artikel 29 i försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet.

Syftet med paragrafen är att möjliggöra utnyttjande av ramavtal vid offentlig försvars- och säkerhetsupphandling genom att uttryckligen föreskriva om de förfaranden som iaktas vid valet av ramavtalets parter och vid upphandling som grundar sig på ramavtal. Med begreppet ramavtal avses enligt 3 § 1 mom. 13 punkten i lagförslaget ett avtal om upphandlingskontrakt som ingås under en

viss tidsperiod mellan en upphandlande enhet och en leverantör.

Enligt 1 mom. konkurrensutsätter den upphandlande enheten leverantörer för ramavtal under iakttagande av bestämmelserna om val av anbudssökande och anbudsgivare samt val av anbud. Konkurrensutsättningen ska i allmänhet ske genom selektivt förfarande eller förhandlat förfarande under iakttagande av de tidsfrister och annonseringsskyldigheter som gäller för dessa förfaranden. Ramavtal kan även ingås vid direktupphandling under de förutsättningar om vilka föreskrivs i 22 §.

Ramavtal kan användas i synnerhet av inköpscentraler som ett långvarigt upphandlingsförfarande. I kontrakt som är omfattande och vilkas värde är stort blir den fas då parterna i ramavtalen väljs viktigare än tidigare. Redan då det annonseras om en upphandling ska det ges tillräckliga uppgifter om de upphandlande enheter som är med i arrangemanget och om de upphandlingar de sannolikt kommer att göra under avtalstiden.

Ramavtal kan ingås med en eller flera leverantörer. För ramavtal som ingås med flera leverantörer ska utses minst tre leverantörer, om antalet anbudsgivare som uppfyller behörighetsvillkoren och godtagbara anbud är tillräckligt. Genom villkoret om ett minimiantal leverantörer försöker man främja en tillräcklig konkurrens inom ramavtal.

Upphandlingskontrakt som grundar sig på ramavtal ska enligt 2 mom. slutas mellan ramavtalets ursprungliga parter. Efter det att upphandlingsförfarandet inletts är det således inte möjligt att ta med nya avtalsparter, utan den upphandlande enheten kan göra den upphandling som grundar sig på ramavtalet endast hos de leverantörer som deltar i förfarandet. Om den upphandlande enheten emellertid inte vill utnyttja det mera flexibla anbudsförfarande som möjliggörs av ramavtalet kan den konkurrensutsätta upphandlingen genom att iaktta de krav beträffande annonsering och förfaranden som lagen föreskriver.

Dessutom ska det i momentet särskilt föreskrivas att ramavtalet inte får användas på ett sätt som snedvrider, begränsar eller förhindrar konkurrensen.

I 3 mom. föreskrivs om ramavtalets maximala giltighetstid. Ramavtalet kan vara i kraft i högst sju år. Om föremålet för upp-

handlingen nödvändigtvis kräver det kan ramavtalet i undantagsfall vara längre. När det bedöms huruvida ett avtal bör räcka längre ska den förmodade livscykeln hos de varor, utrustningar och system som har levererats och de tekniska problem som orsakas av byte av leverantör beaktas.

Ett ramavtal lämpar sig särskilt för genomförande av sådan upphandling där produkter och priser utvecklas snabbt och det ur den upphandlande enhetens synvinkel inte är ändamålsenligt att binda sig till fasta priser och villkor. Användningsområde är också de upphandlingar där det inte är ändamålsenligt eller möjligt att på förhand fastställa tjänsten eller mängden av de varor som ska levereras. Å andra sidan möjliggör förfarandet relativt långvariga kontrakt.

Paragrafen motsvarar huvudsakligen 31 § i upphandlingslagen. Vid försvars- och säkerhetsupphandling ingår inte öppet förfarande bland upphandlingsförfarandena. I dessa upphandlingar kan förhandlat förfarande alltid användas. Dessa faktorer gäller också anbuds-förfarande som gäller ramavtal. I försvars- och säkerhetsupphandling kan ett ramavtal i regel vara i kraft i högst sju år.

27 §. Upphandling som grundar sig på ramavtal. I paragrafen ska det föreskrivas att upphandlingar som grundar sig på ramavtal med en eller flera leverantörer kan göras utan konkurrensutsättning om ramavtalets villkor har fastställts. Ramavtalets villkor ska härvid vara bindande för parterna. När det gäller priset ska åtminstone reglerna för prisbildning vara bindande för parterna.

I 1 mom. föreskrivs om tilldelning av upphandling som bygger på ett ramavtal med en enda leverantör i enlighet med villkoren i ramavtalet. Förfarandet avviker i praktiken inte från upphandlingskontrakt där man har kommit överens om att leveranserna sker i enlighet med på förhand överenskomna villkor utifrån beställningen. När det gäller ramavtal kan den upphandlande enheten emellertid vid behov uppmana leverantören att precisera sitt anbud.

Enligt 2 mom. ska även upphandling som grundar sig på ramavtal som har slutits med flera leverantörer kunna tilldelas utan konkurrensutsättning, om alla villkor har fastställts på förhand. Upphandlingen kan såle-

des ske till exempel genom beställning av den leverantör som för en viss typ av vara har inlämnat det bästa anbudet. Om den leverantör som har gett det bästa anbudet dock inte har möjlighet att genomföra upphandlingen när den upphandlande enhetens behov av beställning uppkommer, ska den upphandlande enheten ha rätt att välja den anbudsgivare som kommit på andra plats för att genomföra upphandlingen. En upphandling ska också kunna genomföras utan konkurrensutsättning i ett sådant fall att en mängduppskattning av de produkter eller tjänster som ska upphandlas samt prioritetsordningen mellan de leverantörer som tas med har definierats på förhand i ramavtalet förutsatt att vid upphandlingen iaktas fastställd prioritetsordning och mängduppskattning.

Om en del av ramavtalets villkor inte har fastställts, ska den upphandlande enheten konkurrensutsätta den upphandling som grundar sig på ramavtalet i enlighet med 3 mom.

Paragrafens 3 mom. ska gälla sådana ramavtal med flera leverantörer där alla villkor inte har fastställts i ramavtalet. Konkurrensutsättningen av den upphandling som grundar sig på ramavtalet förutsätter härvid att en skriftlig anbudsfrågan sänds till de leverantörer som omfattas av ramavtalet. Då anbudstiden fastställs ska den upphandlande enheten bl.a. beakta hur komplicerat föremålet för upphandlingskontraktet är och den tid som utarbetandet av anbud förutsätter. Föremålet för upphandlingen och villkoren för förfarandet kan preciseras i anbudsfrågan, förutsatt att detta inte leder till väsentliga ändringar.

Det bästa anbudet ska väljas med iakttagande av det kriterium för valet av anbud och de jämförelsegrunder som angetts i anbudsfrågan. Dessa behöver emellertid inte vara de samma som i anbuds-förfarandet för ramavtalet. Konkurrensutsättningen av upphandling kan således genomföras på ett smidigare sätt, även om upphandlingens värde överstiger det EU-tröskelvärde som anges i 12 §.

Paragrafen baserar sig på artikel 29.3 och 29.4 i försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet och har samma innehåll som 32 § i upphandlingslagen.

6 kap. **Skyldighet att annonsera om upphandling och tidsfrister**

28 §. Annonseringsskyldighet. Det föreslås att i denna paragraf föreskrivs om annonseringsskyldigheten vid upphandlingar. Bestämmelsen grundar sig på artikel 30—32 i försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet.

I enlighet med 1 mom. ska den upphandlande enheten för publicering sända in en upphandlingsannons som ska innehålla tillräckliga uppgifter för att ansökningar om att få delta i upphandlingen ska kunna göras. Med undantag för direktupphandling gäller skyldigheten att publicera en upphandlingsannons gäller all upphandling oberoende av upphandlingsförfarande. Skyldigheten att publicera en upphandlingsannons har i EG-domstolens rättspraxis i fråga om civila upphandlingar tolkats snävt (t.ex. domarna i målen C-323/96 kommissionen mot Belgien (REG 1998, s. I-5063) och C-385/02, kommissionen mot Italien (REG 2004)).

Skyldigheten att publicera en upphandlingsannons gäller varuupphandling, tjänsteupphandling och byggtreprenader som överstiger EU-tröskelvärdet. Tjänsteupphandlingarna i bilaga B omfattas dock endast av skyldigheten att införa en annons i efterhand.

I 2 mom. föreskrivs om den upphandlande enhetens skyldighet att annonsera i efterhand. Med skyldighet att annonsera i efterhand avses en annons om genomförd upphandling som publiceras efter det att upphandlingskontraktet ingåtts. Skyldigheten att annonsera i efterhand hänger samman med övervakningssyften och statistiska ändamål. Med undantag av direktupphandling ska skyldigheten att annonsera i efterhand gälla all upphandling, oberoende av upphandlingsförfarande. När det gäller ramavtal ska annonsen i efterhand publiceras över ramavtalet, men däremot inte över de enskilda upphandlingskontrakt som grundar sig på ramavtalet. Skyldigheten att införa en annons i efterhand gäller även upphandling av sekundära tjänster i enlighet med bilaga B. Av annonsen i efterhand över sekundära tjänsteupphandlingar i enlighet med bilaga B bör det framgå om annonsen får publiceras. En annons i efter-

hand ska också publiceras om att en upphandling har avbrutits. Av denna annons ska orsakerna till att upphandlingen avbrutits framgå.

I 3 mom. ska den upphandlande enheten förbjudas att i annonsen i efterhand publicera sådana uppgifter vilkas publicering strider mot det allmänna intresset och i synnerhet mot de bestämmelser som gäller skydd av statens säkerhetsintressen. I momentet beaktas det särskilda behovet att skydda informationsmaterial som anknyter till upphandlingen vilket sammanhänger med försvars- och säkerhetsupphandlingar. Till exempel uppgifter med anknytning till prestationsförmågan eller de tekniska egenskaperna hos ett vapensystem som ska upphandlas bör den upphandlande enheten i princip inte offentliggöra i en annons i efterhand. Likaså kan trygghet av statens säkerhetsintressen förutsätta att mängden system eller ammunition som ska upphandlas inte meddelas. I en annons i efterhand ska inte heller ges ut sådan information som kan äventyra bevarande av afärshemligheter eller skada konkurrensen mellan anbudsgivarna.

I 4 mom. ska det föreskrivas om den upphandlande enhetens möjlighet att förkorta de föreskrivna anbudstiderna genom att publicera en förhandsannons. Med en förhandsannons avses en annons som publiceras i början av räkenskapsåret över den upphandlande enhetens upphandlingar som överskrider gränsen för förhandsannonsering under det närmaste året. Syftet med förhandsannonsen är att ge företagen preliminära upplysningar om den upphandlande enhetens kommande upphandlingar. Publiceringen av en förhandsannons berättigar den upphandlande enheten att förkorta anbudsförfarandets tidsfrister i enlighet med 31 §.

I 5 mom. ska det föreskrivas om den upphandlande enhetens möjlighet att publicera en annons om direktupphandling. Det är fråga om en frivillig annons för den upphandlande enheten, med vilken upphandlingarnas öppenhet ökas samt de rättsmedel som står till buds styrs och begränsas. När en annons har publicerats, ska den upphandlande enheten vänta i 14 dagar, som är besvärstidens längd, innan enheten ingår ett upphandlingskontrakt. Tidfristen för att ingå ett upphand-

lingskontrakt räknas från den tidpunkt då annonsen har publicerats i Europeiska unionens officiella tidning. Det att en annons om direktupphandling publiceras och tidsfristen efter att annonsen har publicerats iakttagas hindrar besvärmyndigheten att konstatera att upphandlingskontraktet är ogiltigt på det sätt som föreskrivs i 98 § i lagen, även om det senare skulle visa sig att det inte fanns någon laglig grund för upphandlingen.

I 6 mom. ska den upphandlande enheten förbjudas att publicera en annons om upphandling någon annanstans innan den har sänts till Europeiska unionens byrå för officiella publikationer. Likaså ska en annons som publiceras någon annanstans inte få innehålla sådana uppgifter som inte har publicerats i Europeiska unionens officiella tidning. Genom denna bestämmelse strävar man efter att säkerställa en jämlik behandling av eventuella kandidater och anbudsgivare inom hela Europeiska unionens område genom att koncentrera publiceringen av upphandlingsannonserna till webbversionen av Europeiska unionens officiella tidnings komplement (TED, Tenders Electronic Daily), som är en öppen och allmänt känd annonsplats för Europeiska unionens medlemsländers offentliga upphandling.

Enligt 7 mom. föreslås det att närmare bestämmelser om skyldigheten att annonsera, sändandet av annonserna samt om de kommunikationsmedel som står till buds, om annonserna innehåll, publicering av dem samt om andra omständigheter som sammanhänger med annonseringsskyldigheten ska utfärdas genom förordning av statsrådet. I förordningen föreskrivs bl.a. om de annonser som ska användas vid upphandling, användningen av en gemensam nomenklatur för upphandling (CPV) samt om förfarandet vid sändande av annonser och tekniska aspekter i samband med det i enlighet med bl.a. artiklarna 30 och 32 i försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet och bilagorna IV, VI och VIII till direktivet. Enligt artikel 69 i försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet kan Europeiska kommissionen efter att ha hört den Rådgivande kommittén som avses i artikel 67 ändra bl.a. bestämmelserna i anknytning till annonseringsskyldigheten i direktivet, skyldigheterna beträffande sändande och publicering

av uppgifter samt referensnumren i upphandlingsnomenklaturen. Genom Europeiska kommissionens rättsakter föreskrivs även om användningen av standardformulär (t.ex. kommissionens direktiv 2001/78/EG om användning av standardformulär i offentliggjorda meddelanden om offentlig upphandling). Det är nödvändigt att nämnda bestämmelser angående annonseringsskyldigheten som grundar sig på upphandlingsdirektivet, eventuella ändringar av dem samt övriga skyldigheter av teknisk natur i gemenskapens regelverk som anknyter till annonserna genomförs nationellt på ett så flexibelt sätt som möjligt.

29 §. Minimitidsfrister och beräkning av tidsfrister. Den föreslagna bestämmelsen om upphandlingsförfarandets tidsfrister grundar sig på artikel 33.1 och 33.2 i försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet. Syftet med tidsfristerna är att säkerställa att anbudsgivarna har tillräckligt med tid för att anmäla sig till anbuds-förfarandet, ta reda på innehållet i anbudsfrågan och utarbeta ett anbud.

Utgångspunkten är att den upphandlande enheten har rätt att fastställa den tid som reserveras för utarbetande av anbudsansökan och anbud. I enlighet med 1 mom. ska den upphandlande enheten dock när den fastställer tidsfristerna beakta upphandlingens komplexitet, omfattning och art. Förutom den tid som krävs för utarbetande av anbud ska den upphandlande enheten även beakta den tid som åtgår till att skaffa och utarbeta de intyg och utredningar som ansluter till anbudet samt den tid som krävs för att sända anbudet och handlingarna med de kommunikationsmedel som den upphandlande enheten förutsätter.

Tidsfristerna för inlämnande av anbudsansökan vid selektivt förfarande, förhandlat förfarande och konkurrenspräglad dialog beräknas från den dag som följer på den då upphandlingsannonsen sändes för publicering. I denna bestämmelse beaktas artikel 3.1 i rådets förordning (EEG, Euratom) nr 1182/71 om regler för bestämning av perioder, datum och frister, som förutsätter att tidsfristerna ska börja räknas från den dag som följer på den då upphandlingsannonsen sändes. Eftersom det selektiva förfarandet genomförs i två steg börjar tidsfristen för detta förfarande

dock räknas från den dag då anbudsförfrågan sändes.

Enligt 2 mom. ska vid selektivt förfarande, förhandlat förfarande och konkurrenspräglad dialog minst 37 dagar från den dag som följer på den då upphandlingsannonsen sändes reserveras för inlämnande av anbudsansökan. På motsvarande sätt ska anbudstiden vid selektivt förfarande enligt 3 mom. räknas från den dag då anbudsansökan sändes och den ska uppgå till minst 40 dagar. Vid förhandlat förfarande och konkurrenspräglad dialog bör anbudstiden vara skälig med beaktande av upphandlingens art, omfattning och andra med detta sammanhängande faktorer. Om minimitidsfristerna är alltför korta med tanke på den tid som föremålet för upphandlingen och utarbetandet av anbud kräver bör den upphandlande enheten förlänga tidsfristerna för lämnande av anbud.

Paragrafen motsvarar huvudsakligen 36 § i upphandlingslagen. Vid försvars- och säkerhetsupphandlingar förekommer inte öppet förfarande eller byggkoncessioner och inte heller tidsfrister som gäller dem.

30 §. Påskyndat förfarande. I denna paragraf föreskrivs om förkortning av tidsfristerna i situationer där det på grund av brådska inte är möjligt att tillämpa dem. Bestämmelsen grundar sig på artikel 33.7 i försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet.

Enligt förslaget till paragraf kan tidsfristen för inlämnande av anbudsansökningar förkortas om det på grund av brådska inte är möjligt att tillämpa den. Det ska vara möjligt att förkorta tidsfristerna vid selektivt förfarande eller förhandlat förfarande. Vid påskyndat förfarande förutsätts inte samma exceptionella och extrema brådska som när det gäller brådska som berättigar till direktupphandling. Det påskyndade förfarandet är öppnare och således ska förutsättningarna för användning av det inte tolkas lika strikt som förutsättningarna för att tillgripa direktupphandling vid brådska som avses i 22 § 1 mom. 5 punkten.

Paragrafen har samma innehåll som 37 § i upphandlingslagen.

31 §. Förkortning av tidsfrister. I paragrafen ska det föreskrivas om möjligheten att förkorta anbudstiden och tiden för inlämnande av anbudsansökningar. Paragrafen grun-

dar sig på artiklarna 33.3–33.5 i försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet. Avsikten är att göra det möjligt att beakta de tidsbesparingar som uppstår då elektroniska förfaranden används samt å andra sidan uppmuntra användning av elektronisk kommunikation.

Enligt 1 mom. ska tidsfristerna kunna förkortas med sju dagar vid selektivt förfarande, förhandlat förfarande och konkurrenspräglad dialog, om upphandlingsannonserna skickas för publicering med elektroniska medel med iakttagande av fastställda krav. Förkortningen av tidsfristen ska gälla tidsfristen för inlämnande av anbudsansökningar.

Enligt 2 mom. kan anbudstiden vid selektivt förfarande förkortas så att den är minst 22 dagar, om den upphandlande enheten har sänt in en förhandsannons för publicering. I momentet ska dessutom föreskrivas om de förutsättningar för tidsfrister som gäller sådan förhandsannons.

Enligt 3 mom. kan anbudstiden vid selektivt förfarande dessutom förkortas med fem dagar om förfrågningsunderlaget i sin helhet har lagts ut på Internet så att kandidaterna har tillgång till det den dag då upphandlingsannonsen publiceras. Då förutsätts att det i upphandlingsannonsen meddelas på vilken internetadress förfrågningsunderlaget finns. En förkortning av tidsfristerna förutsätter att de elektroniska förfaranden som används ska uppfylla kraven i bilaga VI till upphandlingsdirektivet. Det föreslås att om dessa krav ska bestämmas nationellt i en särskild förordning.

Paragrafen motsvarar huvudsakligen 38 § i upphandlingslagen. Vid försvars- och säkerhetsupphandlingar används inte öppet förfarande eller tidsfrister gällande det.

32 §. Förlängning av tidsfrister. I denna paragraf föreskrivs om förlängning av tidsfristerna i situationer där förfrågningsunderlaget eller tilläggsuppgifter i anknytning till det inte har tillhandahållits inom de föreskrivna tidsfristerna eller inlämnande av anbud förutsätter att man bekantar sig närmare med föremålet för upphandlingen eller att man granskar förfrågningsunderlaget på plats. Bestämmelsen grundar sig på artikel 33.6 i försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet.

Tidsfristerna ska vid alla förfaranden förlängas så att anbudsgivarna kan bekanta sig med den information som behövs för att utarbeta anbud. Det föreslås inga närmare tidsgränser för förlängningen av tidsfristen, vilket innebär att den upphandlande enheten bör överväga detta med tanke på vad som är rimligt, och härvid bland annat beakta att anbudsgivarna bemöts likvärdigt och kraven på proportionalitet. En förlängning av anbudstiden efter det att upphandlingsförfarandet inlett bör ske endast i undantagsfall. Den tid som utarbetandet av anbud kräver bör i regel beaktas då upphandlingen planeras.

Paragrafen har samma innehåll som 39 § i upphandlingslagen.

7 kap. **Anbudsfrågan och fastställande av föremålet för upphandlingen**

33 §. Anbudsfrågan. Det föreslås att i denna paragraf ska ingå bestämmelser om allmänna frågor gällande anbudsfrågan.

I 1 mom. ska det föreskrivas att anbudsfrågan ska göras skriftligen. Kravet på skriftlig form faller sig naturligt vid upphandling som har ett stort värde och är en förutsättning för att upphandlingsförfarandet ska kunna genomföras på behörigt sätt och verifieras längre fram. En anbudsfrågan kan bestå av flera handlingar som gäller upphandlingen, anbudsörfarandet och det upphandlingskontrakt som kommer att slutas. I anbudsfrågan kan också ingå bilagor, såsom ritningar, tekniska specifikationer, kalkyler och kontraktsvillkor. I anbudsfrågan eller i upphandlingsannonsen ska anbudsgivarna ombes presentera sina anbud skriftligen och inom en tidsfrist.

Syftet med anbudsfrågan är att beskriva föremålet för upphandlingen och de omständigheter som hänför sig därtill så, att man på basis av den får slutgiltiga anbud som kan mätas med samma mått och är jämförbara och på basis av vilka det är möjligt att jämföra anbuderna på ett enhetligt sätt. Ofullständig jämförbarhet på grund av brister i anbudsfrågningarnas innehåll har i rättspraxis ansetts vara ett av de främsta enskilda problemen i samband med upphandlingsförfaranden. Anbud som inte kan mätas med samma

mått har i praktiken lett till ett behov av att precisera anbudsfrågan eller anbuderna under upphandlingsförfarandet på ett sätt som äventyrar en likvärdig behandling av anbudsgivarna.

Anbudsfrågan kompletterar upphandlingsannonsen. I praktiken kan man i upphandlingsannonsen på grund av utrymmes- och andra begränsningar inte beskriva sådant som hänför sig till upphandlingen särskilt ingående, så i regel utarbetas anbudsfrågan separat. För de situationer då anbudsfrågan och upphandlingsannonsen till innehållet avviker från varandra ska det i 2 mom. föreskrivas att upphandlingsannonsens innehåll är avgörande. Rättsnormen motsvarar 40 § 2 mom. i upphandlingslagen samt principen om att upphandlingsannonsen prioriteras, vilken har fastställts i rättspraxis (t.ex. MD 36/02).

När anbudsfrågan är särskilt omfattande eller innehåller material vars tillhandahållande medför särskilda kostnader, kan den upphandlande enheten enligt 3 mom. uppbära en skälig ersättning för att täcka dessa särskilda kostnader. Rätten att ta ut en avgift framgår indirekt bl.a. av artikel 34.3 i försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet. Avgifter i samband med anbudsfrågningar bör vara skäliga och syftet med dem bör inte vara att täcka arbetskostnader som utarbetandet av normala anbudshandlingar föranleder den upphandlande enheten eller sedvanliga materialkostnader. Särskilda kostnader kan vara t.ex. kostnader för ritningar, prov eller särskilt material som ingår i anbudsfrågan. Den upphandlande enheten kan återbetala avgiften till dem som lämnar in ett anbud beträffande föremålet för upphandlingen. De som ber om att få anbudsfrågan bör underättas om förfarandet i förväg.

Paragrafen har samma innehåll som 40 § i upphandlingslagen.

34 §. Innehållet i anbudsfrågan. Efter som anbudsfrågan är en av de viktigaste handlingarna inom upphandlingsförfarandet föreslås att de allmänna principerna och kraven beträffande innehållet i anbudsfrågningarna samlas i en och samma paragraf.

De detaljerade kraven i samband med anbudsfrågan varierar mellan de olika upphandlingsförfarandena. Vid selektivt förfarande

rande meddelas behörighetsvillkoren för anbudsgivarna, kriteriet för valet av anbud och jämförelsegrunderna redan då kandidaterna inbjuds att inlämna anbudsansökan och de tillämpas redan i ett tidigare skede av anbudsförfarandet. Vid selektivt förfarande är det således inte längre nödvändigt att meddela kraven gällande anbudsgivarnas behörighet och urvalet i anbudsförfrågan. Vid konkurrenspräglad dialog ska kriteriet för valet av anbud anges i upphandlingsannonsen. Den relativa viktningen av jämförelsegrunderna får i enlighet med artikel 47.2 i försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet dock meddelas först i projektbeskrivningen.

Minimikraven beträffande innehållet i anbudsförfrågan som uppräknas i 1 mom. grundar sig på artiklarna 18.1, 34.5 och 47.2 i försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet. Anbudsförfrågan ska således innehålla en definition av föremålet för upphandlingen bland annat i form av tekniska specifikationer. I anbudsförfrågan ska dessutom ingå en hänvisning till en publicerad upphandlingsannons, uppgifter om anbudstiden samt den adress till vilken anbudet ska sändas och det eller de språk som anbudet ska avfattas på. Anbudsförfrågan kan avfattas på finska eller svenska eller något annat av Europeiska unionens officiella språk. Den upphandlande enheten beslutar på vilka språk anbudet ska avfattas.

I anbudsförfrågan ska även anges grunden för valet av anbud och anbudets jämförelsegrunder och deras relativa viktning eller i undantagsfall åtminstone jämförelsegrundernas prioritetsordning. Inom rättspraxis gällande civila upphandlingar har man ansett att de grunder som används vid bedömningen av anbud uttryckligen ska anges i anbudsförfrågan eller upphandlingsannonsen och det är följaktligen inte tillräckligt att bedömningsgrunderna till exempel framgår indirekt ur de krav som framförs i anbudsförfrågan.

I en anbudsförfrågan ska också inbegripas de krav som gäller underleverantörskontrakt, försörjningstrygghet och informationssäkerhet. Bestämmelser om de krav som gäller underleverantörskontrakt ska ingå i 60–67 §, om de krav som gäller försörjningstryggheten i 42 § och om de krav som gäller informationssäkerhet i 41 och 54 §.

Av anbudsförfrågan ska även framgå uppgifter om anbudsgivarens behörighet samt en förteckning över de handlingar som anbudsgivarna ska tillhandahålla som bevis på att de är behöriga. För att garantera en likvärdig behandling av anbudsgivarna och öppenheten är det viktigt att de grunder som används vid bedömningen av anbudsgivarnas lämplighet meddelas. De uppgifter som avses ovan kan även meddelas i upphandlingsannonsen. Det är av avgörande betydelse att anbudsgivarna har haft jämbördiga möjligheter att få information innan upphandlingsförfarandet inleds.

I anbudsförfrågan eller upphandlingsannonsen bör enligt 2 mom. förutom ovan nämnda uppgifter även meddelas sådana andra upplysningar som är väsentliga med tanke på upphandlingsförfarandet och utarbetandet av anbud. De upplysningar som anges i anbudsförfrågan beror på upphandlingens innehåll, omfattning och art. Utgångspunkten är i enlighet med 1 mom. att anbudsgivarna har tillräcklig information för att kunna utarbeta jämförbara anbud. Å andra sidan är anbudsförfrågan slutlig, vilket innebär att man i allmänhet inte kan avvika från de villkor som angetts i anbudsförfrågan.

De uppgifter som ska anges i anbudsförfrågan skulle kunna vara bland annat upplysningar om huruvida det är tillåtet att inlämna alternativa anbud, huruvida delanbud är tillåtna samt om minimikrav beträffande alternativa metoder för genomförande av upphandlingen, om man vill tillåta alternativ. I anbudsförfrågan ska även anges specialvillkoren för upphandlingskontraktet, om den upphandlande enheten vill tillämpa specialvillkoren enligt 40 §. I anbudsförfrågan ska även meddelas sådana kontraktvillkor som är av betydelse vid utarbetandet av anbud. Sådana villkor kan till exempel inverka på priset i anbudet.

Paragrafen har huvudsakligen samma innehåll som 41 § i upphandlingslagen. I försvars- och säkerhetsupphandlingslagen ska i anbudsförfrågan eller upphandlingsannonsen också ingå eventuella krav gällande underleverantörskontrakt, informationssäkerhet och försörjningstrygghet.

35 §. *Sändande av anbudsförfrågan och tillhandahållande av anbudsförfrågan för anbudssökandena och anbudsgivarna.* I pa-

ragrafen ska det bestämmas om hur anbudsfrågan ska sändas ut. Paragrafen grundar sig på artikel 34.4 i försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet.

I enlighet med 1 mom. ska anbudsfrågan vid selektivt förfarande, förhandlat förfarande och konkurrenspräglad dialog skickas endast till de anbudssökande som har valts ut för anbudsförbandet. Anbudsfrågan ska sändas samtidigt till alla anbudssökande.

I 2 mom. ska det föreskrivas om tidsfrister för utlämnande av kompletterande upplysningar gällande anbudsfrågan i ett påskyndat förfarande, vid selektivt förfarande och förhandlat förfarande. De kompletterande upplysningarna ska lämnas minst fyra dagar innan anbudstiden går ut, om upplysningarna har begärts i tillräckligt god tid.

Paragrafen motsvarar huvudsakligen 42 § i upphandlingslagen. I försvars- och säkerhetsupphandlingar förekommer inte öppet förfarande och inga bestämmelser som gäller anbudsfrågan om sådant.

36 §. Inbjudan att förhandla. I paragrafen ska det föreskrivas om innehållet i den inbjudan att förhandla som vid förhandlat förfarande och konkurrenspräglad dialog sänds till anbudssökandena. Paragrafen grundar sig på artikel 34.5 i försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet.

Inbjudan att förhandla sänds till de anbudssökande som har inlämnat en anbudsansökan och som har utvalts att delta i anbudsförbandet. Enligt 1 mom. bör inbjudan att förhandla vid förhandlat förfarande innehålla en anbudsfrågan och vid konkurrenspräglad dialog en projektbeskrivning, om den upphandlande enheten har utarbetat en sådan. Alternativt kan i inbjudan att förhandla ingå en uppgift om var handlingarna finns att tillgå, tidsfristen för begäran samt en uppgift om eventuella avgifter som tas ut för handlingarna.

I 2 mom. ska det föreskrivas att beträffande innehållet i anbudsfrågan tillämpas minimikraven i 34 § 1 mom. med den noggrannhet som dessa uppgifter kan meddelas. En inbjudan att delta i en konkurrenspräglad dialog bör innehålla en uppgift om tidpunkten för dialogen, på vilken adress och på vilket språk dialogen kommer att föras. Vid konkurrenspräglad dialog kan anbudstiden på

grund av orsaker som hänger samman med upphandlingsförbandets gång inte meddelas ännu i detta skede.

Paragrafen har samma innehåll som 43 § i upphandlingslagen.

37 §. Teknisk definition av upphandling. I paragrafen bestäms om användningen av tekniska specifikationer vid beskrivning av föremålet för upphandlingen. Paragrafen grundar sig på artikel 18 i försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet.

De tekniska specifikationerna hänger framför allt samman med den tekniska definitionen av egenskaperna i samband med varuupphandling och byggtreprenader. Trots att begreppet tekniska specifikationer är mera främmande när det gäller tjänsteupphandling bör de föreslagna bestämmelserna även iakttagas vid beskrivningen av föremålet för tjänsteupphandling. Vid tjänsteupphandling lämpar sig särskilt en beskrivning av kraven i anslutning till tjänsterna utifrån krav som gäller prestanda eller funktionella egenskaper. När det gäller tjänster kan man även använda sig av vissa standarder som kan tillämpas vid definitionen av föremålet för upphandlingen.

I enlighet med 1 mom. bör de tekniska specifikationerna ingå i upphandlingsannonser eller anbudsfrågan. Vid konkurrenspräglad dialog kan den upphandlande enheten emellertid definiera de tekniska kraven för upphandlingen på basis av de förslag till lösningar som framförs under upphandlingsförbandet. Dessutom föreslås det att i momentet ska föreskrivas om en allmän bestämmelse om utarbetande av tekniska specifikationer på ett sätt som garanterar en likvärdig behandling av anbudsgivarna och inte utgör ett hinder för konkurrens.

De tekniska specifikationerna kunde framläggas genom hänvisning till standarder, tekniska godkännanden eller tekniska specifikationer som hänför sig till projektering, beräkning eller genomförande av byggtreprenader eller till framställning av produkter i den prioritetsordning som framläggs. Då en sådan hänvisning till en standard eller en annan teknisk definition används ska även sådana varor, tjänster eller material godkännas som inte överensstämmer med nämnda standard eller tekniska definition men som uppfyller de krav angående föremålet för upphandling-

en som fastställs i dem. Av denna anledning ska hänvisningen följas av uttrycket ”eller likvärdig”.

De tekniska specifikationerna ska i enlighet med 2 mom. kunna meddelas förutom genom hänvisning till en teknisk definition även genom framläggande av krav gällande prestanda och funktionella egenskaper som förutsätts av föremålet för upphandlingen. Härvid kan anbudsgivarna lämna anbud som baseras på flera olika tekniska lösningar. Villkoret att anbuden ska vara jämförbara och att anbudsgivare inte diskrimineras förutsätter att kraven gällande prestanda och funktionella egenskaper är tillräckligt exakta. De tekniska specifikationerna kan även utarbetas så att man delvis hänvisar till standarder och andra tekniska definitioner och delvis till krav gällande prestanda och funktionella egenskaper. Den upphandlande enheten kan dessutom meddela att den anser att uppfyllandet av vissa standarder eller andra tekniska definitioner innebär att kraven gällande prestanda och funktionella egenskaper är uppfyllda.

I 3 mom. ska det föreskrivas att de tekniska specifikationerna med avvikelse från det som föreskrivs i 2 mom. kan utarbetas så att i dem beaktas obligatoriska nationella tekniska bestämmelser, som t.ex. anknyter till produkt-säkerheten, eller tekniska krav som en stat ska uppfylla med stöd av internationella standardiseringsavtal.

I 4 mom. ska det föreskrivas att de tekniska specifikationerna inte får innehålla en hänvisning till en viss tillverkare eller varumärke, patent, produkttyp, ursprung eller produktion så att hänvisningen gynnar eller missgynnar vissa anbudsgivare. En sådan hänvisning får göras endast om föremålet för upphandlingen inte på annat sätt kan beskrivas med tillräcklig precision och begriplighet med hjälp av tekniska specifikationer. Hänvisningen ska följas av uttrycket ”eller likvärdig”. Denna rättsnorm har bland annat bekräftats i EG-domstolens dom i mål C-359/92, kommissionen mot Nederländerna (det s.k. Unix-fallet, REG 1995, s. I-157). Domstolen har i sin dom i mål C-59/00, Vestergaard (REG 2001, s. I-9505) ansett att Europeiska unionens bestämmelser om fri rörlighet för varor förutsätter att det även vid upphandling som faller utanför upphand-

lingsdirektivets tillämpningsområde är förbjudet att förutsätta en produkt av ett visst märke om till detta krav inte bifogas uttrycket ”eller likvärdig”.

De tekniska bestämmelserna kan även gälla produktionsmetoden, om kravet beträffande produktionsmetod har ett direkt samband med kvaliteten eller övriga egenskaper hos den tjänst, vara eller byggarbete som utgör föremål för upphandlingen. Den upphandlande enheten kan således även kräva att produktionsmetoden ska vara miljövänlig, om detta krav hänger samman med föremålet för upphandlingen.

För utarbetandet av tekniska specifikationer kan den upphandlande enheten föra tekniska dialoger bland annat med potentiella anbudsgivare och tekniska experter. En sådan dialog bör i första hand ske skriftligen, till exempel i form av ett remissförfarande där det tydligt bör anges att det inte är fråga om ett anbuds-förfarande som leder till ett beslut om upphandling. Den tekniska dialogen får inte leda till att konkurrensen hindras eller äventyra en likvärdig och icke-diskriminerande behandling av anbudsgivarna.

Paragrafen motsvarar huvudsakligen 44 § i upphandlingslagen. I försvars- och säkerhetsupphandlingslagen finns inga hänvisningar till behov hos handikappade användare i fråga om de tekniska specifikationerna. I försvars- och säkerhetsupphandlingslagen nämns flera exempel på tekniska specifikationer än i upphandlingslagen.

38 §. Tekniska specifikationer som gäller miljöegenskaper. Det föreslås att i denna paragraf ska föreskrivas om möjligheten att ställa krav gällande prestanda och funktionella egenskaper genom hänvisning till miljömärken. Paragrafen grundar sig på artikel 18.6 i försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet. Definitionen av miljöegenskaper kan ske antingen genom hänvisning till specifikationerna för miljömärken eller genom att de annars definieras som tekniska specifikationer i enlighet med 37 §.

Den upphandlande enheten ska enligt 1 mom. då den framlägger krav på miljöegenskaper kunna använda sig av specifikationer för miljömärken eller delar av dessa. Villkoren för beviljande av miljömärken,

dvs. miljömärkenas specifikationer som gäller till exempel produkternas kvalitetsegenskaper, material eller bruksanvisningar, skulle utgöra tekniska specifikationer för offentliga upphandlingar. Användningen av specifikationerna för ett miljömärke som tekniska specifikationer för föremålet för en upphandling förutsätter att de specifikationer som man hänvisar till lämpar sig för en definition av egenskaperna hos föremålet för upphandlingen. Specifikationerna ska således ansluta sig till föremålet för upphandlingen och av denna anledning ska av specifikationerna för miljömärket endast väljas sådana som ansluter sig till föremålet för upphandlingen. Till exempel kravet på kvalitetsövervakning vid produktionen i specifikationerna för Nordiska miljömärket kan inte anses ansluta till föremålet för upphandlingen på det sätt som avses i denna paragraf. Kvalitetsövervakningen kan vara en förutsättning som hänförs sig till anbudssökandens eller anbudsgivarens tekniska kvalifikationer. Ett eventuellt krav som gäller den bör framläggas i samband med att kraven på anbudssökandens eller anbudsgivarens kvalifikationer eller de faktorer som tillämpas vid utvärderingen anges.

Enligt 2 mom. bör ett miljömärke som används vid definieringen av miljöegenskaperna hos föremålet för upphandlingen också uppfylla de krav som hänförs sig till fastställandet av märket. Märket bör därmed ha utvecklats på grundval av vetenskapliga rön genom ett förfarande i vilket samtliga berörda parter, såsom myndigheter, konsumenter, tillverkare, företrädare för detaljhandeln och miljöorganisationer, har haft möjlighet att delta. Dessutom förutsätts att märket är tillgängligt för och kan användas av alla berörda parter. Med anledning av dessa förutsättningar kan endast sådana miljömärken användas som har utarbetats inom ramen för ett system som har harmoniserats nationellt, multinationellt eller på gemenskapsnivå. Till följd av kravet på öppenhet är det möjligt att hänvisa bara till märken som är tillgängliga för producenterna och leverantörerna. Miljömärken som kan komma i fråga är bl.a. Nordiska miljömärket och Europeiska unionens miljömärke.

Enligt 3 mom. kan den upphandlande enheten meddela att en produkt eller tjänst som är

försedd med ett visst miljömärke anses uppfylla kraven på miljöegenskaper som gäller de tekniska specifikationerna. Paragrafen gör det inte möjligt att kräva att produkten tilldelats rätten att använda ett visst miljömärke. Vid offentlig försvars- och säkerhetsupphandling är den allmänna utgångspunkten för utarbetandet av tekniska specifikationer att man som grundval inte bör använda en viss organisations eller ett visst företags metoder eller definitioner som gynnar vissa aktörer. Ett visst miljömärke kan dock anses vara en garanti för att produkten eller tjänsten uppfyller kraven. För att en likvärdig och icke-diskriminerande behandling ska tryggas ska den upphandlande enheten dock godta också andra bevis som anbudsgivaren lägger fram och som gäller uppfyllandet av kraven på miljöegenskaper. Dessa bevis kan bestå av t.ex. teknisk dokumentation från tillverkaren eller en teknisk rapport från ett erkänt organ.

Paragrafen har samma innehåll som 45 § i upphandlingslagen.

39 §. Alternativa anbud. I paragrafen föreslås bestämmelser om förutsättningarna för godkännande av anbud som gäller alternativa sätt för genomförande av upphandlingen. Paragrafen grundar sig på artikel 19 i försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet.

I 1 mom. ska det föreskrivas att den upphandlande enheten har möjlighet att tillåta att anbudsgivarna föreslår alternativa sätt för genomförande av upphandlingen. Detta kan vara befogat t.ex. i sådana situationer när den upphandlande enheten inte har fullständig kännedom om produkterna på marknaden och vill ge anbudsgivarna chansen att föreslå flera alternativ eller i situationer där den upphandlande enheten önskar att anbudsgivarna presenterar nya innovativa lösningar för genomförande av föremålet för upphandlingen. I praktiken kan det vara ändamålsenligt att tillåta alternativ också när den upphandlande enheten misstänker att den på grund av höga krav som hänförs sig till miljöaspekter eller andra aspekter inte får ett tillräckligt antal anbud, så att genuin konkurrens inte uppkommer.

Tillåtandet av alternativ förutsätter i praktiken att den upphandlande enheten utarbetar en allmän definition av föremålet för kontraktet som innehåller minimikraven för fö-

remålet för upphandlingen. Utöver detta utarbetar den upphandlande enheten alternativa definitioner av föremålet för kontraktet som innefattar t.ex. högre krav i anslutning till miljöaspekterna eller de tekniska egenskaperna.

Den upphandlande enheten bör i upphandlingsannonsen meddela om den godkänner uppställande av alternativ.

Enligt 2 mom. ska den upphandlande enheten också meddela de minimikrav som ställts på alternativen samt de särskilda krav som eventuellt har ställts för att sådana ska få anföras. Ett alternativt anbud kan godkännas endast om det uppfyller dessa krav.

Enligt 3 mom. får ett alternativt anbud inte förkastas enbart på grund av att det skulle leda till genomförandet av en upphandling av annan kategori. Syftet med bestämmelsen är att främja tillvaratagandet av nya innovativa lösningar vid offentlig försvars- och säkerhetsupphandling.

Inom den civila upphandlingen har godkännandet av alternativa sätt för genomförande av byggtreprenader behandlats i EG-domstolens dom i mål C-243/89, Storebelt (REG, specialutgåvan 1993, s. I-3353). Domstolen betraktade som tillåtet ett förfarande där en broentreprenad kunde genomföras enligt tre alternativa modeller, förutsatt att anbudsgivaren betalade ritningskostnaderna för de alternativa planerna.

Till sitt innehåll motsvarar paragrafen 47 § i upphandlingslagen.

40 §. Specialvillkor för upphandlingskontrakt. I paragrafen ska det föreskrivas om specialvillkor som gäller upphandlingskontrakt. Paragrafen grundar sig på artikel 20 i försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet.

Specialvillkor för kontrakt som gäller försvars- och säkerhetsupphandling kan gälla framför allt informationssäkerhet, försörjningstrygghet eller underentreprenader. I fråga om miljöaspekter kan specialvillkoren till exempel gälla nivån på eller genomförandet av miljöskyddet. De villkor som uppställs i upphandlingskontraktet får inte vara direkt eller indirekt diskriminerande och de ska hänföra sig till genomförandet av upphandlingskontraktet. Specialvillkoren ska dessutom överensstämma med unionens regelverk.

I fråga om civil upphandling har specialvillkorens godtagbarhet behandlats i EG-domstolens dom i mål C-31/87, Beentjes (REG, specialutgåvan, 1988, s. 4635), som gällde ett villkor om sysselsättningskyldighet samt i domen i mål C-225/98, Nord-pas-de-Calais (REG 2000, s. I-7445), som gällde ett villkor om en kampanj mot arbetslöshet. Specialvillkor ansågs vara tillåtna då de stämde överens med fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen, var icke-diskriminerande och hade angivits i upphandlingsannonsen eller förfrågningsunderlaget. EG-domstolen ansåg att principen om icke-diskriminering bland annat förutsätter att kravet på sysselsättning av arbetslösa, som användes som specialvillkor, inte kunde begränsas till nationella eller lokala arbetslösa.

Eftersom villkoren för genomförandet av upphandlingskontraktet kan ha betydelse för innehållet i anbudet och till exempel för anbudspriserna, bör de anges på förhand i upphandlingsannonsen eller i förfrågningsunderlaget, så att anbudsgivarna kan beakta dem vid utarbetandet av anbud.

Paragrafen motsvarar delvis 49 § i upphandlingslagen. Vid försvars- och säkerhetsupphandling kan specialvillkoren gälla särskilt också underentreprenader, informations-säkerhet eller försörjningstrygghet. Anställande av personer med funktionshinder nämns inte i specialvillkoren vid försvars- och säkerhetsupphandling. I försvars- och säkerhetsupphandlingslagen ingår inte heller förutsättningen i 2 mom. i upphandlingslagen om en klausul som ska läggas till i kontrakt mellan en statlig centralförvaltningsmyndighet och ett privat företag, vilken ska gälla de minimivillkor som ska följas i arbetsförhållanden.

41 §. Krav som gäller informationssäkerhet. I paragrafen ska det föreskrivas om särskilda krav som sammanhänger med informationssäkerhet och som den upphandlande enheten kan ställa på anbudsgivare. Dessa krav hänför sig till realiserandet av en upphandling. Med upphandlingens realiseringsfas ska i detta sammanhang avses upphandlingskontraktet och verkställandet av det. Om de bestämmelser som gäller informationssäkerhet och som ska ställas på en anbudssök-

kande och en anbudsgivare under tiden för anbudsförfarandet föreskrivs igen i 54 § i lagen. Denna paragraf grundar sig på artikel 22 i försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet.

I paragrafens 1 mom. ska det föreskrivas att när säkerhetsklassificerade handlingar ges, upprättas eller annars hanteras för att en upphandling ska kunna realiserar, kan den upphandlande enheten ställa krav på anbudsgivarna som gäller informationssäkerhet och som är nödvändiga för att de skyldigheter som ställts på myndigheten och om vilka föreskrivs i lag eller i en förordning som meddelats med stöd av den ska kunna fullgöras. Den upphandlande enheten bör i upphandlingsannonsen eller anbudsförfrågan bör föra fram de krav som gäller informationssäkerhet samt de utfästelser och uppgifter som ska lämnas in. Avsikten med dessa är att ge den upphandlande enheten säkerhet om att anbudsgivaren har tillräcklig kapacitet att uppfylla de informationssäkerhetskrav som ställts i upphandlingen.

I paragrafens 1 mom. ska innehållet i informationssäkerhetskraven inte särskilt definieras. Dessa krav bör dock grunda sig på fullgörandet av de skyldigheter som ställts på myndigheten och om vilka föreskrivs i lagen eller i en förordning som utfärdats med stöd av den. Bestämmelser om de sekretessförpliktelser som ställts på myndigheten och om handlingars offentlighet finns i offentlighetslagen och i lagen om internationella förpliktelser som gäller informationssäkerhet. Enligt 22 § i offentlighetslagen är en myndighets handling sekretessbelagd, om det i offentlighetslagen eller någon annanstans i lag har föreskrivits att den ska hemlighållas eller om myndigheten med stöd av lag har bestämt att den ska hemlighållas eller om den innehåller uppgifter för vilka genom lag har fastslagits tystnadsplikt.

I lagen om internationella förpliktelser som gäller informationssäkerhet föreskrivs om myndigheternas åtgärder vid realiserandet av internationella förpliktelser som gäller informationssäkerhet. Genom förordningen om informationssäkerhet igen föreskrivs om de allmänna informationssäkerhetskrav som gäller statsförvaltningens myndigheters hantering av handlingar samt om grunderna för

klassificering av handlingarna och om informationssäkerhetskrav som ska följas vid hanteringen av handlingar och som motsvarar klassificeringen.

Den nuvarande informationssäkerhetslagstiftningen innehåller inga bestämmelser om säkerhetsutredningar som gäller sammanslutningar, andra bedömningar, intyg eller utfästelser för de anbudsförfaranden som realiserar av de finska myndigheterna eller andra upphandlande enheter. I 12 § i lagen om internationella förpliktelser som gäller informationssäkerhet föreskrivs om säkerhetsutredningar som gäller sammanslutningar samt bedömningar, i lagens 13 § om förbindelser om att vidta säkerhetsåtgärder och i lagens 14 § om säkerhetsintyg. I propositionen föreslås det följaktligen att 1 § 3 mom. i lagen om internationella förpliktelser som gäller informationssäkerhet ska ändras på det sätt som refereras nedan. Efter ändringen ska det vara möjligt att göra säkerhetsutredningar som gäller sammanslutningar (12 §) samt bedömningar (13 §) som stämmer överens med internationella förpliktelser som gäller informationssäkerhet också när upphandlingen görs av en finsk myndighet eller en annan upphandlande enhet och anbudsgivaren är en finsk näringsidkare. Likaså ska ett säkerhetsintyg enligt 14 § i lagen också kunna ges vid upphandling enligt denna lag.

Den upphandlande enheten ska också kunna kräva andra förbindelser och uppgifter av anbudsgivaren än säkerhetsutredning som gäller sammanslutning och bedömning. Sådana kan vara bl.a. en förbindelse av anbudsgivaren om att den följer de krav som har fastställts i förbindelsen och anknyter till hemlighållandet av säkerhetsklassificerad information. Dessa krav kan sammanhånga t.ex. med behandling, förvaring, förstöring samt överlåtelse av säkerhetsklassificerad information. Krav kan också ställas på säkerhetsarrangemangen i de lokaler där säkerhetsklassificerad information hanteras eller förvaras. Den upphandlande enheten kan dessutom kräva att handlingarna och informationen i fråga tryggas både under hela upphandlingskontraktets giltighetstid och även efter det. I så fall har anbudsgivaren inte rätt att överlåta eller för tredje part yppa handlingar, i dem ingående information eller an-

nat material, som har definierats som säkerhetsklassificerade handlingar vid upphandling, efter att varan, tjänsten eller byggtreprenaden har utförts och de skyldigheter som ingår i kontraktet har fullgjorts. En motsvarande förbindelse är det möjligt att kräva också av de underleverantörer som anbudsgivaren känner till redan i den fas när anbudet upprättas.

Med anbudsgivarens eller underleverantörens förbindelse sammanhänger eller också föregås den ofta av en granskning av anbudsgivarens lokaler, verksamhetssätt och processer, som utförs av myndigheten, och över vilken kan utfärdas en säkerhetsutredning som gäller sammanslutning i enlighet med lagen om internationella förpliktelser som gäller informationssäkerhet. Henlighthållandet av säkerhetsklassificerad information kan också förutsätta att särskilda säkerhetsutredningar över personer och bedömningar görs i enlighet med lagen om säkerhetsutredningar (177/2002) eller lagen om internationella förpliktelser som gäller informationssäkerhet i fråga om de anställda hos anbudsgivaren eller underleverantören, vilka har rätt att hantera säkerhetsklassificerad information. I praktiken försäkras man sig om att en viss anbudsgivare har kapacitet att trygga informationens konfidentiella art med hjälp av de säkerhetsutredningar som nämns ovan. Det är fråga om utredningar som görs av myndigheten om att en viss anbudsgivares lokaler, personal och andra eventuella omständigheter som anknyter till realiserandet av upphandlingen är sådana att det inte föreligger någon risk för att säkerhetsklassificerad information råkar i obehörigas händer.

Den upphandlande enheten kan också be anbudsgivaren om tillräckliga uppgifter om anbudsgivarens underleverantörer, för att enheten ska kunna konstatera att dessa har tillräcklig förmåga att skydda säkerhetsklassificerade handlingar och uppgifter under den tid som upphandlingen realiserar. Den upphandlande enheten ska dessutom kunna kräva t.ex. att anbudsgivaren i sitt anbud ger en förbindelse eller ett intyg på att alla de underleverantörer den använder vid realiserandet av upphandlingen ger motsvarande förbindelse eller intyg som anbudsgivaren om sin förmåga att garantera skydd för de säkerhetsklassi-

ficerade handlingar och uppgifter som hänförs till upphandlingen. Ett dylikt krav har en koppling till den reglering gällande underentreprenader i 60–67 §, där den upphandlande enheten ges rätt att för fram krav med anknytning till konkurrensutsättningen och realiserandet av underentreprenader samt om möjlighet att förkasta en underleverantör som anbudsgivaren föreslår, om den upphandlande enheten har ett befogat skäl att misstänka att underleverantören i fråga inte har tillräcklig förmåga att skydda de säkerhetsklassificerade handlingar som hänförs till upphandlingen. En anbudsgivare ska på begäran förbinda sig att lämna in nödvändig information också om nya underleverantörer innan den ingår ett kontrakt som gäller underentreprenad. I praktiken eftersträvar man med detta att säkerställa att både de underleverantörer man redan känner till och eventuella nya har tillräcklig kapacitet att hantera säkerhetsklassificerade handlingar och uppgifter som sammanhänger med upphandlingen på adekvat sätt.

När det är fråga om en utländsk anbudsgivare avses med förbindelser och uppgifter enligt momentet i första hand en säkerhetsutredning och bedömning som utförts av behörig myndighet i anbudsgivarens etableringsland. Den upphandlande enheten ska godkänna en förbindelse eller uppgifter som getts av den behöriga myndigheten i en sådan stat som Finland har ett bilateralt eller multilateralt informationssäkerhetsfördrag som har satts i kraft i enlighet med lagen om internationella förpliktelser som gäller informationssäkerhet. Då har Finland och staten i fråga ett gällande fördrag som har antagits av riksdagen och där de skyldigheter gällande informationssäkerhet som hör till området för lagstiftningen har satts i kraft i Finland genom lag. Eftersom det inte finns ett gällande informationssäkerhetsfördrag mellan Finland och alla stater som är medlemmar i Europeiska unionen, ska den upphandlande enheten med beaktande av proportionalitetsprincipen i en dylik situation i princip godkänna andra förbindelser och uppgifter som anbudsgivaren lämnar in och som getts av en behörig myndighet. Den upphandlande enheten kan dock alltid förutsätta att de förbindelser och uppgifter som en anbudsgivare lämnar in

motsvarar de krav som ställs i den finska informationssäkerhetslagstiftningen.

Det är ofta nödvändigt att presentera det krav som gäller hemlighållande av säkerhetsklassificerade handlingar redan i upphandlingsannonsen. På så sätt kan den upphandlande enheten försäkra sig om att i det egentliga anbudsstadiet deltar endast sådana anbudsgivare och underentreprenörer som kan bevisa att de har tillräcklig kapacitet att skydda säkerhetsklassificerad information som hänför sig till upphandlingen.

Enligt 2 mom. kan den upphandlande enheten göra och beakta också egna tilläggsutredningar när den bedömer en anbudsgivares förmåga att klara av de informations säkerhetskrav som gäller upphandlingen. Den upphandlande enheten kan t.ex. göra egna granskningar eller utredningar eller be andra upphandlande enheter om uppgifter om en anbudsgivares förmåga att klara av informations säkerhetskraven. Den upphandlande enheten kan i sin bedömning beakta de tilläggsutredningar den fått liksom också de erfarenheter den har fått av anbudsgivarens kapacitet vid tidigare upphandlingar.

Motsvarande paragraf ingår inte i upphandlingslagen. Det är fråga om en specialbestämmelse som sammanhänger med försvars- och säkerhetsupphandling.

42 §. *De krav som gäller försörjnings- trygghet.* I denna paragraf ska det föreskrivas om särskilda krav som sammanhänger med försörjningstryggheten. Paragrafen grundar sig på artikel 23 i försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet.

Generellt avses med försörjningstrygghet förmåga att upprätthålla sådana ekonomiska basfunktioner för samhället som är nödvändiga för tryggandet av befolkningens livs- betingelser, samhällets funktion och säkerhet samt försvarets materiella förutsättningar i allvarliga störningar och under undantagsför- hållanden. Med begreppet sammanhänger i väsentlig grad också driftssäkerheten hos de system som är kritiska för samhället. Den militära försörjningstryggheten är en del av samhällets allmänna försörjningstrygghet. Den militära försörjningstryggheten kan an- ses omfatta utöver materiell försörjningsbe- redskap (dvs. leveranssäkerhet) också upp- rätthållandet av den industriella kompeten-

sen, underhåll och upprätthållande, forskning och utveckling, kvalitetssäkring, exporttill- ståndspraxis samt politiska och ekonomiska aspekter. Den militära försörjningstryggheten begränsar sig inte bara till försvarssektorn, utan den täcker också tryggandet av de eko- nomiska funktioner som är nödvändiga med tanke på försvaret i undantagsförhållanden.

Försörjningstryggheten har också en vä- sentlig koppling till den interna säkerheten. Till exempel driftssäkerheten hos datakom- munikationen, datasystemen och kommuni- kationen är en nödvändig förutsättning för att det moderna samhället ska kunna fungera utan störningar, för säkerheten och medbor- garnas utkomst. Att dessa system fungerar måste man kunna säkerställa såväl i normala förhållanden som under undantagsförhållan- den, och detta kan förutsätta utöver annat också särskilda krav eller säkerhetsåtgärder vid upphandling med anknytning till dessa system.

För att medborgarnas hälsa och välfärd ska kunna tryggas i alla förhållanden förutsätts också särskilda försörjningstrygghetsarran- gemang. Exempel på sådana är tryggandet av tillgången på vissa mediciner eller för hälso- vården vitala förnödenheter också under un- dantagsförhållanden. Även livsmedelsför- sörjningen är en vital funktion för samhället som måste tryggas i alla förhållanden.

Enligt 1 mom. bör de krav som samman- hänger med försörjningstryggheten fastställas i upphandlingsannonsen eller anbudsfrågan.

Paragrafens 2 mom. innehåller en lista på de krav med anknytning till försörjnings- tryggheten som den upphandlande enheten kan kräva att anbudsgivarna uppfyller. Listan är till sin art en exempelförteckning. Den upphandlande enheten kan således föra fram också andra krav som gäller försörjnings- trygghet förutsatt att dessa med beaktande av upphandlingens storlek och art stämmer överens med proportionalitetsprincipen. Kra- ven bör också vara icke-diskriminerande, om det inte föreligger grunder för något annat objektivt sett. Principen om icke- diskriminering gäller särskilt anbudsgivarens nationalitet. De krav som anknyter till för- sörjningstryggheten kan inte leda till att en inhemsk leverantör gynnas direkt eller indi-

rekt. Med en upphandling kan emellertid sammanhånga så krävande försörjnings-trygghetskrav att det i den är motiverat att återopa artikel 346 i EUF-fördraget och att genomföra upphandlingen enligt de förfaringsätt som fastslås i del III i lagen.

Kraven i paragrafens 2 mom. kan i lika hög grad sammanhånga med säkerställandet av den allmänna försörjningstryggheten som med säkerställandet av särskilt den militära försörjningstryggheten.

Kravet i 2 mom. 1 punkten anknyter huvudsakligen till försvarsmateriel och gränsöverskridande överföringar av dem. Punkten kan också bli tillämplig i fråga om s.k. produkter med dubbel användning. Den upphandlande enheten kan enligt den begära certifiering eller dokumentation av anbudsgivaren där denne på ett tillfredsställande sätt visar att den har förmåga att uppfylla de myndighetskrav som gäller överföring av försvarsmateriel. I praktiken innebär detta att anbudsgivaren måste kunna visa att den och dess underleverantörer av behöriga myndigheter kan få de tillstånd som behövs för export av försvarsmateriel. Beroende på försvarsmaterielens produktionskedja kan de stater, vilkas myndigheters beviljade exporttillstånd är en förutsättning för upphandling av försvarsmateriel, vara flera. Kravet kan i praktiken anses ha betydelse i de fall där någon eller några av anbudsgivarna eller underleverantörerna härstammar från en annan stat än den upphandlande enheten.

Paragrafens 2 mom. 2 punkt kompletterar 1 punkten genom att ge den upphandlande myndigheten en möjlighet att av anbudsgivaren begära information om begränsningar som exportkontroll eller informationssäkerhetsarrangemang kan komma att medföra för enheten i fråga om att sprida, överföra eller använda föremålet för upphandlingen. Punkten är av betydelse till exempel i de fall där föremålet för upphandlingen innehåller en sådan del eller ett sådant komponentsystem som den upphandlande enheten inte får modifiera, överlåta vidare eller använda någon annanstans än i sitt hemland. Det kan också vara fråga om ett komponentsystem eller en del i fråga om vilken försäljning till den upphandlande enheten förutsätter antingen exporttillstånd eller annat motsvarande tillstånd

från myndigheterna i ett tredje land eller vars användning, lagring och upprätthållande myndigheterna i leverantörens etableringsstat eller i en tredje stat övervakar särskilt. Det ligger i den upphandlande enhetens intresse att få kännedom om en dylik begränsning i en så tidig fas som möjligt.

I paragrafens 2 mom. 3 punkt föreskrivs om den upphandlande enhetens möjlighet att be anbudsgivaren bevisa att den klarar av de försörjningstrygghetskrav som anknyter till genomförandet av kontraktet. Anbudsgivaren bör kunna visa att dess försörjningskedja är organiserad så att den kan uppfylla de krav som den upphandlande enheten ställer. Dessa krav kan till exempel anknyta till service, underhåll och reparationskapacitet. Härvid ska anbudsgivaren i sitt anbud visa att dess försörjningskedja är pålitlig och stabil och att den har en etablerad och i förhållande till upphandlingens storlek tillräcklig och korrekt organiserad logistik. Kraven kan i lika hög grad gälla situationen i upphandlingens begynnelsefas som hela kontraktperioden eller livscykeln för den produkt som ska upphandlas, varvid inte heller ändringar i anbudsgivarens underleveranskedja får äventyra möjligheten att uppfylla de krav som nämns ovan. Den upphandlande enheten har en möjlighet att kräva att anbudet också ska innehålla en utfästelse om att eventuella ändringar i anbudsgivarens underleveranskedja inte kommer att inverka negativt på uppfyllandet av de krav som sammanhänger med upphandlingen.

De krav som hänför sig till anbudsgivarens försörjningskedjas läge får dock inte leda till diskriminering som grundar sig på nationalitet. I fråga om försörjningskedjan kan geografiska faktorer vara av betydelse, men i princip endast i betydelsen av avstånd och reaktionstider. Kraven ska till denna del vara objektiva och prestationsbaserade, som exempel kan nämnas den tidsgräns som ska ställas på möjligheten att få en viss reservdel eller service. Finlands geografiska läge långt från de europeiska industrikoncentrationerna kan dessutom leda till att detaljerade krav måste ställas på anbudsgivarens försörjningskedja i synnerhet i fråga om tjänster som gäller reparation av skador, service och underhåll av försvarsmateriel med tanke på

beredskapen inför kristid och andra undantagsförhållanden. Bland annat kraven på försörjningstrygghet i kristider kan förutsätta att kapacitet att reparera skador och utföra service på försvarsmateriel – t.ex. ett militärluftfartyg – ska finnas tillgänglig i Finland på ett visst avstånd från dem som använder den. Anbudsgivaren ska härvid ha en skyldighet att i sitt anbud visa att dess försörjningskedjas läge och organisering möjliggör genomförande av upphandlingen med de krav som den upphandlande enheten ställer.

I paragrafens 2 mom. 4–5 punkt ska det beskrivas om den upphandlande enhetens möjlighet att av anbudsgivaren begära en utfästelse om att den kan uppfylla de ökade behov som eventuellt uppkommer för den upphandlande enheten till följd av en kris. Med dessa avses öknningar av kapaciteten som överskrider upphandlingskontraktet och uppkommer hos den upphandlande enheten i undantagsförhållanden eller när sådana hotar. Således kan det bli frågan om tilläggsleverans av en upphandlad vara eller ett ökat behov av underhålls- och servicetjänster i fråga om den upphandlade varan. Eftersom man inte kan känna till detaljerna i dessa tilläggsbehov ännu när upphandlingskontraktet sluts, bör villkoren för dessa överenskommas separat senare. Detta hindrar dock inte att man redan i upphandlingskontraktet kommer överens om de centralaste principerna i fråga om uppfyllandet av de krav som gäller tilläggsbehov i krissituationer. Anbudsgivaren bör också på begäran lämna in de dokument som den erhållit av sina nationella myndigheter och av vilka framgår anbudsgivarens kapacitet att uppfylla de krav som nämns ovan.

I 6 punkten i paragrafens 2 mom. ges den upphandlande enheten en möjlighet att av anbudsgivaren kräva en utfästelse om att den kommer att utföra underhåll, modernisering och anpassning av de produkter som är föremål för upphandlingen. Ett krav av detta slag ingår ofta i upphandlingen av försvarsmateriel, eftersom det är frågan om produkter vilkas beräknade brukstid kan vara klart längre än för vanliga civila produkter. Genom kravet kan man försäkra sig om att anbudsgivaren förbinder sig att svara för att objektet för upphandlingen är användbart under hela dess

livscykel. Det rekommenderas att om dylika skyldigheter överenskomms närmare i upphandlingskontraktet för att parterna i upphandlingen ska ha samförstånd om hur service-, underhålls- eller moderniseringsarbeten sköts under brukstiden. Med beaktande av produkternas bruksändamål kan i ovan nämnda arbeten också ingå krav som hänför sig till reaktionstiderna.

Enligt 7 punkten i paragrafens 2 mom. kan den upphandlande enheten kräva en utfästelse från anbudsgivaren om att den i tid informerar enheten om varje förändring i anbudsgivarens verksamhet som kan tänkas påverka anbudsgivarens förmåga att klara av sina skyldigheter enligt upphandlingskontraktet. Ändringarna kan gälla anbudsgivarens försörjningskedja, ägarförhållanden, strategi, olika slag av tillståndsförfaranden eller någon annan omständighet som är väsentlig med tanke på dess verksamhet eller upphandlingen. Eventuella ändringar är viktig information för den upphandlande enheten och de anknyter nära till dess riskbedömningar. Anbudsgivarens skyldighet att informera om ovan nämnda ändringar ger den upphandlande enheten också en möjlighet att i tillräckligt god tid överväga alternativa lösningar. Skyldigheten att meddela om ändringar som sker i anbudsgivarens försörjningskedja anknyter också till 3 punkten i momentet, där anbudsgivaren kan avkrävas certifiering eller dokumentation som visar att ändringar i försörjningskedjan inte inverkar negativt på anbudsgivarens möjligheter att uppfylla sina skyldigheter.

Punkt 8 i paragrafens 2 mom. ska gälla den upphandlande enhetens möjlighet att bereda sig på de situationer där anbudsgivaren inte längre kan klara av de skyldigheter som den i kontraktet har förbundit sig till. Situationen i fråga sammanhänger med en sådan risk för den upphandlande enheten att anbudsgivaren blir tvungen eller beslutar sig för att upphöra med produktionen. För händelse av en sådan situation kan den upphandlande enheten redan i anbudsfrågningsstadiet kräva att anbudsgivaren ger en utfästelse om att den kommer att överlåta all nödvändig utrustning till den upphandlande enheten för att den upphandlade produkten fortsättningsvis ska kunna användas i enlighet med den ursprung-

liga planen. Den lista som nämns i punkten innehåller såväl utrustning som tekniska ritningar, licenser och instruktioner. För att den användning av den upphandlande produkten som avses i punkten ska kunna fortgå kan detta också förutsätta överlåtelse av immateriella rättigheter eller licenser till dem till den upphandlande enheten. Det rekommenderas att om denna förpliktelse överenskomms särskilt i det egentliga upphandlingskontraktet.

De krav som gäller försörjningstrygghet kan också definiera föremålet för kontraktet som helhet. En dylik situation kan uppkomma till exempel när den upphandlande enheten av skäl som beror på försörjningstryggheten har ett behov att hitta en annan leverantör för varan eller tjänsten utöver den leverantör som redan finns. Härvid kan den upphandlande enheten konkurrensutsätta ett kontrakt för en s.k. sekundär källa. Föremål för kontraktet ska kunna vara t.ex. ammunition som ofta används i krishanteringsoperationer och vars kontinuerliga tillgång man vill trygga med ett särskilt arrangemang. I en dylik situation ska den upphandlande enheten kunna anse det korrekt att från konkurrensutsättningen utesluta den redan existerande leverantören. Uteslutningen bör dock grunda sig på tryggandet av en tillräcklig nivå på försörjningstryggheten. Dessutom bör arrangemanget följa proportionalitetsprincipen.

Den upphandlande enheten bör också av försörjningstrygghetsskäl ha möjlighet att dela upp ett nytt kontrakt på flera leverantörer. Härvid kan enheten göra detta antingen som ramavtal eller genom att dela upp upphandlingen i mindre delhelheter på så sätt att varje anbudsgivare kan ge anbud endast på en del eller på ett begränsat antal delar.

I 3 mom. ska det föreskrivas om att den upphandlande enheten dock inte ska kunna avkräva en anbudsgivare ett sådant åtagande med vilket friheten för anbudsgivarens etableringsstat att bestämma om frågor med anknytning till export, överföring eller transitering av försvarsmateriel skulle begränsas. Den upphandlande enheten kan inte kräva att anbudsgivaren ska ge en utfästelse där det t.ex. skulle säkerställas att det inte heller i framtiden föreligger hinder för ett eventuellt exporttillstånd. Utgångspunkten för internationella regler och för Europeiska unionens

interna regler om försvarsmateriel är att den tillståndsprövning som sammanhänger med export, överföring eller transitering av försvarsmateriel alltid grundar sig på den tidpunkt då tillstånd söks. Den upphandlande enheten kan därmed inte kräva av anbudsgivaren ett intyg på att tillståndsmyndigheten i anbudsgivarens etableringsland beviljar det tillstånd som behövs också i framtiden i alla förhållanden.

I Finland föreskrivs om försörjningsberedskap i lagen om tryggnad av försörjningsberedskapen. Med stöd av 2 § 2 mom. och 12 § 2 mom. i lagen har statsrådets beslut om målen med försörjningsberedskapen (539/2008) utfärdats. I beslutet fastställs de beredskapsåtgärder genom vilka den infrastruktur som är nödvändig för ett fungerande samhälle och den kritiska produktionens kontinuitet i alla situationer kan tryggas.

Enligt beslutet är det nödvändigt att se till att den industri och serviceproduktion som är viktig för försvaret bevaras i hemlandet. Särskilt viktigt är det att trygga den inhemska integrations- och underhållsförmågan samt förmågan att reparera skador under kristid. Utöver upprätthållandet bestäms i beslutet om stärkandet och säkerställandet av prestationsförmågan i fråga om spaning, övervakning och ledning, kontrollerad verkan samt rörlighet, logistik, specialkonstruktioner och skydd.

Den upphandlande enheten blir följaktligen tvungen att beakta bestämmelserna i ovan nämnda statsrådsbeslut när den ställer krav gällande försörjningsberedskapen. Dessa krav måste samordnas med bestämmelserna i den föreslagna lagen så att de mål med den militära försörjningsberedskapen som ställs i statsrådets beslut kan uppnås också i framtiden. Detta kan i praktiken leda till bl.a. att det i vissa upphandlingar inte är möjligt att uppnå de mål som nämns ovan inom ramen för direktivets regler och principer, utan att upphandlingen bör genomföras med s.k. nationella förfaranden.

Motsvarande paragraf ingår inte i upphandlingslagen. Försörjningstrygghet är ett viktigt särdrag i försvars- och säkerhetsupphandling och därför föreslås det att en särskild bestämmelse om detta tas in i lagen.

43 §. Skyldigheter avseende bestämmelser om beskattning, miljöskydd, arbetarskydd och arbetsförhållanden. I paragrafen ska det föreskrivas om den upphandlande enhetens möjlighet att meddela anbudsgivarna om de skyldigheter som avser vissa bestämmelser. Den föreslagna bestämmelsen grundar sig på artikel 24 i försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet, där medlemsstaterna ges en möjlighet att i sin nationella lagstiftning besluta om hur förpliktande bestämmelsen är.

I enlighet med 1 mom. ska den upphandlande enheten i anbudsförfrågan kunna ange för anbudsgivarna de myndigheter hos vilka anbudsgivaren kan få uppgifter om skyldigheterna avseende beskattning, miljöskydd, arbetarskydd, arbetsförhållanden eller arbetsvillkor i Finland. De upphandlande enheterna bör beakta att de genom att upplysa anbudssökandena och anbudsgivarna om de myndigheter som avses i bestämmelsen särskilt inom byggentreprenader och tjänsteupphandling kan försöka förhindra osunda fenomen som faller inom ramen för grå ekonomi och främja anbudssökandenas och anbudsgivarnas insikter om de bestämmelser som tillämpas i Finland och se till att anbudssökandena och anbudsgivarna är medvetna om att den upphandlande enheten förutsätter att dessa bestämmelser iakttas.

För gränsöverskridande verksamhet, när arbetstagare i en medlemsstat utför tjänster i en annan medlemsstat i samband med fullgörandet av ett upphandlingskontrakt, ska vid utstationering av arbetstagare i en annan medlemsstat i samband med tillhandahållande av tjänster iakttas de nationella bestämmelser som grundar sig på Europaparlamentets och rådets direktiv 96/71/EG om utstationering av arbetstagare i samband med tillhandahållande av tjänster. I Finland har dessa skyldigheter genomförts genom lagen om utstationerade arbetstagare (1146/1999).

För anbudsgivarna kan uppgifterna i avslutning till de skyldigheter som avses i denna paragraf vara av väsentlig betydelse, och de kan påverka anbudsgivarens möjligheter att utföra till exempel en byggentreprenad eller en tjänst som förutsätter utstationering av arbetskraft i en annan medlemsstat. Tillgången till uppgifter främjar uppfyllandet av målen för fri rörlighet för varor och tjänster

samt det praktiska genomförandet av kraven i samband med miljöskydd och skydd av arbetstagare.

Den upphandlande enhetens information begränsar sig till angivande av vilka myndigheter som ansvarar för tillhandahållande av information om beskattning, miljöskydd, arbetarskydd och arbetsförhållanden. Den upphandlande enheten är således inte skyldig att till exempel lösa tolkningsproblem gällande tillämpningsområdet för kollektivavtal.

Enligt 1 mom. ska den upphandlande enheten även kräva att anbudsgivarna bekräftar att de utformat sina anbud med hänsyn till de skyldigheter gällande beskattning, miljöskydd, arbetarskydd och arbetsförhållanden som avses i paragrafen. Anbudsgivarna ska således på den upphandlande enhetens begäran i sitt anbud meddela att de har beaktat till exempel de lagstiftade skyldigheter som hänför sig till anställning av arbetstagare eller arbetarskydd som gäller vid platsen för utförande av en tjänst eller en byggentreprenad och som syftar till att förhindra användning av arbetskraft på sämre villkor än de som förutsätts i lagstiftningen.

Enligt 2 mom. inverkar anbudsgivarens bekräftelse av att skyldigheterna gällande beskattning, miljöskydd, arbetarskydd och arbetsförhållanden uppfyllts inte på granskningen av exceptionellt låga anbud. Exceptionellt låga anbud får inte förkastas utan att orsakerna till det låga anbudspriset reds ut. Enligt 48 § i den föreslagna lagen kan å andra sidan en anbudsgivare som har försummat sin skyldighet att betala skatter eller socialskyddsavgifter, har gjort sig skyldig till en allvarlig förseelse i sin yrkesverksamhet eller har dömts för en lagstridig handling utslutas ur anbudsförfarandet. Ovan nämnda grunder kan till exempel hänföra sig till brott mot bestämmelser om arbetar- eller miljöskydd.

Paragrafen har samma innehåll som 50 § i upphandlingslagen.

44 §. Påvisande av att anbudet svarar mot kraven. I paragrafen ska det föreskrivas om anbudsgivarens skyldighet att visa att anbudet svarar mot anbudsförfrågan och om det sätt på vilket det är möjligt att visa att kraven i anbudsförfrågan uppfylls. Bestämmelsen

grundar sig på artikel 18.4 och 18.5 i försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet.

I 1 mom. fastställs att anbudsgivaren i sitt anbud ska påvisa att den vara, tjänst eller byggtreprenad som erbjuds svarar mot kraven i anbudsfrågan. I rättspraxis gällande civil upphandling är det vedertaget att anse att kravet på en likvärdig behandling av anbudsgivarna samt allmänna avtalsrättsliga principer förutsätter att anbudet svarar mot anbudsfrågan. Den upphandlande enheten bör därmed förkasta sådana anbud som inte motsvarar kraven i anbudsfrågan. Därmed ska t.ex. sådana anbud som inte svarar mot de i anbudsfrågan angivna tekniska specifikationerna eller andra krav beträffande föremålet för upphandlingen uteslutas ur anbudsproceduren. Anbudet ska förkastas såsom icke förenligt med villkoren för anbudsproceduren också i det fall att det har inkommit efter utsatt tid eller är bristfälligt.

Ett förkastande bör bedömas uttryckligen ur det perspektiv som gäller en likvärdig behandling av anbudsgivarna. Högsta förvaltningsdomstolen har i sitt beslut gällande upphandlingslagen (29.1.2010, liggare 173) konstaterat att vid en jämförelse av anbudet kan lika behandling av anbudsgivarna endast realiseras, om anbudet är sinsemellan jämförbara. Den upphandlande enheten är skyldig att förkasta ett anbud som inte motsvarar anbudsgivarens i det fall då anbudets bristfällighet eller det att det inte motsvarar anbudsfrågan äventyrar en jämlik och icke-diskriminerande behandling av anbudsgivarna vid jämförelsen av anbudet. Om emellertid det att anbudet inte kan jämföras beror på att anbudsfrågan till sitt innehåll har varit mångtydigt eller oklart, kan denna felaktighet i anbudsfrågan inte repareras genom att de anbud som inte kan jämföras förkastas.

Enligt vedertagen rättspraxis som gäller upphandlingslagen förutsätter principen om likabehandling av anbudsgivarna och öppenhet också att anbud som inkommit efter utsatt tid uteslutas ur anbudsproceduren (till exempel HFD 3.9.1998, liggare 39 och HFD 2.4.2003, liggare 810). Förkastandet av försenade anbud säkerställer att alla anbudsgivare har samma tid på sig att utarbeta anbud och att innehållet i anbudet hemlighålls under anbudstiden.

I 2 mom. föreskrivs om situationer där de tekniska specifikationerna har definierats genom hänvisningar till standarder eller någon annan teknisk definition. I anbudet kan anbudsgivaren visa att en vara eller tjänst uppfyller kraven i anbudsgivarens, även om den inte motsvarar den tekniska definition som den upphandlande enheten använder. Som bevis på att kraven uppfylls kan anges t.ex. ett intyg som utfärdats av ett provningslaboratorium eller certifieringsorgan. På motsvarande sätt ska också intyg som utfärdats av organ i andra medlemsstater godkännas. Anbudsgivaren kan också lämna in en egen redogörelse om att de tekniska kraven uppfylls. Anbudsgivaren är då skyldig att visa att de krav som den upphandlande enheten ställt uppfylls.

Enligt 3 mom. kan anbudsgivaren, om den upphandlande enheten har utarbetat tekniska specifikationer på basis av kraven gällande prestanda eller funktionella egenskaper, visa att den erbjudna produkten eller varan är förenlig med anbudsfrågan genom att visa att den stämmer överens med en relevant europeisk eller internationell standard eller någon annan teknisk definition. Den upphandlande enheten har inte rätt att förkasta ett anbud såsom icke överensstämmande med anbudsfrågan, utom i situationer där en specifikation som följer en standard eller någon annan teknisk definition inte lämpar sig för ändamålet eftersom den t.ex. gäller andra egenskaper än vad den upphandlande enheten har förutsatt i anbudsfrågan. Anbudsgivaren ska härvid visa att en lösning som följer standarden uppfyller kraven beträffande prestanda eller funktionella egenskaper.

Anbudsgivaren kan lägga fram olika utredningar för att visa att anbudet svarar mot kraven beträffande prestanda eller funktionella egenskaper. Om den upphandlande enheten anser att anbudsgivarens anbud inte uppfyller de angivna kraven, ska den beroende på hur allvarlig avsaknaden av förutsättningar är antingen be anbudsgivaren komplettera anbudet eller förkasta anbudet såsom icke motsvarande anbudsfrågan. Den upphandlande enheten ska motivera sitt beslut.

Paragrafen har samma innehåll som 46 § i upphandlingslagen.

45 §. Kommunikation. I denna paragraf föreskrivs om metoderna för sändande av de annonser och handlingar som hänför sig till upphandlingsförfarandet. Paragrafen grundar sig på artikel 36.1 och 36.2 i försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet.

Enligt 1 mom. ska det informationsutbyte som hänför sig till upphandlingsförfarandet kunna ske per post, fax eller elektroniska medel. Den upphandlande enheten kan besluta om de kommunikationsmedel som används med beaktande av föremålet för upphandlingen och dess omfattning. Om det förutsätts att i anbudet ingår till exempel ritningar eller prover, bör detta naturligtvis beaktas då man överväger vilka kommunikationsmedel som ska användas. Vid valet av kommunikationsmedel bör särskild uppmärksamhet fästas vid icke-diskriminering, varför kommunikationsmedlen bör vara allmänt tillgängliga.

I 2 mom. ska det föreskrivas om de elektroniska medel som ska användas för att sända information. De bör vara allmänt tillgängliga och kompatibla med den informations- och kommunikationsteknologi som allmänt är i användning. Den upphandlande enheten ska också ha rätt att förutsätta att elektroniska signaturer i anbud och ansökningar om deltagande uppfyller kraven i lagen om stark autentisering och elektroniska signaturer (617/2009).

I 3 mom. ska det föreskrivas om de skyldigheter som riktar sig till den upphandlande enheten och som sammanhänger med informationens tekniska egenskaper samt konfidentiell behandling. I allt informering och informationsutbyte mellan den upphandlande enheten och kandidaterna eller anbudsgivarna måste den konfidentiella karaktären kunna bevaras. Det ska vara den upphandlande enhetens skyldighet att också se till att innehållet i en ansökan om deltagande eller en anbudsförfrågan inte avslöjas innan de tidsfrister som gäller dem har gått ut. Dessutom ska den upphandlande enheten redan i upphandlingsannonsen meddela vilka eventuella krav med anknytning till informationsutbytet upphandlingen innehåller.

I 4 mom. föreslås det att om de tekniska och andra förutsättningar som ska tillämpas på elektronisk kommunikation ska föreskri-

vas genom en förordning av statsrådet. I artikel 36.3 – 36.6 i försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet finns bestämmelser av teknisk natur som ansluter till informationsutbytet och som bland annat gäller den utrustning som används vid elektronisk informationsförmedling, kryptering och elektronisk signatur. Enligt artikel 69.2 b i försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet har Europeiska kommissionen rätt att ändra bestämmelserna om och de tekniska kraven på utrustningen för elektronisk mottagning enligt bilaga VIII. Nämnda skyldigheter som hänför sig till kommunikation i försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet är av teknisk natur och det är sannolikt att de kommer att ändras till följd av den tekniska utvecklingen. Därför föreslås att närmare bestämmelser om dessa krav gällande kommunikation utfärdas genom förordning.

Paragrafens 1 mom. har samma innehåll som 51 § i upphandlingslagen.

8 kap. **Val av anbudssökande och anbudsgivare samt val av anbud**

46 §. Bedömning av anbudssökandes och anbudsgivares lämplighet. I paragrafen ska det föreskrivas allmänt om bedömningen av lämpligheten hos anbudssökande och anbudsgivare i enlighet med principen om att upphandlingsförfarandet genomförs i successiva steg. Paragrafen grundar sig på artikel 38.1 i försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet.

Enligt paragrafen ska bedömningen av anbudssökandenas och anbudsgivarnas lämplighet ske innan anbudet jämförs i enlighet med vad som föreskrivs i 47–56 §. Således ska den upphandlande enheten innan den börjar jämföra anbudet överväga om anbudssökanden eller anbudsgivaren ska utslutas ur anbudsförfarandet på basis av de grunder för uteslutning som fastställs i kapitlet, bedöma om anbudssökandena och anbudsgivarna uppfyller de i anbudsförfrågan angivna minimikraven beträffande ekonomisk och finansiell situation, tekniska och yrkesmässiga kvalifikationer samt informationssäkerhet och försörjningstrygghet samt göra det urval av anbudsgivare som inbjuds

att delta i anbudsförfarandet vid selektivt förfarande, förhandlat förfarande och konkurrenspräglad dialog. Den upphandlande enheten kan dock även senare utesluta en anbudssökande eller en anbudsgivare ur anbudsförfarandet på basis av 47 och 48 § om den upphandlande enheten får kännedom om att en grund för uteslutning föreligger.

I upphandlingsdirektiven har man försökt göra uppdelningen av anbudsförfarandet i successiva steg tydligare. Avskiljandet av bedömningen av anbudssökandenas och anbudsgivarnas egenskaper och behörighet från de faktorer som hänför sig till föremålet för upphandlingen, dvs. bedömningen av innehållet i anbudet, ökar upphandlingsförfarandets objektivitet och öppenhet och insynen i förfarandet samt förbättrar anbudsgivarnas rättsskydd. Den upphandlande enheten ska meddela de minimikrav som förutsätts av anbudssökandena eller anbudsgivarna på förhand samt bedöma uppfyllandet av dessa och tillämpningen av uteslutningsgrunder i ett särskilt skede av upphandlingsförfarandet. De beslut som påverkar anbudsgivarnas ställning ska motiveras och delges berörda parter i enlighet med 74 §.

EG-domstolen har i sin dom i mål C-532/06, Lianakis (REG 2008, s. I-00251) om tillämpningen av tjänsteupphandlingsdirektivet 92/50/EEG ansett att granskningen av anbudsgivarnas lämplighet och avgörandet av en anbudstävling är två separata åtgärder på vilka olika rättsregler tillämpas. Grunderna för att ingå ett kontrakt (jämförelsegrunderna) kan inte vara grunder med stöd av vilka man inte kan reda ut vilket av anbudet som är det ekonomiskt mest fördelaktiga, utan de sammanhänger med bedömningen av om anbudsgivarna klarar av att uppfylla kontraktet i fråga. Principen har också bekräftats i domen i målet C-315/01, Gesellschaft für Abfallentsorgungs-Technik (GAT) (REG 2003, s. I-6351). Även högsta förvaltningsdomstolen har i sina beslut (HFD 12.12.2003, liggare 3202 samt HFD 6.10.2004, liggare 2514) tagit upp frågan och ansett att upphandlingsförfarandet är en process i två steg, där anbudsgivarens tekniska, ekonomiska och övriga förutsättningar för fullgörande av upphandlingen ska bedömas först. Om sådana förutsättningar inte förelig-

ger, kan den upphandlande enheten utesluta anbudsgivaren ur upphandlingsförfarandet. Efter detta jämförs anbudet för de anbudsgivare som inte har uteslutits ur anbudsförfarandet.

Paragrafen motsvarar till innehållet 52 § i upphandlingslagen.

47 §. Uteslutning av anbudssökande eller anbudsgivare som gjort sig skyldiga till vissa brott. Det föreslås att i denna paragraf ska föreskrivas om uteslutning ur anbudsförfarandet av anbudssökande och anbudsgivare som gjort sig skyldiga till vissa brott. I artikel 39 i försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet räknas de unionsbestämmelser som gäller brott som medför obligatorisk uteslutning. De brott som leder till obligatorisk uteslutning räknas upp i följande föreskrifter och avtal: artikel 2.1 i rådets gemensamma åtgärd 98/773/RIF, artikel 1 i konventionen om skydd av Europeiska gemenskapernas finansiella intressen, rådets direktiv 91/308/EEG av den 10 juni 1991 om åtgärder för att förhindra att det finansiella systemet används för tvättning av pengar, artikel 3 i rådets akt av den 26 maj 1997 respektive artikel 3.1 i rådets gemensamma åtgärd 98/742/RIF. Den sistnämnda bestämmelsen har upphävts genom rådets rambeslut 2003/568/RIF om kampen mot korruption inom den privata sektorn, vars artikel 2.1 a om bestickning inom den privata sektorn motsvarar artikel 3.1 i den upphävda gemensamma åtgärden. Dessa bestämmelser räknas upp i paragrafens 1 mom.

De brott som räknas upp i ovan nämnda unionsbestämmelser motsvaras i Finlands strafflag (39/1889) av deltagande i en organiserad kriminell sammanslutnings verksamhet enligt 17 kap. 1 a §, givande av muta enligt 16 kap. 13 §, grovt givande av muta enligt 16 kap. 14 §, givande av muta i näringsverksamhet enligt 30 kap. 7 §, skattebedrägeri och grovt skattebedrägeri enligt 29 kap. 1 och 2 §, subventionsbedrägeri enligt 29 kap. 5 §, grovt subventionsbedrägeri enligt 29 kap. 6 §, subventionsmissbruk enligt 29 kap. 7 §, penningtvätt enligt 32 kap. 6 §, grov penningtvätt enligt 32 kap. 7 § samt finansiering av terroristisk verksamhet enligt 34 a kap. 5 §. Dessa bestämmelser räknas upp i paragrafens 1 mom. 1–3 och 5 punkt.

I 1 mom. 4 punkten ska de terroristbrott enligt 34 kap. i strafflagen nämnas vilka förpliktar den upphandlande enheten att utesluta en anbudssökande eller anbudsgivare ur anbudsförfarandet.

Enligt 6 punkten i momentet ska även en anbudssökande eller anbudsgivare, som har gjort sig skyldig till ockerliknande diskriminering i arbetslivet enligt 47 kap. 3 a § i strafflagen, uteslutas ur anbudsförfarandet. Ockerliknande diskriminering i arbetslivet kommer i fråga då en arbetssökande eller arbetstagare genom en förbjuden diskrimineringsgrund försätts i märkbart ofördelaktig ställning genom att arbetssökandens eller arbetstagarens ekonomiska trångmål eller annars trängda läge, beroendeställning, oförstånd, lättsinne eller okunnighet utnyttjas. En fängelsedom för ockerliknande diskriminering skulle vara ett bevis på att arbetsgivaren medvetet har utnyttjat det nödställda läget en arbetstagare av till exempel utländsk härkomst och med bristande språkkunskaper befinner sig i, och till skillnad från övriga arbetstagare, tillämpat betydligt sämre arbetsvillkor för denne än vad lagen och kollektivavtalen förutsätter.

Den upphandlande enheten har inte prövningsrätt när det gäller uteslutning av en anbudssökande eller anbudsgivare som har begått ett brott som avses i 1 mom., utan den måste utesluta en sådan anbudssökande eller anbudsgivare ur anbudsförfarandet. Uteslutandet förutsätter en dom som vunnit laga kraft, vilket innebär att den upphandlande enheten inte har någon skyldighet att utesluta en anbudsgivare på grund av en pågående förundersökning eller domstolsbehandling som gäller nämnda brott. Dessutom ska det som föreskrivs i lagen om näringsförbud (1059/1985) beaktas.

Enligt 1 mom. ska domen för de nämnda brotten framgå av ett straffregisterutdrag, vilket begränsar möjligheten att använda grunden för uteslutning i situationer där uppgiften om en dom för ett visst brott har avförts ur straffregistret. Enligt 10 § i straffregisterlagen (770/1993) utplånas uppgifter om villkorligt fängelse och samfundsbot ur straffregistret sedan fem år förflutit, uppgifter om ovillkorligt fängelsestraff på högst två år sedan tio år förflutit och uppgifter om ovill-

korligt fängelsestraff på över två år sedan tjugo år förflutit från det den lagakraftvunna domen gavs. Bötesstraff framgår inte av straffregistret, vilket innebär att bötesstraff inte berättigar till användning av grunden för uteslutning.

På grund av den proportionalitetsprincip som tillämpas inom offentlig försvars- och säkerhetsupphandling kan de lindriga formerna av ovan nämnda brott inte komma i fråga som obligatoriska grunder för uteslutning, men beroende på brottets art kan en anbudsgivare uteslutas med stöd av en grund som nämns i 48 § 1 mom. 3 eller 4 punkten.

Den som dömts för nämnda brott kan vara en person i ledningen för det företag, den sammanslutning eller den övriga juridiska person som har lämnat in en anbudsansökan eller ett anbud, såsom dess verkställande direktör, vice verkställande direktör, styrelseordförande eller en person i motsvarande ställning, samt även en person som är behörig att representera anbudssökanden eller anbudsgivaren eller fatta beslut eller har kontrollbehörighet. Även ett företag eller en annan juridisk person som på grund av nämnda brott har dömts till samfundsbot enligt 9 kap. i strafflagen ska uteslutas ur anbudsförfarandet. I paragrafens 3 mom. menas med dom även samfundsbot.

Uteslutningen av en anbudssökande eller en anbudsgivare på grund av denna paragraf ska ske omedelbart då den upphandlande enheten har fått kännedom om den lagakraftvunna domen. Den upphandlande enheten är inte skyldig att be anbudssökandena eller anbudsgivarna visa att de inte belastas av en sådan grund för uteslutning som avses i denna paragraf. Av den upphandlande enheten kan dock förutsättas noggrannhet och aktivitet om det finns anledning att misstänka att en grund för uteslutning föreligger och enheten är skyldig att vidta åtgärder om den delges information eller misstankar om att en grund för uteslutning föreligger.

I 2 mom. ska det föreskrivas om den upphandlande enhetens skyldighet att ur anbudsförfarandet utesluta en anbudssökande eller en anbudsgivare som till följd av ett brott som nämns i 1 mom. har dömts till samfundsbot som avses i 9 kap. i strafflagen.

I 3 mom. ska det föreskrivas om den upphandlande enhetens skyldighet att ur anbudsförfarandet utesluta också en anbudsgivare som gjort sig skyldig till motsvarande brott i en annan medlemsstat.

Enligt 4 mom. kan den upphandlande enheten göra undantag från den skyldighet att utesluta en anbudssökande eller anbudsgivare som har gjort sig skyldig till brott som nämns i 1 mom. bara på grund av tvingande allmänt intresse. Detta skulle således endast gälla specialfall, såsom situationer där endast en anbudsgivare, som belastas av en grund för uteslutning som avses i denna paragraf, har lämnat anbud i ett brådskande upphandlingsförfarande som föranletts av en naturhändelse. En uteslutning av anbudsgivaren i en sådan situation skulle äventyra hela projektet och orsaka allvarlig skada för samhället. Undantag från uteslutning kan utöver av tvingande allmänt intresse även motiveras med att det tidigare brottsliga förfarandet inte har någon betydelse för genomförandet av projektet, t.ex. om den dömda personen inte längre arbetar i ansvarsställning i det företag som lämnat anbudet.

Paragrafen motsvarar huvudsakligen 53 § i upphandlingslagen. Obligatoriska grunder för uteslutning vid försvars- och säkerhetsupphandling gäller också brott som begåtts i terroristiskt syfte och för finansiering av terrorism.

48 §. Andra grunder för uteslutning. Det föreslås att i denna paragraf ska föreskrivas om möjligheten att utesluta en anbudsgivare ur ett anbudsförfarande på basis av vissa andra grunder för uteslutning. Paragrafen grundar sig på artikel 39.2 i försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet.

Syftet med den föreslagna paragrafen är att minska de ekonomiska risker som beror på leverantörens svaga ekonomiska ställning och övriga risker som beror på andra faktorer och som ansluter sig till genomförandet av upphandlingen. Den upphandlande enheten ska ha prövningsrätt i fråga om användningen av grunden för uteslutning. Utnyttjande av rätten till uteslutning förutsätter inte att detta nämns i förfrågningsunderlaget eller upphandlingsannonsen, även om detta rekommenderas. Vid uteslutning av anbudssökande och anbudsgivare bör den upphandlande en-

heten iaktta proportionalitetsprincipen. Efter som uteslutning av en anbudsgivare ur anbudsförfarandet är en drastisk åtgärd, bör vid prövningen av uteslutningen beaktas till exempel hur allvarlig förseelsen eller försummelsen är, dess art och omfattning, dess samband med föremålet för upphandlingen, den tid som förflutit sedan förseelsen eller försummelsen skedde, eventuella andra påföljder samt eventuella avhjälpande åtgärder av den som gjort sig skyldig till förseelsen eller försummelsen. Principerna om likvärdighet och icke-diskriminering förutsätter att grunderna för uteslutning tillämpas på samma sätt på alla anbudssökande och anbudsgivare.

Enligt 1 mom. 1 punkten kan en anbudssökande eller anbudsgivare uteslutas på grund av svag ekonomisk situation, om han eller hon är försatt i konkurs eller har avbrutit sin affärsverksamhet eller om ackord, skuldarrangemang eller skuldsaneringsprogram har fastställts för anbudssökanden eller anbudsgivaren. Enligt 2 punkten är det även möjligt att utesluta en anbudssökande eller anbudsgivare ur anbudsförfarandet om ett ovan nämnt förfarande är anhängigt.

En sådan lagstridig handling i anslutning till yrkesutövning som avses i 1 mom. 3 punkten är till exempel brott mot lagstiftningen om export av försvarsmateriel eller produkter med dubbel användning, konkurrenslagstiftningen, arbetslagstiftningen eller jämställdhetslagstiftningen. Även miljöbrott i enlighet med 48 kap. i strafflagen eller brott i anslutning till marknadsföring och konkurrens enligt 30 kap. i strafflagen kan komma i fråga. Uteslutning av en anbudssökande eller anbudsgivare som har gjort sig skyldig till ett brott förutsätter en lagkraftvunnen dom. De principer som iakttas i samband med detta behandlas i 47 §.

En allvarlig förseelse i yrkesverksamheten enligt 1 mom. 4 punkten är till exempel brott mot skyldigheter som gäller informationssäkerhet eller försörjningstrygghet eller en annan motsvarande förseelse i samband med ett tidigare upphandlingskontrakt. I gränsöverskridande fall kan som en allvarlig förseelse i yrkesverksamhet eller en lagstridig handling i anslutning till yrkesutövningen även anses verksamhet som strider mot nationell lag-

stiftning som grundar sig på Europaparlamentets och rådets direktiv 96/71/EG om utstationering av arbetstagare i samband med tillhandahållande av tjänster. Även underlåtenhet att iakttä miljölagstiftningen kan anses som en allvarlig förseelse. Den som gjort sig skyldig till en sådan allvarlig förseelse eller lagstridig handling som avses i 3 och 4 punkten i detta moment kan vara en anbudssökande eller anbudsgivare som är en fysisk person. När det gäller juridiska personer kan det till exempel vara fråga om ett brott för vilket den juridiska personen har dömts till samfundsbot i enlighet med 9 kap. i strafflagen. När det gäller företag och övriga juridiska personer föreligger en grund för uteslutning om den allvarliga förseelsen eller den lagstridiga handlingen i fråga har begåtts av en person i företagets eller den juridiska personens ledning eller en person som är behörig att företräda dem eller att fatta beslut eller har kontrollbehörighet.

Vid tjänsteupphandling som förutsätter en personlig arbetsinsats kan som en allvarlig förseelse som berättigar till uteslutning även komma i fråga ett brott, en försummelse eller en motsvarande handling som begåtts av en person som ansvarar för tillhandahållandet av tjänsten, om handlingen inverkar på tillhandahållarens tillförlitlighet vid erbjudandet av tjänsten. Beaktandet av kraven på proportionalitet förutsätter emellertid att uteslutningen inte är oskälig i relation till hur allvarlig handlingen är. Uteslutning av en anbudssökande eller en anbudsgivare ur ett anbudsförfarande på grund av en allvarlig förseelse i yrkesverksamheten är möjlig endast om den upphandlande enheten kan bevisa att en sådan handling har begåtts.

Vid tillämpningen av upphandlingslagen har högsta förvaltningsdomstolen behandlat uteslutning av en anbudssökande på grund av en allvarlig förseelse i yrkesverksamheten i sitt beslut (HFD 9.6.2004, liggare 1395). Förutsättning för uteslutning ansågs föreligga i en situation där det i faktureringen från ett företag som hade inlämnat en anbudsansökan förekom oklarheter som rättats till först när den upphandlande enheten hade begärt och utarbetat utredningar. I avgörandet ansågs en felfri fakturering ha så stor betydelse för det ömsesidiga förtroendet mellan parterna att

oklarheter i detta hänseende berättigade till uteslutning av företaget ur anbudsförfarandet. Högsta förvaltningsdomstolen ansåg att uteslutning inte förutsätter att felet är riktat mot den upphandlande enhet som åberopar det, och uteslutning kunde därför ske i det berörda fallet trots att bolagets verksamhet hade överförts till ett annat bolag med samma ägare.

Enligt 1 mom. 5 punkten ska det vara möjligt att utesluta en sådan anbudssökande eller anbudsgivare vars pålitlighet har konstaterats vara så otillräcklig att en risk för statens säkerhet inte kan uteslutas. Detta konstaterande kan grunda sig på vilken bevisning som helst, inklusive skyddade informationskällor. Ett särdrag i försvars- och säkerhetsupphandlingar är i princip att på anbudssökanden eller anbudsgivaren riktas ett krav på hög pålitlighet. Pålitligheten beror särskilt på dessas beredskap att bemöta den upphandlande enhetens krav gällande informationssäkerhet och försörjningstrygghet. I anbudsgivarnas besittning kan ges sådan säkerhetsklassificerad information med anknytning till försvaret eller den nationella säkerheten, som skulle orsaka betydande skada om den blev allmänt känd. Om de krav gällande försörjningstrygghet som anbudsgivarna avkrävs inte tillgodoses kan detta på samma sätt utgöra en risk för den nationella säkerheten. Möjlighet att utesluta en anbudsgivare till följd av problem med anknytning till dennes pålitlighet ska den upphandlande enheten ha under hela upphandlingsprocessen. Detta gör det möjligt att beakta information som erhålls under upphandlingsprocessens gång om problem som sammanhänger med anbudsgivarens pålitlighet och att vid behov minimera risken för statens väsentliga säkerhetsintressen genom att utesluta anbudsgivaren ur anbudsförfarandet.

En bedömning av anbudsgivarens pålitlighet kan också vara bunden till förhållandena på dennas stationeringsort. Politiska oroligheter, intern oordning i landet eller dess aggressiva agerande i internationella relationer kan också anses vara sådana omständigheter som i så hög grad ifrågasätter pålitligheten hos en anbudsgivare som har sin hemort i en viss stat att ett beslut att utesluta denna anbudsgivare ur anbudsförfarandet kan vara

motiverat. Denna förutsättning kan dock endast gälla sådana stater som står utanför Europeiska ekonomiska samarbetsområdet och som bestämmelserna i försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet inte gäller och vilka direktivet således inte ger några som helst rättigheter.

I 1 mom. 6 punkten möjliggörs uteslutning av en anbudsgivare som har försummat att betala skatter eller socialskyddsavgifter.

Enligt 1 mom. 7 punkten kan uteslutning även ske om en anbudssökande eller anbudsgivare har lämnat väsentligt oriktiga uppgifter då den lämnat uppgifter som gäller anbudsgivares lämplighet.

De upphandlande enheterna bör innan det egentliga anbudsförfarandet inleds överväga vilken tillförlitlighet föremålet för upphandlingen kräver och hurudana utredningar förvisande av denna tillförlitlighet anbudssökandena eller anbudsgivarna ska tillhandahålla.

Om den upphandlande enheten konstaterar att det föreligger en grund för uteslutning på grund av de utredningar som anbudssökandena eller anbudsgivarna tillhandahållit eller som enheten annars har tillgång till, ska den även fatta ett motiverat beslut om anbudsgivaren ska uteslutas ur anbudsförfarandet. Anbudsgivaren har rätt att informeras om uteslutningen samt att söka ändring i den upphandlande enhetens beslut. En uteslutning kan endast göras under upphandlingsförfarandets gång. Möjligheten att ingripa när motsvarande grunder framkommer under ett kontraktsförhållande som gäller upphandlingen fastställs enligt upphandlingskontraktets villkor gällande påföljder för kontraktsbrott.

En anbudsgivare eller en anbudssökande som utesluts ur anbudsförfarandet kan föra ärendet till marknadsdomstolen.

Paragrafen motsvarar huvudsakligen 54 § i upphandlingslagen. I fråga om försvars- och säkerhetsupphandlingarna finns det preciseringar i grunderna för uteslutning gällande försvaret och säkerheten.

49 §. Utredning av villkoren för uteslutning. På basis av de utredningar och intyg som nämns i paragrafen försöker man utreda om en sådan grund för uteslutning som avses i 47 och 48 § föreligger. Paragrafen grundar

sig på artikel 39.3 i försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet.

Enligt 1 mom. kan den upphandlande enheten i upphandlingsannonsern eller anbudsförfrågan ange de utredningar som anbudssökandena eller anbudsgivarna ska tillhandahålla, varvid bifogandet av de utredningar som krävs till anbudsansökan eller anbudet är ett av de formella kraven för anbudet. Den upphandlande enheten ska dock även ha rätt att vid behov kräva att utredningar uppvisas i ett senare skede under anbudsförfarandet. Ifall det uppkommer ett skäl att reda ut om en anbudsgivare har gjort sig skyldig till en gärning som framgår av straffregistret, kan ett utdrag ur straffregistret begäras också enbart över den som vunnit en anbudstävling innan upphandlingskontraktet undertecknas. Den upphandlande enheten kan även begära utredningar av myndigheterna i andra medlemsstater. Medlemsstaternas myndigheter agerar i enlighet med de nationella bestämmelserna om skydd av uppgifter och de kan överlåta uppgifter om en anbudssökande eller anbudsgivare i enlighet med förutsättningarna i den nationella lagstiftningen.

Enligt 2 mom. ska ett utdrag ur straffregistret utfärdat av en behörig myndighet godkännas som utredning av grunderna för uteslutning som hänför sig till brott. Som bevis på ekonomisk ställning ska å sin sida godkännas ett intyg utfärdat av en behörig myndighet. Sådana bevis i Finland är bland annat utdrag ur handelsregistret, intyg utfärdat av en domstol, intyg från skatteförvaltningen över att skatter och socialskyddsavgifter är betalda samt rättsregistercentralens register över skuldsanering, näringsförbud samt konkurser och företagssaneringar. När det gäller grunderna för uteslutning på grund av brott utgörs bevisen av straffregisterutdrag och motsvarande handlingar. Om sådana handlingar inte utfärdas i anbudsgivarens etableringsland eller om alla behövliga uppgifter inte framgår ur de handlingar som utfärdats ska den upphandlande enheten godkänna anbudsgivarens försäkran under ed eller en högtidlig försäkran enligt praxis i etableringslandet av en behörig juridisk eller administrativ myndighet, en notarie eller en sammanslutning inom branschen om att an-

budsgivaren inte berörs av en grund för uteslutning.

Enligt den finska straffregisterlagen (770/1993) ska uppgifterna i straffregistret i regel hemlighållas och registeruppgifter lämnas ut endast till de instanser och för de ändamål som nämns i lagens 4–8 §. Uppgifter ur straffregistret kan således inte lämnas direkt till de upphandlande enheterna för att användas vid bedömningen av grunderna för obligatorisk uteslutning. Uppgifter kan i praktiken endast fås beträffande privatpersoner genom utnyttjande av den rätt att kontrollera registeruppgifterna som anges i 6 § 2 mom. i straffregisterlagen.

Den upphandlande enheten kan utesluta en anbudsgivare ur ett anbudsförfarande oberoende av om den får kännedom om att en grund för uteslutning föreligger ur en utredning som tillhandahålls av anbudssökanden eller anbudsgivaren, ur en utredning som den skaffat på tjänstens vägnar eller på annat sätt. När de utredningar som ska krävas av anbudssökandena och anbudsgivare begärs in ska prövning enligt proportionalitetsprincipen göras. Utöver sedvanliga utredningar (bl.a. intyg över skatteskuld och intyg över att socialskyddsavgifterna har betalats) ska andra utredningar endast begäras ifall upphandlingens art och omfattning ger anledning till detta.

Paragrafen har samma innehåll som 55 § i upphandlingslagen.

50 §. Krav och utredningar avseende anbudssökandes och anbudsgivares lämplighet. I denna paragraf ska det redogöras för ställande av krav som hänför sig till anbudssökandens eller anbudsgivarens egenskaper och begäran av utredningar som krävs för detta ändamål. Paragrafen grundar sig på kapitel VII i avdelning II i försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet och särskilt dess artikel 38.

Enligt 1 mom. ges den upphandlande enheten en möjlighet att ställa krav avseende anbudssökandenas och anbudsgivarnas lämplighet och be om utredningar i detta hänseende. Genom kraven på kandidaternas och anbudsgivarnas lämplighet strävar den upphandlande enheten efter att försäkra sig om varuleverantörens, tjänsteproducentens eller entreprenörens förmåga att fullgöra upphand-

lingen. Vid selektivt förfarande, förhandlat förfarande och konkurrenspräglad dialog väljer den upphandlande enheten med hjälp av bedömningsgrunder som hänför sig till ekonomisk och finansiell situation, teknisk prestationsförmåga och yrkesmässiga kvalifikationer de anbudsgivare som inbjuds att delta i anbudsförandet.

Genom krav som hänför sig till anbudssökandenas och anbudsgivarnas egenskaper kan man främja beaktandet av kvalitetshänsyn vid upphandlingen. Framför allt inom tjänstepphandling kan minimikrav gällande anbudssökandenas och anbudsgivarnas yrkeskunskaper, kompetens och erfarenhet förbättra tjänsternas kvalitet. Den upphandlande enheten har prövningsrätt i fråga om att ställa krav som hänför sig till anbudssökandenas och anbudsgivarnas egenskaper. Det går att ingripa i förfarandet endast i situationer där kraven inte hänger samman med anbudssökandenas eller anbudsgivarnas möjligheter att fullgöra upphandlingen eller där kraven äventyrar en likvärdig behandling av anbudssökande eller anbudsgivare. Således kan den upphandlande enheten, om den så önskar, även kräva t.ex. yrkesmässiga kvalifikationer som överstiger de lagstadgade kvalifikationerna.

Enligt 2 mom. ska kraven på kandidaternas eller anbudsgivarnas ekonomiska och finansiella situation, tekniska prestationsförmåga eller yrkesmässiga kvalifikationer och de grunder som används vid valet av anbudsgivare vara proportionella och objektiva och kunna motiveras med avseende på föremålet för upphandlingen. Således bör den upphandlande enheten överväga kravnivån med tanke på upphandlingens art och omfattning. Oändamålsenliga eller alltför stränga krav kan begränsa konkurrensen i onödan. I fråga om de utredningar som krävs bör man även överväga den arbetsmängd och de kostnader som utarbetandet och inlämnandet av dem föranleder anbudssökandena eller anbudsgivarna.

Den upphandlande enheten ska i upphandlingsannonsen ange de minimikrav och utredningar som krävs så att leverantörerna kan beakta dessa då de överväger att lämna anbud samt innehållet i det. Det rekommenderas att kraven och utredningarna även anges i

anbudsförfrågan, så att de på ett tydligt sätt delges anbudsgivarna och beaktas vid utarbetandet av anbud.

En anbudssökande eller anbudsgivare som inte uppfyller minimikraven ska uteslutas ur anbudsförfarandet. Den upphandlande enheten kan också på eget initiativ skaffa olika utredningar som gäller anbudssökandena och anbudsgivarna t.ex. ur företags- och organisationsdatasystemet eller ur kreditregistret. Det rekommenderas att det även i anbudsförfrågan eller upphandlingsannonsen anges att sådana utredningar som skaffas på tjänstens vägnar kommer att användas vid bedömningen av anbudssökandenas eller anbudsgivarnas lämplighet. För att förfarandet inte ska leda till diskriminering ska även motsvarande intyg som lämnas av anbudsgivare från andra medlemsstater i Europeiska unionen godkännas. Då utredningar skaffas på tjänstens vägnar ska kraven på en likvärdig behandling av anbudsgivarna beaktas.

Enligt 3 mom. ska den upphandlande enheten utöver minimikraven i upphandlingsannonsen även meddela de grunder som den kommer att tillämpa vid valet av anbudssökande till ett selektivt förfarande, ett förhandlat förfarande eller en konkurrenspräglad dialog. Kraven och grunderna kan anknyta t.ex. till anbudssökandenas eller anbudsgivarnas soliditet, yrkesmässiga kvalifikationer eller erfarenhet eller förmåga att skydda säkerhetsklassificerad information som sammanhänger med genomförandet av upphandlingen. När kraven fastställs ska de upphandlande enheterna beakta att sådana anbudssökande som inte uppfyller minimikraven inte kan tillåtas delta i anbudsförfarandet.

Paragrafens 4 mom. grundar sig på artikel 45 i försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet. Den upphandlande enheten ska ha rätt att be anbudssökande eller anbudsgivare komplettera eller precisera de handlingar som dessa lämnat in. Bestämmelsen ålägger emellertid inte den upphandlande enheten att be anbudssökande eller anbudsgivare komplettera eller precisera bristfälliga utredningar. Ansvar för att anbudet motsvarar anbudsförfrågan och att de utredningar som krävs tillhandahålls vilar på anbudsgivaren. Enligt högsta förvaltningsdomstolens beslut gällande civil upphandling (HFD 22.4.2004,

liggare 1008) skulle på upphandlingsförfarandets handlingar inte tillämpas bestämmelsen om avhjälpande av brist i handling i 9 § i lagen om förvaltningsförfarande och den upphandlande enheten var således inte skyldig att ge anbudsgivaren en möjlighet att komplettera ett bristfälligt anbud. På basis av detta avgörande ska den upphandlande enhetens skyldighet att uppmana avsändaren att komplettera anbudsförhandlingarna samt avsändarens rätt att komplettera handlingarna enligt 22 § i förvaltningslagen (434/2003) inte tillämpas vid upphandlingsförfaranden. Det är emellertid rimligt att den upphandlande enheten har en möjlighet att be anbudsgivaren eller anbudssökanden komplettera de utredningar och andra handlingar som lämnats in t.ex. i situationer där de intyg eller utredningar som lämnats in inte är jämförbara eller om utredningen saknas på grund av att anbudsförfrågan lämnar utrymme för tolkning.

Den upphandlande enheten har rätt att ur anbudsförfarandet utesluta ett anbud som inte innehåller de utredningar som krävs. När den upphandlande enheten överväger att erbjuda en anbudsgivare en möjlighet att komplettera ett bristfälligt anbud ska den beakta proportionalitetsprincipen och kraven på en likvärdig behandling av anbudsgivarna. Att utesluta ett anbud på grund av en smärre brist kan vara en oskälig påföljd med hänsyn till hur allvarlig förseelsen är. I sådana situationer ska den upphandlande enheten be anbudsgivaren komplettera eller precisera de utredningar eller handlingar som lämnats in.

Paragrafen har huvudsakligen samma innehåll som 56 § i upphandlingslagen.

51 §. Registeruppgifter. I denna paragraf föreskrivs om begäran av utredningar över anteckningar i yrkes- och handelsregister. Paragrafen grundar sig på artikel 40 i försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet.

Av leverantören kan krävas utredningar över registrering i etableringslandet eller, i avsaknad av sådan, en försäkran eller ett intyg under ed i enlighet med lagstiftningen i etableringslandet att leverantören bedriver näringsverksamhet. Den upphandlande enheten kan även be anbudssökanden eller anbudsgivaren med näringsstillstånd eller intyg

över medlemskap i en organisation visa att denne är berättigad att erbjuda tjänster.

I bilagorna VII A-C till försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet räknas de yrkes- och handelsregister upp som avses i denna paragraf. I största delen av Europeiska unionens medlemsstater är detta register medlemsstatens handelsregister. I vissa länder, såsom i Irland och Förenade kungariket, kan entreprenörer, varuleverantörer och tjänsteleverantörer utöver genom att visa att de införts i handelsregistret även med en försäkran under ed visa att de bedriver verksamhet på en viss ort med ett visst firmamamn i sitt etableringsland. I Spanien kan motsvarande försäkran under ed avges av fysiska personer som inte har antecknats i handelsregistret. I Finland är handelsregistret det register som avses i paragrafen. Principerna om ömsesidigt erkännande förutsätter att det är tillräckligt med en registrering i en medlemsstat.

Paragrafen har samma innehåll som 57 § i upphandlingslagen.

52 §. Ekonomisk och finansiell situation. I denna paragraf föreskrivs om utredningar om ekonomisk och finansiell situation som ska krävas av anbudssökandena eller anbudsgivarna. Den föreslagna bestämmelsen grundar sig på artikel 41 i försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet.

I denna paragraf ges exempel på sådana utredningar om anbudssökandenas eller anbudsgivarnas ekonomiska och finansiella situation som den upphandlande enheten kan kräva. Även andra intyg än de som nämns i denna förteckning kan begäras, förutsatt att detta inte är diskriminerande och att det kan motiveras med hänsyn till föremålet för upphandlingen. På basis av de utredningar som avses i paragrafen bedömer den upphandlande enheten om anbudssökanden eller anbudsgivaren uppfyller minimikraven gällande den ekonomiska kapaciteten i anslutning till fullgörandet av upphandlingen eller utnyttjar de uppgifter den fått vid urvalet av anbudssökande vid selektivt förfarande, förhandlat förfarande eller konkurrenspräglad dialog.

Sådana utredningar som begärs enligt 1 mom. är t.ex. utlåtanden av ett kreditinstitut om kreditvärdigheten, information om lämp-

lig ansvarsförsäkring, företagets bokslutsuppgifter och uppgifter om omsättningen. Bokslutsuppgifter kan emellertid inte krävas om dessa uppgifter inte måste publiceras i leverantörens etableringsland. Utredningen över den ekonomiska situationen kunde också utgöras av ett intyg om ifall lönegaranti betalats till företagets arbetstagare. Ifall ansökan om lönegaranti aktualiserats, lönegaranti inte har betalats tillbaka eller inget betalningsprogram har bekräftats, kunde det vara en grund för uteslutning från anbuds-givningen.

I situationer där en anbudssökande eller en anbudsgivare inte kan tillhandahålla de handlingar som den upphandlande enheten kräver, t.ex. för att det enligt etableringslandets lagstiftning inte är möjligt att få sådana utredningar, kan enligt 2 mom. utredningen tillhandahållas med någon annan handling som den upphandlande enheten godkänner. Likaså i situationer där företaget har verkat i mindre än tre räkenskapsperioder kan det tillhandahålla utredningen på något annat sätt som den upphandlande enheten godkänner. Det kan även vara omöjligt att tillhandahålla vissa uppgifter som de upphandlande enheterna kräver på grund av gällande börsregler. Eftersom börsbolag vanligtvis inte uppgör branschvisa bokslut kan de i allmänhet inte tillhandahålla dessa uppgifter utan att bryta mot börsreglerna. I sådana situationer bör den upphandlande enheten godkänna motsvarande bevis med beaktande av kraven på likvärdig behandling av anbudssökande och anbudsgivare.

Paragrafen har samma innehåll som 58 § i upphandlingslagen.

53 §. Teknisk prestationsförmåga och yrkesmässiga kvalifikationer. I denna paragraf ges en uttömmande förteckning av sådana utredningar som kan krävas för bedömning av anbudssökandens eller anbudsgivarens tekniska prestationsförmåga eller yrkesmässiga kvalifikationer. Paragrafen grundar sig på artikel 42 i försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet.

Det ska vara motiverat att kräva dessa utredningar med hänsyn till tjänste- eller varuupphandlingens eller byggentreprenadens art och omfattning. Kraven ska stå i proportion till målet att minimera riskerna i samband

med genomförandet av upphandlingen. Man bör även fästa uppmärksamhet vid hur kraven påverkar antalet anbudssökande eller anbudsgivare. Ogrundade eller överdimensionerade krav kan leda till att företag som annars är lämpliga utesluts ur anbudsförfarandet. Den upphandlande enheten ska även beakta aspekterna gällande dataskydd och ofientlighet i samband med de utredningar som begärs t.ex. i fråga om handlingar som gäller personuppgifter eller yrkes- och affärshemligheter.

Med sådana intyg över utbildningen och de yrkesmässiga kvalifikationerna hos leverantörens ledning eller hos de personer som ansvarar för utförandet av tjänsten eller entreprenaden enligt 1 mom. 1 punkten avses t.ex. examensbevis eller meritförteckningar. Det är motiverat att begära utredningar över utbildning och yrkesmässiga kvalifikationer särskilt vid tjänsteupphandlingar som förutsätter personliga arbetsinsatser.

Enligt 1 mom. 2 och 3 punkten kan den upphandlande enheten av leverantören begära referensförteckningar över slutförda byggentreprenader eller varuleveranser eller producerade tjänster under högst de fem senaste åren. Den upphandlande enheten kan kräva att referensförteckningarna specificeras med avseende på upphandlingens tidpunkt, dess värde och utförandet av upphandlingen på ett tillfredsställande sätt. Den upphandlande enheten kan även begära lämpliga attesteringar, såsom beställarens bekräftelse eller anbudsgivarens försäkran. Då utredningar som gäller referenser begärs och i fråga om krav gällande anbudssökandes och anbudsgivares tekniska kapacitet som baseras på dessa bör referensernas betydelse med tanke på föremålet för upphandlingen beaktas. Ett förfarande där vikt läggs vid ett företags referenser som inte berör den varu- eller tjänsteupphandling eller byggentreprenad som är föremål för upphandlingen kan stå i strid med principen om likabehandling av anbudsgivarna och kraven på nyttiggörande av konkurrensförhållandena.

Enligt 1 mom. 4 och 5 punkten har den upphandlande enheten rätt att begära utredningar om anbudsgivarnas och entreprenörernas egna och utomstående tekniska sakkunniga eller tekniska organ, i synnerhet de

som ansvarar för kvalitetskontrollen. Den upphandlande enheten kan vid varu- och tjänsteupphandling även kräva beskrivningar av anbudsgivarens tekniska utrustning för kvalitetssäkring samt system för forskning och experiment.

Enligt 1 mom. 6 punkten kan den upphandlande enheten kräva att anbudsgivaren uppvisar ett intyg över en kontroll av anbudsgivarens tillverkningskapacitet eller tjänsteleverantörens tekniska kapacitet, system för forskning och experiment eller åtgärder för kvalitetskontroll.

Enligt 1 mom. 7 punkten har den upphandlande enheten rätt att som utredningar över den tekniska kapaciteten kräva handlingar som utvisar tjänsteleverantörens eller byggentreprenörens genomsnittliga årliga arbetskraft och antalet personer i ledningen. Det kan vara motiverat att använda personalantalet och antalet personer i ledningen som grund vid valet av anbudssökande eller anbudsgivare t.ex. vid mycket omfattande upphandlingar som förutsätter att arbetskraft snabbt finns tillgänglig. Överdimensionerade krav på antalet anställda och personer i ledningen kan å andra sidan vid mindre upphandlingar leda till omotiverade uteslutningar av mindre företag ur anbudsförfarandet och den upphandlande enheten bör därför överväga detta med tanke på vad som är rimligt.

Enligt 1 mom. 8 punkten kan den upphandlande enheten av anbudssökande och anbudsgivare även begära utredningar om verktyg, maskiner, antal anställda, know-how, anskaffningskällor och teknisk utrustning som används för fullgörande av upphandlingen. Det kan vara motiverat att begära sådana utredningar t.ex. vid upphandlingar där det är särskilt viktigt att utrustningen håller en hög kvalitet. Detta kan vara fallet t.ex. vid upphandling som gäller högteknologiska vapensystem eller datateknik.

Med avvikelse från upphandlingslagen är det vid försvars- och säkerhetsupphandling också möjligt att be anbudssökanden eller anbudsgivaren om en utredning om verktyg, maskiner, teknisk utrustning, antal anställda, know-how eller anskaffningskällor som anbudssökanden eller anbudsgivaren har för avsikt att använda för att uppfylla eventuella tilläggsbehov hos den upphandlande enheten

som beror på en kris eller för att genomföra underhåll, modernisering eller anpassning av de varor som är föremål för upphandlingskontraktet. Om de verktyg, maskiner, den tekniska utrustning, personal, know-how eller de anskaffningskällor som avses i punkten är belägna utanför Europeiska unionens område, kan den upphandlande enheten dessutom be om en utredning av deras geografiska läge. Dessa utredningar anknyter till den upphandlande enhetens eventuella krav gällande försörjningstryggheten och genom dem strävar den upphandlande enheten efter att granska anbudssökandens eller anbudsgivarens förmåga att svara på de krav gällande försörjningstrygghet som ska ställas i anbudsförfrågan, redan när enheten bedömer anbudsgivarens lämplighet.

I rättspraxis som gäller civil upphandling har det ansetts tillåtet att anbudsgivaren skaffar den utrustning som behövs för fullgörande av upphandlingskontraktet först då tilldelningen av upphandlingskontraktet har skett. Inlämnande av anbud anses utgöra ett åtagande att skaffa den kapacitet som upphandlingen förutsätter (t.ex. HFD 20.5.2009, lig-gare 1244). I försvars- och säkerhetsupphandlingar är kraven på leveranssäkerhet samt övriga krav på försörjningstrygghet dock ofta högre än i civil upphandling. Det kritiska i upphandlingen eller i de krav gällande försörjningstrygghet som sammanhänger med den kan förutsätta att de maskiner, den know-how och de övriga faktorer som nämns i förklaringarna till denna punkt innehas av anbudssökanden eller anbudsgivaren själv eller dennes underleverantör eller samarbetspartner innan ett upphandlingskontrakt sluts. I så fall ska dock uppställandet av dessa förutsättningar vara objektivt motiverat och uttryckligen anknyta till krav på försörjningstrygghet i upphandlingen.

I enlighet med 1 mom. 9 punkten ska den upphandlande enheten även kunna begära prover, beskrivningar och fotografier i fråga om de varor som upphandlas. Detta förfarande kan användas t.ex. vid varuupphandling med särskilda kvalitetskrav. Den upphandlande enheten kan även begära ett intyg eller en utredning över uppfyllandet av en eventuell standard.

Enligt 1 mom. 10 punkten kan den upphandlande enheten vid upphandling som förutsätter monterings- och installationstjänster av anbudssökandena eller anbudsgivarna begära utredningar om yrkeskunskap, effektivitet, erfarenhet och tillförlitlighet. Som sådana utredningar kan komma i fråga t.ex. anbudsgivarens egna beskrivningar, kunders utlåtanden över tidigare genomförda arbeten eller intyg över yrkesmässiga kvalifikationer.

Enligt 2 mom. kan den upphandlande enheten begära en utredning om de miljöskyddsåtgärder som vidtas när byggentreprenaden genomförs eller tjänsten utförs. En begäran om utredningar förutsätter en motsvarande koppling till föremålet för upphandlingen som krävs för andra utredningar. I fråga om uppfyllandet av kraven i miljövärdsstandarder ska den upphandlande enheten hänvisa till gemenskapens miljölednings- och revisionssystem (EMAS) eller till befintliga relevanta europeiska eller internationella standarder. En anbudssökande eller anbudsgivare kan visa att den uppfyller miljöskyddskraven genom registrering av sitt miljöledningssystem, ett relevant certifikat eller alternativt genom en egen beskrivning av åtgärderna för säkerställande av miljöskydd. I en sådan situation är anbudsgivaren skyldig att visa att åtgärderna garanterar en likvärdig miljöskyddsnivå. Å andra sidan ska den upphandlande enheten motivera en misstanke om att anbudsgivarens åtgärder inte garanterar en miljöskyddsnivå som motsvarar miljöledningssystemet.

Enligt 3 mom. ska den upphandlande enheten, om den begär en utredning om kvalitets-säkringsåtgärderna, hänvisa till kvalitetssäkringssystem som bygger på europeiska standarder på området. Den upphandlande enheten ska godta likvärdiga certifikat från organ i andra medlemsstater i Europeiska unionen och anbudssökandenas och anbudsgivarnas beskrivningar av kvalitetssäkringsåtgärdernas nivå.

Enligt 4 mom. kan anbudssökanden eller anbudsgivaren visa sin tekniska prestationsförmåga eller yrkesbehörighet också med någon annan handling än den som den upphandlande enheten kräver när den av ett godtagbart skäl inte kan sända in de handlingar som den upphandlande enheten kräver. En

sådan annan handling ska vara godkänd av den upphandlande enheten. När det övervägs om en annan motsvarande handling ska godkännas är det av betydelse att den upphandlande enheten i och med den handling som anbudssökanden eller anbudsgivaren sänder in får motsvarande bevis som den hade fått med den handling som krävdes ursprungligen, och att principen om att anbudssökande och anbudsgivare ska behandlas lika inte bryts i situationen.

Paragrafen motsvarar huvudsakligen 59 § i upphandlingslagen. Referensuppgifter om försvars- och säkerhetsupphandlingar kan också begäras vid varu- och tjänsteupphandling för en tid på fem år och utredningar med anknytning till försörjningstryggheten i enlighet med punkt 8 i paragrafen. Dessutom ingår bestämmelser av det slag som finns i 4 mom. inte i upphandlingslagen.

54 §. *Krav på anbudssökande och anbudsgivare när det gäller informationssäkerhet.* Det föreslås att i paragrafen ska föreskrivas om de krav som gäller informationssäkerhet och som den upphandlande enheten kan ställa på en anbudssökande eller anbudsgivare för genomförande av ett anbudsförfarande. Bestämmelser om de krav som gäller informationssäkerhet under kontraktstiden och med anknytning till det egentliga genomförandet av upphandlingen ingår i 41 § i lagen. Paragrafen grunder sig på artikel 42 i försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet.

Enligt 1 mom. kan den upphandlande enheten, när säkerhetsklassificerade handlingar ges, upprättas eller annars hanteras, för genomförande av ett anbudsförfarande ställa krav som gäller informationssäkerhet på anbudssökanden eller anbudsgivaren. Ett sådant kan vara t.ex. en utfästelse eller information av anbudssökanden eller anbudsgivaren om att den klarar av att skydda de säkerhetsklassificerade handlingar den fått till sitt förhållande i samband med anbudsförfarande och de uppgifter som ingår i dem med den skyddsnivå som förutsattes i upphandlingsannonsen.

I 1 mom. ska innehållet i de informations-säkerhetskrav som ska ställas inte definieras särskilt. Dess krav bör dock grunda sig på fullgörandet av de förpliktelser som ställts

för myndigheterna i lag eller en förordning som utfärdats med stöd av den.

I momentet ska inte heller särskilt definieras vilka utfästelser eller uppgifter den upphandlande enheten kan be om. Informations-säkerhetslagstiftningen innehåller inte i dagens läge bestämmelser om säkerhetsutredningar som gäller sammanslutningar, bedömningar, intyg eller förbindelser i fråga om anbudsförfarande som realiseras av myndigheterna eller andra upphandlande enheter. I lagen om internationella förpliktelser som gäller informationssäkerhet föreskrivs om myndigheternas åtgärder för att realisera en internationell förpliktelse som gäller informationssäkerhet. Följaktligen föreslås det i propositionen att 1 § 3 mom. i lagen om internationella förpliktelser som gäller informationssäkerhet ska ändras på det sätt som refereras nedan. Efter ändringen ska det vara möjligt att göra en säkerhetsutredning som gäller sammanslutning och en bedömning enligt lagen om internationella förpliktelser som gäller informationssäkerhet också när anbudsförfarande ordnas av en finsk myndighet eller annan upphandlande enhet och anbudssökande eller anbudsgivare är en finsk näringsidkare.

Den upphandlande enheten kan kräva också andra förbindelser och uppgifter än säkerhetsutredning som gäller sammanslutning och bedömning av anbudssökanden eller anbudsgivaren. Sådana kan vara bl.a. en förbindelse av anbudssökanden eller anbudsgivaren om att denne följer de krav som har ställts i förbindelsen och som anknyter till hemlighållande av säkerhetsklassificerad information. Dessa krav kan hänföra sig t.ex. till hanteringen, förvarningen, förstöringen samt överlåtandet av säkerhetsklassificerad information. Krav kan också ställas på säkerhetsarrangemangen i de lokaler där säkerhetsklassificerad information hanteras eller förvaras.

Med anbudsgivarens eller anbudssökandens förbindelse sammanhänger eller den föregås ofta av en granskning av lokaler, verksamhetssätt och processer som myndigheten har gjort och över vilken en säkerhetsutredning som gäller sammanslutningar i enlighet med lagen om internationella förpliktelser som gäller informationssäkerhet kan ges.

Hemlighållandet av säkerhetsklassificerad information kan också förutsätta att särskilda säkerhetsutredningar över personer och bedömningar i enlighet med lagen om säkerhetsutredningar (177/2002) eller lagen om internationella förpliktelser som gäller informationssäkerhet görs över de anställda hos anbudsgivaren eller anbudssökanden vilka har rätt att hantera säkerhetsklassificerade uppgifter. I praktiken säkerställs en viss anbudssökandes eller anbudsgivares kapacitet att trygga informationens konfidentiella art med hjälp av de säkerhetsutredningar som nämns ovan. Det är frågan om utredningar som myndigheten har gjort om att en viss anbudsgivares eller anbudssökandes lokaler, personal och andra eventuella omständigheter som hänför sig till realiserandet av anbudsförfarandet är sådana att det inte föreligger någon risk för att säkerhetsklassificerad information ska råka i obehörigas händer.

När det är frågan om en utländsk anbudsgivare avses med förbindelser och uppgifter enligt momentet i princip en säkerhetsutredning och bedömning som den behöriga myndigheten i anbudssökandens eller anbudsgivarens etableringsland har gjort. Den upphandlande enheten har möjlighet att via den nationella informationssäkerhetsmyndigheten be säkerhetsmyndigheten i anbudssökandens eller anbudsgivarens etableringsland göra de nödvändiga granskningar som hänför sig till informationssäkerheten. Sådana är t.ex. granskning av lokaler, anordningar eller personal som ska användas vid realiserandet av upphandlingen.

I fråga om en utländsk anbudssökande och anbudsgivare ska den upphandlande enheten godta en förbindelse eller uppgifter som ges av den behöriga myndigheten i en sådan stat med vilken Finland har ett bilateralt eller multilateralt informationssäkerhetsfördrag som har satts i kraft i enlighet med lagen om internationella förpliktelser som gäller informationssäkerhet. Då gäller mellan Finland och staten i fråga ett fördrag som antagits av riksdagen där de skyldigheter som gäller informationssäkerhet och som hör till området för lagstiftningen har satts i kraft i Finland genom en lag. Eftersom det inte finns ett gällande informationssäkerhetsfördrag mellan Finland och alla stater som är medlemmar i

Europeiska unionen, ska den upphandlande enheten med beaktande av proportionalitetsprincipen i en sådan situation i princip godkänna andra förbindelser och uppgifter som en behörig myndighet har gett och som anbudssökanden eller anbudsgivaren lämnar in. Den upphandlande enheten kan dock alltid förutsätta att de förbindelser och uppgifter som anbudsgivaren lämnar in ska svara mot de krav som ställs i den finska informationssäkerhetslagstiftningen.

De krav gällande informationssäkerhet i faser med anbudsförfarande ska i enlighet med 50 § presenteras i upphandlingsannonsen. På detta sätt kan den upphandlande enheten försäkra sig om att endast sådana anbudssökande och anbudsgivare som på korrekt sätt kan sörja för att säkerhetsklassificerade handlingar och uppgifter hålls hemliga under anbudsförfarandets gång deltar i anbudsförfarandefasen.

I 2 mom. ska det föreskrivas om möjlighet att ge en sådan anbudssökande som ännu inte har en säkerhetsutredning tilläggstid för att skaffa den. En förutsättning är att det ställs en tidsfrist inom vilken säkerhetsutredningen ska lämnas in och denna tid ska vara skäligen och inte äventyra principen om lika behandling av anbudssökandena. Bestämmelsen är nödvändig t.ex. i sådana fall där anbudssökandens insändande av säkerhetsutredning har fördröjts av skäl som inte beror på anbudssökanden. I momentet ska det också föreskrivas att den upphandlande enheten kan göra och beakta också egna tilläggsutredningar när den bedömer en anbudssökandes och en anbudsgivares kapacitet att klara av informationssäkerhetskraven. Den upphandlande enheten kan t.ex. göra egna granskningar eller utredningar eller be andra upphandlande enheter om information om anbudssökandens eller anbudsgivarens kapacitet att klara av informationssäkerhetskraven. Den upphandlande enheten kan vid bedömningen beakta de tilläggsutredningar den fått liksom också erfarenheterna av anbudssökandens eller anbudsgivarens kapacitet som fått vid tidigare upphandlingar. Motsvarande paragraf ingår inte i upphandlingslagen. Det är frågan om en specialbestämmelse som hänger samman med försvars- och säkerhetsupphandlingarnas känsliga karaktär.

55 §. *Anbudssökandes och anbudsgivares juridiska form samt anmälan om ansvariga personer.* I paragrafen ska det föreskrivas om förutsättningar som anknyter till anbudssökandens eller anbudsgivarens juridiska form. Paragrafen grundar sig på artikel 5.1 i försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet.

Kraven i fråga om anbudssökandes eller anbudsgivares juridiska form bestäms i första hand i enlighet med lagstiftningen i dess etableringsland. Det innebär att om en anbudssökande eller anbudsgivare har rätt att tillhandahålla tjänster i etableringslandet så kan den inte underkännas med motiveringen att den inte uppfyller kravet på tillhandahållande av tjänster i form av fysisk eller juridisk person i lagstiftningen i den upphandlande enhetens etableringsland. Den upphandlande enheten föreslås dock ha rätt att kräva en utredning om de personer som svarar för utförandet av tjänsterna och deras yrkeskvalifikationer.

Paragrafen har samma innehåll som 60 § i upphandlingslagen.

56 §. *Deltagande i anbudsförfaranden i grupp och utnyttjande av andra aktörers kapacitet.* I paragrafen ska det föreskrivas om deltagande i anbudsförfaranden som grupp samt utnyttjande av andra aktörers kapacitet vid fullgörande av upphandling. Paragrafens 1 mom. grundar sig på artikel 5.2 i försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet. Paragrafens 2 mom. grundar sig på artikel 41.2 och 41.3 samt artikel 42.2 och 42.3 i direktivet.

Med grupp avses samarbete mellan leverantörer i syfte att bli tilldelade ett upphandlingskontrakt. Grupper kan anlitas särskilt vid omfattande upphandling som förutsätter yrkesskicklighet eller resurser inom olika områden, såsom vid omfattande byggprojekt eller betydande upphandling av vapensystem, vilka förutsätter finansiering. Lämnande av anbud i grupp kan göra det möjligt också för små företag att gemensamt få tillträde till upphandling av mera omfattande slag.

Enligt 1 mom. ska anbudsgivarna ha rätt att bilda grupper för lämnande av anbud. Den upphandlande enheten får inte kräva en viss juridisk form av gruppen vid den tidpunkt då anbudsansökan görs eller anbudet lämnas. Den får dock kräva att den utsedda gruppen

ska ha en viss juridisk form vid slutandet av upphandlingskontraktet, om det är nödvändigt för att kontraktet ska kunna fullgöras på behörigt sätt. Om upphandlingen förutsätter det kan den upphandlande enheten alltså förutsätta t.ex. att gruppen har formen av ett aktiebolag på grund av faktorer som hänför sig till ekonomiska och juridiska skyldigheter och dito ansvar.

I 2 mom. ska det föreskrivas att en anbudssökande eller anbudsgivare också kan nyttiggöra andra enheters kapacitet för genomförande av upphandlingen. En grupp får före genomförandet av upphandlingen utnyttja också kapaciteten hos deltagarna i grupper eller hos andra enheter. Med kapaciteten hos andra enheter avses t.ex. den ekonomiska och tekniska kapaciteten hos företag som äger det företag som deltar i anbudsförfarandet eller hos företag inom samma koncern eller hos företagets partnerföretag.

En anbudssökande eller anbudsgivare eller en grupp av dessa är skyldig att för den upphandlande enheten uppvisa dokumentation över sin ekonomiska och finansiella ställning, sina tekniska och yrkesmässiga kvalifikationer och uppfyllandet av övriga krav. Som bevis kan framläggas t.ex. en av enheterna given förbindelse om att ställa till förfogande den kapacitet som är nödvändig för genomförandet av upphandlingen. Den upphandlande enheten bör bedöma om bevisningen beträffande uppfyllandet av kraven är tillräcklig.

I fråga om tillämpningen av upphandlingsdirektivet har EG-domstolen behandlat hänvisning till andra enheters kapacitet i mål C-176/98 Holst Italien (REG 1999, s. I-8607). I målet visade ett företag som deltagit i ett anbudsförfarande att kravet beträffande årsomsättning hade uppfyllts genom bevisning som gällde en delägars omsättning. Domstolen ansåg det vara tillåtet att en sådan utförare av tjänster som inte uppfyller minimikraven för deltagande i anbudsförfarandet kan hänvisa till en tredje parts kapacitet, som utföraren kan ty sig till vid genomförandet av upphandlingen. Det företag som deltar i anbudsförfarandet ska lämna bevis på att kapaciteten är tillräcklig. I gengäld ska den upphandlande enheten kontrollera garantierna för att

kapaciteten är tillgänglig under hela den tid som kontraktet omspannar.

Paragrafen har samma innehåll som 61 § i upphandlingslagen.

57 §. Val av anbud. I paragrafen ska det föreskrivas om förfaringssätten i anslutning till valet av anbud. Paragrafen grundar sig på artikel 47 i försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet.

Enligt 1 mom. ska den upphandlande enheten anta det anbud som för enheten är det mest fördelaktiga eller det som har det lägsta priset. I paragrafen ska det ges exempel på sådana jämförelsegrunder som används för jämförelse av anbud när kriteriet är att det totalekonomiskt sett mest fördelaktiga anbudet väljs.

Om det billigaste priset används som kriterium för valet av anbud, bör bland anbudena väljas det billigaste anbud som uppfyller de i anbudsförfrågan angivna kraven beträffande genomförandet av upphandlingen och anbudsgivarnas egenskaper.

Den upphandlande enheten prövar själv vilka jämförelsegrunder som ska användas när det anbud som antas ska vara det totalekonomiskt sett mest fördelaktiga. Jämförelsegrunderna ska hänföra sig till föremålet för upphandlingen och vara objektiva och icke-diskriminerande. De får dessutom inte ge den upphandlande enheten obegränsad valfrihet. Information om grunderna ska dessutom ingå i upphandlingsannonsen eller anbudsförfrågan. I rättspraxis gällande civil upphandling har EG-domstolen fastställt de ovan nämnda principerna bl.a. i sina domar i mål C-31/87, Beentjes (REG, specialutgåvan 1988, s. 4635), mål C-324/93, Evans Medical och Macfarlan Smith (REG 1995, s. I-563), mål C-513/99, Concordia Bus Finland (REG 2002, s. I-7213) samt mål C-19/00, SIAC Construction (REG 2001, s. I-7725). I nationell rättspraxis som gäller upphandlingslagen är det vedertaget att anse att det är möjligt att ingripa i den upphandlande enhetens provningsrätt bara när enheten har gjort sig skyldig till diskriminering vid uppställandet av urvalskriterier eller jämförelsegrunder.

Sådana jämförelsegrunder som gäller föremålet för upphandlingen direkt kan anses hänföra sig till föremålet för upphandlingen. Sådana jämförelsegrunder är t.ex. kvalitet,

pris eller leveranstid i fråga om den vara eller tjänst eller det byggarbete som är föremål för upphandlingen. Däremot kan sådana jämförelsegrunder som saknar anknytning till föremålet för upphandlingen inte användas som jämförelsegrund för anbudena. Jämförelsegrunder av detta slag är t.ex. omständigheter som hänför sig till anbudsgivarföretagets verksamhet. Å andra sidan kan de sist nämnda trots allt bli bedömda, om jämförelsegrunden är försörjningstrygghet. Så är fallet t.ex. när anbudsgivarföretagets försörjningskedja och var den är belägen blir föremål för bedömning med tanke på kravet på försörjningstrygghet.

Med avvikelse från upphandlingslagen nämns i exempelförteckningen i momentet också försörjningstrygghet. I 42 § i den föreslagna lagen har det föreskrivits om krav som gäller försörjningstrygghet. Försörjningstrygghet som jämförelsegrund är följaktligen kopplat till dessa krav och föremål för bedömning kan därmed bli t.ex. begränsningar med anknytning till en produkt eller tjänst, försörjningskedjans struktur och läge i relation till kraven på försörjningstrygghet.

Jämförelsegrunderna ska också vara icke-diskriminerande. Det är därmed inte tillåtet att t.ex. använda jämförelsegrunder som gynnar vissa anbudsgivare, förutsätter ett tidigare avtalsförhållande mellan anbudsgivaren och den upphandlande enheten eller gynnar en lokal leverantör. Om föremålet för upphandlingen så kräver kan dock t.ex. lokalkännedom förutsättas. En sådan grund får dock inte ges så stor betydelse att den hindrar nya företagare från att etablera sig inom branschen.

De grunder som används vid valet av anbud bör i regel ha en ekonomisk betydelse för den upphandlande enheten. Eftersom det är fråga om användning av allmänna medel bör de kostnader som upphandlingen föranleder ges tillräckligt stor vikt vid valet av anbud.

EG-domstolen har i sin dom i mål C-513/99, Concordia Bus Finland (REG 2002, I-7213) ansett att det inte är nödvändigt att var och en av jämförelsegrunderna för totalekonomisk fördelaktighet måste ge den upphandlande enheten ekonomisk fördel, utan att också sådana omständigheter som inte är

renodlat ekonomiska kan inverka på hur fördelaktigt anbudet är. I sitt avgörande ansåg domstolen att det är tillåtet att beakta estetiska egenskaper samt sådana miljöaspekter som inte medför omedelbar ekonomisk fördel för den upphandlande enheten.

Betydelse kan tillmätas inte bara de omedelbara direkta kostnader som upphandlingen föranleder utan också de kostnader som uppstår under hela livscykeln. Det kan vara fråga om t.ex. garantivillkor, underhållskostnader, kostnaderna för avfallshantering eller återför-säljningsvärdet.

Som jämförelsegrunder för anbudet bör man inte använda sådana grunder som anknyter till anbudssökandenas eller anbudsgivarnas egenskaper. Bedömningen av anbudssökandenas och anbudsgivarnas lämplighet ska göras i enlighet med 52 § innan anbudet bedöms och avskiljas från anbudsbidomningen. Jämförelsen bör omfatta bara anbud från sådana anbudsgivare som kan anses ha förutsättningar att genomföra upphandlingen. De grunder som används vid bedömningen av anbudssökandenas och anbudsgivarnas egenskaper och de som används vid bedömningen av anbudet bör också avskiljas från varandra. EG-domstolen har i sin dom i mål C-315/01, Gesellschaft für Abfallentsorgungs-Technik (GAT) (REG 2003, s. I-6351) ansett att man som jämförelsegrund för anbudet inte bör använda antalet referenser till produkter som anbudsgivaren bjudit ut till andra kunder utan att det är fråga om en grund genom vilken det säkerställs att anbudsgivaren lämpar sig för fullgörande av kontraktet. Också högsta förvaltningsdomstolen har i sina beslut (HFD 6.10.2004 och HFD 12.12.2003, liggare 3202) om civil upphandling ansett att man vid bedömningen av anbud inte bör använda grunder som anknyter till anbudsgivarnas tekniska, ekonomiska och övriga förutsättningar utan grunder som hänför sig till föremålet för den upphandling som ska genomföras.

Den upphandlande enheten använder jämförelsegrunder vid jämförelsen av anbud. Det innebär att anbudet bör jämföras utgående från varje jämförelsegrund och att tillämpningen av grunderna på anbudet ska motiveras i upphandlingsbeslutet. Enligt rättspraxis ska av anbudsjämförelsen tydligt framgå för

alla anbuds vidkommande hur de har bedömts med avseende på var och en av jämförelsegrunderna. Om anbudet har tilldelats poäng som skiljer sig från varandra ska av jämförelsen framgå vad skillnaderna i poäng mellan anbudet grundar sig på. För att anbudsjämförelsen ska tillåta insyn och denna inte ska vara tungrodd är det skäl att som jämförelsegrund använda bara sådana faktorer utgående från vilka det går att bedöma anbudets prestationsnivå i förhållande till definitionen av föremålet för upphandlingen och förhållandet mellan pris och kvalitet hos anbudet. Vid prövningen av vilka grunderna ska vara gäller det därmed att beakta anbudets jämförbarhet med tillämpning av jämförelsegrunderna. Enligt rättspraxis gällande upphandlingslagen är den upphandlande enheten berättigad att vid anbudsjämförelsen beakta bara sådana uppgifter som anbudsgivarna har angett i sina anbud.

Jämförelsegrunderna och deras relativa viktning ska enligt 2 mom. anges i upphandlingsannonsen eller förfrågningsunderlaget. Vid konkurrenspräglad dialog kan viktningen anges i beskrivningen. Den upphandlande enheten bör ange också den inbördes viktningen av jämförelsegrunderna eller ett rimligt variationsintervall för viktningarna. Viktningen kan anges på olika sätt, bl.a. i form av procent eller en relativ andel av en annan grund. För att flexibiliteten ska bibehållas kan viktningen anges också i form av en storleksklass eller ett variationsintervall där vart och ett av de värden som tilldelas grunderna ska placera sig. Avsikten med skyldigheten att ange jämförelsegrunderna är att främja insynen i upphandlingsförfarandet och att möjliggöra en bedömning av förfarandet i efterhand. Anbudsgivarna kan beakta jämförelsegrunderna när de gör upp anbud, vilket bidrar till att främja anbudets jämförbarhet.

I EG-domstolens rättspraxis som gäller civil upphandling (avgörandena i mål C-532/06, Lianakis, samt i mål C-470/99 Universale Bau, mål 12.12.2002, REG 2002, s. I-11617) har det ansetts att den upphandlande enheten inte kan tillämpa sådana regler eller delfaktorer som gäller viktning på grunderna för ingåendet av ett kontrakt vilka enheten inte på förhand har meddelat anbudsgivarna om, eftersom anbudsgivarna när de förbere-

der anbud måste känna till existensen och betydelsen av dessa faktorer. Också högsta förvaltningsdomstolen har i sitt avgörande HFD:2010:69 ansett att den upphandlande enhetens förfarande vid utarbetandet av en anbudsfrågan och vid jämförelse av anbud inte varit ägnat att trygga att anbudsgivarna fick lika och icke-diskriminerande behandling, när den upphandlande enheten hade använt sådana viktningar av delfaktorer och en sådan beräkningsschema vid jämförelsen av anbuderna vilka den inte hade meddelat i anbudunderlagen och vilkas betydelse anbudsgivarna när de utarbetade sina anbud följaktligen inte var medvetna om.

Den upphandlande enheten ska kunna göra undantag från att meddela viktningvärdena för jämförelsegrunderna i motiverade fall. Högsta förvaltningsdomstolen har i sitt avgörande som gällde upphandling av över 200 produkter (19.8.2010, liggare 1870) ansett att det stora antalet olika produkter som skulle upphandlas inte som sådant kan anses som en sådan faktor utgående från vilken man kunde göra undantag från att meddela viktningen av jämförelsegrunderna. Undantag ska vara möjligt t.ex. om det är frågan om en komplicerad upphandling som kan genomföras på olika sätt. Den upphandlande enheten ska härvid dock meddela prioritetsordningen i fråga om jämförelsegrunderna.

Paragrafen motsvarar huvudsakligen 62 § i upphandlingslagen. Vid försvars- och säkerhetsupphandling har det använts i någon mån andra exempel på jämförelsegrunderna för totalekonomisk förmånlighet än i upphandlingslagen. I försvars- och säkerhetsupphandling hänvisas det i fråga om jämförelsegrunderna inte till möjligheten att använda de faktorer som nämns i 62 § 2 mom. i upphandlingslagen.

58 §. Exceptionellt låga anbud. I denna paragraf föreslås det att det ska föreskrivas om möjligheten att förkasta exceptionellt låga anbud och om förfarandena vid behandlingen av sådana anbud. Paragrafen grundar sig på artikel 49 i försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet.

Enligt 1 mom. har den upphandlande enheten rätt att förkasta ett anbud om anbudspriset med hänsyn till den prestation som upphandlingen kräver är exceptionellt lågt. För-

kastandet av exceptionellt låga anbud gör det möjligt att beakta riskerna i samband med upphandlingen, såsom de ekonomiska risker som den upphandlande enheten sannolikt föranleds av ett otillräckligt anbudspris. Förkastandet av ett anbud bör uttryckligen basera sig på att det till det pris eller något annat villkor som anbudsgivaren erbjuder inte är möjligt att genomföra upphandlingen på det sätt som förutsätts i anbudsbegäran.

För att orsaken till det exceptionellt låga anbudspriset ska utredas bör den upphandlande enheten skriftligen begära en utredning av anbudsgivaren om grunderna för anbudet. Den upphandlande enheten ska alltid ge anbudsgivaren i fråga en möjlighet att visa sin förmåga att genomföra upphandlingen på behörigt sätt. Den upphandlande enheten kan därmed inte förkasta ett anbud enbart på basis av sådana utredningar som har lagts fram när anbudet lämnats, utan den bör granska grunderna för anbudet genom ett separat förfarande efter det att anbuderna har öppnats. Enligt EG-domstolens dom i civil upphandling i de förenade målen C-285/99 och C-286/99, *Impresa Lombardini* (REG 2001 s. I-9233) kan en upphandlande enhet inte begränsa anbudsgivarens rätt att lämna in utredningar, utan den ska vid bedömningen av ett prismässigt exceptionellt lågt anbud beakta alla utredningar som anbudsgivaren lämnar in.

Det föreslås att i 2 mom. ska föreskrivas om de faktorer som den upphandlande enheten särskilt kan begära tilläggsuppgifter om. Förteckningen är inte uttömmande, så den upphandlande enheten kan begära en utredning också om andra omständigheter som kan ligga till grund för det låga anbudspriset. Den upphandlande enheten bör utgående från utredningarna bedöma möjligheterna för genomförande av upphandlingen och de risker som är förknippade med den. Orsaken till att anbudspriset är lågt kan vara t.ex. ett fel vid priskalkyleringen, varvid den upphandlande enheten ska bedöma möjligheterna att begära en precisering av anbudet. Prisskillnader mellan anbuderna kan också bero på skillnader mellan företagen när det gäller de tekniska lösningarna, produktionens effektivitet, produktions- och leveranskapaciteten, kapacitetsutnyttjandet eller kraven på täckning. Det kan också vara fråga om att anbudsgivaren

strävar efter att erövra nya marknader. Orsaker av detta slag kan inte berättiga till att anbudet förkastas för att det är alltför lågt, om anbudsgivaren är kapabel att på ett tillförlitligt sätt bevisa sina möjligheter att genomföra upphandlingen.

I den rättspraxis som gäller upphandlingslagen har det ansetts stå i strid med lagstiftningen att jämförelsen av anbudens grundar sig på ett s.k. rätt pris eller ett genomsnittligt pris, varvid ett lägre pris beaktas som en negativ faktor vid bedömningen av anbud, eller att anbud innefattande ett pris som är lägre än detta överhuvudtaget inte beaktas. I rättspraxis har det ansetts att det emellertid inte bör anses strida mot upphandlingslagstiftningen att man vid fastställandet av vad som är exceptionellt låga anbud använder sig av matematiska grunder, om dessa grunder är objektiva och icke-diskriminerande (t.ex. EG-domstolens dom i de förenade målen C-285/99 och C-286/99, Impresa Lombardini (REG 2001, s. I-9233)).

Enligt 3 mom. kan den upphandlande enheten även förkasta ett anbud om det exceptionellt låga priset beror på att anbudsgivaren åtnjuter olagligt stöd. Syftet med bestämmelsen är att förebygga att statligt stöd får konkurrensnedvidande verkningar i strid med gemenskapens lagstiftning. De statliga stödåtgärderna omfattas av artiklarna 107-109 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt. Principen är att statligt stöd, varmed i vid bemärkelse avses olika förmåner som härrör ur offentliga källor, såsom direkta understöd, fördelaktiga lån, borgen och hyror som understiger marknadspriset, är förbjudet. Med statligt stöd avses också stöd som beviljas av andra än statliga myndigheter, t.ex. stöd som kommuner eller regionala myndigheter beviljar. En allmän definition på begreppet statligt stöd finns i artikel 107 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt och, för vissa sektorer del, i andra bestämmelser som ingår i samma fördrag.

Den som enligt fördraget om Europeiska unionens funktionssätt är behörig att bedöma om stöd är godtagbara eller ej är Europeiska kommissionen, som på basis av förhandsmeddelanden från medlemsstaterna beslutar om godtagbarheten. Den myndighet som planerar ett stödprogram ansvarar även för skyl-

digheten att lämna förhandsmeddelande. I Finland ansvarar arbets- och näringsministeriet centralt för att meddelandena förmedlas till kommissionen, och det lämnar också upplysningar om de godkända stödprogrammen, fränsett stödprogrammen inom sektorn för jord- och skogsbruk. Upplysningar om de sistnämnda ges av jord- och skogsbruksministeriet. Också den som beviljar stöd underrättar i regel i sitt beslut stödtagaren om det är fråga om ett sådant stöd som omfattas av unionens regelverk.

Även andra offentliga stöd som omfattas av unionens behörighetsområden än de ovan nämnda kan betraktas såsom statliga stöd enligt 3 mom. som kan bedömas som grund för exceptionellt låga anbudspriser. Därmed kan t.ex. annat olagligt statligt stöd berättiga den upphandlande enheten att förkasta anbudet såsom alltför lågt. Situationerna bör undersökas i detalj. Anbudsgivaren är ansvarig för att tillhandahålla en utredning om det stödsystem som ligger till grund för det statliga stödet.

Enligt artikel 49.3 i försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet ska den upphandlande enheten underrätta kommissionen när den förkastar ett alltför lågt anbud på grund av statligt stöd som strider mot unionsrätten. Det föreslås att bestämmelser om skyldigheten att underrätta kommissionen utfärdas genom förordning. Paragrafen motsvarar huvudsakligen 63 § i upphandlingslagen. I fråga om försvars- och säkerhetsupphandling nämns särskilt skyldigheten att underrätta kommissionen om att ett anbud har förkastats på grund av statligt stöd som strider mot lagen.

59 §. Beaktande av stöd som ges av den upphandlande enheten vid jämförelse av anbud. I paragrafen ska det föreskrivas om likvärdig behandling av anbudsgivarna när en sammanslutning eller inrättning som ägs av den upphandlande enheten deltar i anbuds-förfarandet. Bestämmelsen gäller också situationer där den upphandlande enheten ger någon annan anbudsgivare ekonomiskt stöd som inverkar på anbudspriset. Genom bestämmelsen konkretiseras den i 2 § 3 mom. angivna principen om likabehandling.

Enligt 2 § i den föreslagna lagen får en sammanslutning eller inrättning som ägs av

den upphandlande enheten delta i ett anbuds-förfarande som den upphandlande enheten eller andra upphandlande enheter ordnar. En sådan enhet ska dock bemötas på samma sätt som andra parter som deltar i anbuds-förfarandet.

Offentliga enheters deltagande i anbuds-förfaranden som anbudsgivare får inte föranleda snedvridning av konkurrensen i förhållande till privata anbudsgivare. Därför ska ett anbud som lämnas av en enhet som hör till den upphandlande enhetens organisation vara jämförbart med de andra anbuden, vilket inom rättspraxis som gäller upphandlingslagen bedömts förutsätta att alla motiverade kostnader ska beaktas vid jämförelsen av anbud. I annat fall kan den upphandlande enhetens stöd till anbudsgivaren medföra att anbudspriset inte beskriver den faktiska kostnad som den upphandlande enheten orsakar. Stödets inverkan ska utredas i varje enskilt fall för säkerställande av att upphandlingen görs så fördelaktigt som möjligt.

Paragrafen har samma innehåll som 64 § i upphandlingslagen.

9 kap. Underleverantörskontrakt

60 §. Underentreprenad från anknutna företag. Det föreslås att i paragrafen ska föreskrivas om underentreprenader hos företag som är anknutna till anbudsgivaren och om den upphandlande enhetens möjlighet att begära upplysningar om dem. Paragrafens 1 och 3 mom. grundar sig på artikel 50 i försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet och 2 mom. på artikel 1.23.

I paragrafens 1 mom. ska det föreskrivas om den upphandlande enhetens rätt att kräva att anbudsgivaren i sitt anbud anger vilken del av upphandlingskontraktet en underleverantör som är anknuten till anbudsgivaren kommer att genomföra. Om den upphandlande enheten begär det ska anbudsgivaren också meddela vilka dessa företag är. För att den upphandlande enheten ska kunna avgöra om det företag det är frågan om uppfyller de förutsättningar som ingår i definitionen på ett anknutet företag i 2 mom. bör anbudsgivarens meddelande också innehålla en redogörelse för anknytningen.

Ovan nämnda anmälningsskyldighet kan också ställas på de företag som ger ett anbud i en sådan grupp som avses i 56 §.

Anbudsgivaren ska också vara skyldig att uppdatera de uppgifter som ingår i anbudet, om relationerna mellan företagen förändras under upphandlingsförfarandets gång. Det kan vara fråga om t.ex. situationer där ett anknutet företags ställning förändras sedan anbudet har getts så att det inte längre uppfyller definitionen på ett anknutet företag i paragrafens 2 mom. Motsvarande situation kan också komma i fråga när anbudsgivaren får ett sådant bestämmande inflytande som avses i 2 mom. i förhållande till sin underleverantör under anbuds-förfarandets gång.

Enligt 2 mom. avses med ett anknutet företag ett företag över vilket anbudsgivaren direkt eller indirekt kan utöva ett bestämmande inflytande eller ett företag som kan utöva ett sådant inflytande över anbudsgivaren. Som anknutet företag anses också ett företag som tillsammans med anbudsgivaren står under sådant inflytande av något annat företag. Definitionen täcker därmed anbudsgivarens dotter-, moder- och systerföretag liksom också sådana bolag som hör till samma koncern som anbudsgivaren och i vilka anbudsgivaren direkt, t.ex. via ett eget dotterbolag, kan använda bestämmande inflytande. Huruvida bestämmande inflytande föreligger ska igen bedömas på basis av ägande, finansiellt deltagande och de regler som företaget lyder under, dvs. främst bolagsordningen eller delägaravtalet. Enligt momentet ska företaget anses ha bestämmande inflytande, ifall det direkt eller indirekt äger majoriteten av det andra företags kapital. Motsvarande situation uppkommer när företaget råder över majoriteten av det röstetal som grundar sig på företags aktier eller det kan utnämna hälften av medlemmarna i företags förvaltnings-, lednings- eller kontrollorgan.

I paragrafens 3 mom. ska det föreskrivas om situationer då de bestämmelser som gäller underleverantörskontrakt i 62—66 § i lagen inte ska tillämpas. När anbudsgivaren ingår underleverantörskontrakt med ett företag som är anknutet till det ska bestämmelserna om underleverantörskontrakt inte tillämpas. Detta innebär att anbudsgivaren inte kan uppfylla den upphandlande enhetens

konkurrensutsättningsskyldighet för underentreprenader enligt 62 § 3 mom. 2 punkten genom att ge den andel av kontraktet som krävs till en underleverantör som är anknuten till anbudsgivaren. Likaså kan den upphandlande enheten inte på anbudsgivaren ställa krav på konkurrensutsättning av underentreprenader enligt 62 § 3 mom. 1 och 3 punkten i denna lag i fråga om de underentreprenader som anbudsgivaren gör hos ett anknutet företag. Enligt momentet ska bestämmelserna i 62—66 § som gäller underleverantörskontrakt inte heller tillämpas när anbudet har getts i grupp och underleverantörskontraktet har ingåtts med ett företag som hör till samma grupp eller med ett företag som är anknutet till ett företag som hör till samma grupp.

61 §. Val av underleverantör. I paragrafen ska det föreskrivas om anbudsgivarens rätt att fritt välja sina underleverantörer i de fall då den upphandlande enheten inte har ställt några krav gällande underentreprenader i enlighet med 62—66 § i denna lag. I anbudsgivarens rätt att välja sina underleverantörer kan därmed endast ingripas då den upphandlande enheten i upphandlingsannonsen och anbudsförfrågan har ställt krav på genomförandet av underentreprenader enligt 62 eller 63 §. Paragrafen grundar sig på artikel 21 i försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet.

62 §. Krav som gäller underleverantörskontrakt. I paragrafen ska det föreskrivas om de krav som den upphandlande enheten kan ställa på anbudsgivaren gällande genomförandet av underentreprenader. Paragrafen är uttömmande och den upphandlande enheten har inte rätt att föra fram andra konkurrensutsättningskrav gällande underentreprenad än vad som föreskrivs i paragrafens 2—4 mom. De krav som gäller konkurrensutsättningen av underentreprenader är inte knutna till ett visst upphandlingsförfarande utan de kan ställas i alla upphandlingsförfaranden. Paragrafen grundar sig på artikel 21 i försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet.

I paragrafens 1 mom. ska det föreskrivas att den upphandlande enheten i upphandlingsannonsen ska fastställa och i anbudsförfrågan precisera de krav som gäller underleverantörskontraktet. I upphandlingsannonsen ska tillräckliga uppgifter meddelas om de

krav som gäller underleverantörskontrakt. I momentet ska det också föreskrivas att de krav som gäller underleverantörskontrakt ska stämma överens med proportionalitets- och icke-diskrimineringsprinciperna. I enlighet med proportionalitetsprincipen ska de krav som gäller underentreprenader stå i rätt proportion till upphandlingens storlek och kvalitet. Med icke-diskriminering avses igen att de krav som gäller underentreprenader inte får ställa underleverantörer eller anbudsgivare i ojämlig ställning. Till exempel sådana krav där det förutsätts att underentreprenörerna ska komma från en viss stat uppfyller inte kravet på icke-diskriminering i lagen.

I paragrafens 2 mom. ska det föreskrivas om den upphandlande enhetens möjlighet att kräva att anbudsgivaren i sitt anbud meddelar vilken del den har för avsikt att ge som underentreprenad till en tredje part. Anbudsgivaren bör också när den upphandlande enheten kräver det meddela innehållet i de underleverantörskontrakt som ska ingås samt valda underleverantörer. Anbudsgivaren får därmed frihet att välja vilken eller vilka delar av kontraktet den ger ut på underentreprenad. Anbudsgivaren får också frihet att besluta till vem den ger underentreprenaderna och den behöver inte ordna anbudsförfarande som omfattar Europeiska unionen för underentreprenaderna. Den upphandlande enheten ska endast ha rätt att granska att den underleverantör som föreslås uppfyller de lämplighetskrav som ställts i upphandlingsannonsen och som stämmer överens med 63 § 1 mom. i lagen och att uteslutningsgrunden enligt 47 eller 48 § i lagen inte gäller underleverantören.

I paragrafens 3 mom. ska det föreskrivas om kraven att konkurrensutsätta underentreprenaderna. Enligt 1 punkten i momentet ska den upphandlande enheten ha rätt att kräva att anbudsgivaren konkurrensutsätter en viss del eller alla de kontrakt som anbudsgivaren i enlighet med 2 mom. har meddelat i sitt anbud att den ger till underleverantörer. I denna situation har den upphandlande enheten rätt att rikta sitt krav på konkurrensutsättning endast på de delar av kontraktet som anbudsgivaren i sitt anbud har meddelat att den ger till underleverantörer. Den anbudsgivare som valts som kontraktspart bör igen konkurrens-

utsätta dessa underentreprenader på det sätt som föreskrivs i 64—66 § i lagen.

Den upphandlande enheten bör meddela om skyldigheten att konkurrensutsätta underentreprenader redan i upphandlingsannonsen. Då kan anbudssökandena, när de överväger om de ska delta i anbudsförfarandet, beakta kravet på konkurrensutsättning av underentreprenaderna. Den upphandlande enheten bör i anbudsförfrågan precisera det krav den har fört fram i upphandlingsannonsen. Då är det anbudsgivarens skyldighet att i enlighet med 2 mom. i sitt anbud reda ut sin plan på underentreprenader, dvs. vilka delar av kontraktet (mängd och objekt) anbudsgivaren har för avsikt att ge på underentreprenad liksom också underleverantörernas namn, ifall anbudsgivaren redan har valt underleverantörer och andra uppgifter som behövs. Vid försvarsupphandling kan sådana kontraktsgdelar som anbudsgivaren har för avsikt att upphandla hos underleverantörer vara t.ex. vapensystem, bepansring eller skyddsutrustning som ska anslutas till fordon, örlogsfartyg eller luftfartyg eller system som sammanhängar med ledning och övervakning.

Ifall den upphandlande enheten i upphandlingsannonsen och anbudsförfrågan har reserverat rätt att ställa en skyldighet till konkurrensutsättning enligt 1 punkten, bör den upphandlande enheten först och främst utgående från anbudsgivarens anbud bedöma om anbudsgivaren i sitt anbud har lämnat in de uppgifter som krävs i upphandlingsannonsen och anbudsförfrågan. Efter detta bör den upphandlande enheten fastslå i fråga om vilka av de underentreprenader som anbudsgivaren har meddelat den kommer att kräva konkurrensutsättning enligt 64—66 § i denna lag. Den upphandlande enheten kan kräva att anbudsgivaren konkurrensutsätter alla underentreprenader som anbudsgivaren har meddelat eller en del av dem. Den upphandlande enheten kan också utgående från anbudsgivarens anbud sluta sig till att den inte på anbudsgivarens ställer någon sådan skyldighet att konkurrensutsätta underentreprenaderna som förts fram i upphandlingsannonsen och anbudsförfrågan. Denna möjlighet ska den upphandlande enheten dock meddela klart redan i anbudsförfrågningsfasen. Den upphandlande enheten har också redan i upp-

handlingsannonsen eller anbudsförfrågan kunnat konstatera att den kommer att kräva att alla de underentreprenader som anbudsgivaren meddelar ska konkurrensutsättas. Då har den upphandlande enheten inte behov att utföra en sådan definiering av de underentreprenader som ska konkurrensutsättas som beskrivs ovan.

Anbudsgivarnas meddelanden om vilka delar av kontraktet de kommer att lägga ut som underentreprenader till tredje parter kan skilja sig betydligt från varandra. Till följd av detta kan den upphandlande enheten, när den fastställer vilka enskilda underentreprenader som bör konkurrensutsättas enligt 64—66 § i denna lag, komma till olika avgöranden i fråga om olika anbudsgivare. Den upphandlande enheten bör dock alltid följa proportionalitets- och icke-diskrimineringsprincipen.

Fastställandet av de underentreprenader som ska konkurrensutsättas, vilket refereras ovan, bör utföras i ett så tidigt stadium som möjligt av bedömningen av anbudet. I ett selektivt förfarande bör den upphandlande enheten meddela anbudsgivarna vilket eller vilka av de enskilda underentreprenader de har meddelat som konkurrensutsättningskyldigheten kommer att riktas på. Det är fråga om ett meddelande av den upphandlande enheten genom vilket den preciserar det krav den ställde i upphandlingsannonsen och anbudsförfrågan. Vid förhandlat förfarande och konkurrenspräglad dialog kan förhandlingar föras mellan anbudsgivaren och den upphandlande enheten om vilka enskilda underentreprenader skyldigheten till konkurrensutsättning kommer att riktas på. Via dessa förhandlingar kan den upphandlande enheten säkerställa att den har tillräckliga och korrekta uppgifter om vilka konsekvenser konkurrensutsättningen av en enskild underentreprenad har i synnerhet vad gäller upphandlingens kostnader, risker och kvalitet.

Den egentliga konkurrensutsättningen av underentreprenaderna ska anbudsgivaren vara skyldig att göra i enlighet med 64—66 § i denna lag efter att ha blivit vald till kontraktspart. Detta hindrar eller begränsar dock inte anbudsgivarens möjligheter att inleda eller genomföra konkurrensutsättningen av underentreprenaderna medan anbudsförfarandet

pågår i enlighet med vad den upphandlande enheten har krävt.

I 3 mom. 2 punkten ska den upphandlande enheten ges en möjlighet att kräva att den anbudsgivare som väljs till kontraktspart ger en viss procentandel av upphandlingen som underentreprenader till tredje part. Den upphandlande enheten bör fastslå denna procentandel i upphandlingsannonsen. Den upphandlande enheten bör meddela denna andel som minimi- och maximiprocentandelar. Maximandelen får dock inte överskrida 30 procent. Den upphandlande enheten ska därmed inte ha rätt att kräva att anbudsgivaren konkurransutsätter en viss del av kontraktet (t.ex. integrerings- eller monteringsarbete, underhållsarbete), utan den får endast fastställa vilken maximi- och minimiprocentandel av underentreprenaderna som ska konkurransutsättas.

Anbudsgivaren ska för sin del i sitt anbud meddela den upphandlande enheten vilken del av kontraktet den har för avsikt att ge som underentreprenad för att uppfylla det krav som den upphandlande enheten har ställt. Den upphandlande enheten har då till uppgift att utgående från anbudsgivarens anbud bedöma om anbudsgivaren i sitt anbud har meddelat de uppgifter som krävdes i upphandlingsannonsen och anbudsförfrågan. Den egentliga konkurransutsättningen av underentreprenaderna ska anbudsgivaren vara skyldig att genomföra sedan den blivit vald till kontraktspart. Detta hindrar dock inte att anbudsgivaren redan medan anbudsförfarandet pågår (t.ex. i samband med att anbudet utarbetas) konkurransutsätter den krävda delen av underentreprenaderna i enlighet med 64—66 § i denna lag.

I 3 punkten i paragrafens 3 mom. ska det föreskrivas om den upphandlande enhetens möjlighet att förutsätta att de underentreprenader som anbudsgivaren har för avsikt att ge tredje part ska konkurransutsättas utöver vad den upphandlande enheten har förutsatt i 3 mom. 2 punkten. Den upphandlande enheten ska inte ha rätt att kräva att anbudsgivaren gör underentreprenader utöver den procentandel som krävs. Den upphandlande enheten ska kunna kräva att anbudsgivaren i sitt anbud meddelar om den har för avsikt att göra underentreprenader utöver kravet enligt

2 punkten. Dessutom ska den upphandlande enheten kunna kräva att anbudsgivaren i sitt anbud specificerar dessa underentreprenader (objekt, mängd och vald underleverantör) samt konkurransutsätter alla eller en del av dem i enlighet med 64—66 § i lagen. Anbudsgivaren ska dock alltid ha rätt att välja vilken del av anbudet (t.ex. vissa undersystem) den ger på underentreprenad för att uppfylla det krav som den upphandlande enheten har ställt i enlighet med 2 punkten.

Ifall den upphandlande enheten i upphandlingsannonsen och i anbudsförfrågan har förbehållit sig rätten att ställa en konkurransutsättningsskyldighet i enlighet med 3 mom. 3 punkten, bör den upphandlande enheten först och främst utgående från anbudsgivarens anbud bedöma om anbudsgivaren i sitt anbud har levererat de uppgifter som krävs i upphandlingsannonsen och anbudsförfrågan. Efter detta ska den upphandlande enheten fastställa i fråga om vilka av de underentreprenader som anbudsgivaren har meddelat och som överskrider skyldigheten enligt 2 punkten enheten kommer att kräva konkurransutsättning enligt 64—66 § i denna lag. Den upphandlande enheten kan också utgående från anbudsgivarens anbud besluta att den inte ställer någon sådan konkurransutsättningsskyldighet som framförts i upphandlingsannonsen och anbudsförfrågan för anbudsgivaren. En sådan möjlighet bör den upphandlande enheten dock meddela klart redan i anbudsförfrågestadiet. Den upphandlande enheten har också redan i upphandlingsannonsen eller anbudsförfrågan kunnat konstatera att den kommer att kräva att alla upphandlingsentreprenader som anbudsgivaren meddelar ska konkurransutsättas. Härvid har den upphandlande enheten inget behov att fastställa vilka underentreprenader som ska konkurransutsättas på det sätt som beskrivs ovan.

Den egentliga konkurransutsättningen av underentreprenaderna ska anbudsgivaren vara skyldig att genomföra efter att ha blivit vald till kontraktspart.

I 4 mom. ska det föreskrivas om den upphandlande enhetens möjlighet att kräva att anbudsgivaren meddelar de ändringar som sker på underleverantörsnivå under tiden för fullgörande av upphandlingskontraktet. Un-

derleverantörernas sammansättning är en väsentlig uppgift för den upphandlande enheten framför allt i försvars- och säkerhetsupphandling som ofta innehåller krav på bl.a. informationssäkerhet. Då måste den upphandlande enheten kunna försäkra sig om att också de nya underleverantörer som väljs under den tid upphandlingskontraktet gäller har tillräcklig kapacitet att hantera säkerhetsklassificerad information.

I 5 mom. ska det föreskrivas om begränsningar i den upphandlande enhetens krav som gäller underentreprenader. Enligt 2 punkten i paragrafens 3 mom. ska minimi- och maximiandelen stå i rätt proportion till föremålet för och värdet av kontraktet. Dessutom ska den upphandlande enheten när den ställer krav noga observera vilken industribransch det är fråga om och dess eventuella särdrag, konkurrensläget samt faktorer som hänger samman med den tekniska prestationsförmågan. Utgångspunkten för bestämmelsen är att den upphandlande enheten inte får ställa sådana krav på underentreprenad, vilkas fullgörande medför oskäliga svårigheter för de företag som ger anbud. Bakom kraven på underentreprenaderna bör ligga den upphandlande enhetens strävan att få bästa möjliga motprestation för sina pengar. Principen är att kravet på att underentreprenaderna ska konkurransutsättas inte får äventyra funktionen hos anbudsgivarens produktionskedja. Till följd av detta bör den upphandlande enheten sträva efter att undvika att ställa skyldigheten i små upphandlingar och i upphandlingar där underentreprenaderna i typiska fall är få. Dessa kan vara t.ex. upphandling av i hög grad standardiserade vapen eller ammunition.

I 6 mom. ska det föreskrivas att anbudsgivaren har rätt att ge tredje part en större andel underentreprenader än vad den upphandlande enheten har krävt. Målet med bestämmelsen är att garantera tillräcklig rörelsefrihet för anbudsgivarna. En anbudsgivare kan om den vill ge fullgörandet av hela kontraktet till underleverantörer, bara den följer de krav som den upphandlande enheten har ställt i fråga om underentreprenaderna.

63 §. Förkastande av en underleverantör. I paragrafen ska det föreskrivas om de förutsättningar utgående från vilka den upphand-

lande enheten kan förkasta en underleverantör som anbudsgivaren föreslagit. Bestämmelsen grundar sig på artikel 21.5 i försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet.

Enligt 1 mom. har den upphandlande enheten rätt att ställa krav som gäller underleverantörens lämplighet. Dessa kan hänföra sig till underleverantörens finansiella och ekonomiska situation, tekniska prestationsförmåga och yrkesmässiga kvalifikationer, informationssäkerhet, försörjningsberedskap eller kvalitetskrav. Förteckningen är inte uttömmande, utan den upphandlande enheten kan med beaktande av upphandlingens art och omfattning föra fram också andra krav som gäller underleverantörens lämplighet. En förutsättning är dock att kraven bör vara jämlika, icke-diskriminerande och stämma överens med de krav på anbudssökandens eller anbudsgivarens lämplighet som har ställts i upphandlingsannonsen. Den upphandlande enheten har alltså inte rätt att ställa helt andra lämplighetskrav på en underleverantör än de som den har ställt på anbudssökanden eller anbudsgivaren. I praktiken är de lämplighetskrav som sammanhänger med underentreprenad underställda de krav som har ställts på huvudleverantören. Alla ursprungliga lämplighetskrav är emellertid inte nödvändigtvis ändamålsenliga när en föreslagen underleverantörs lämplighet bedöms. Likaså kan nivån på lämplighetskraven variera mellan anbudsgivare och underleverantör. Till exempel är det inte nödvändigtvis motiverat att rikta lika omfattande krav gällande ekonomisk och finansiell situation på en underleverantör som på en anbudssökande eller anbudsgivare. De krav som gäller en underleverantörs lämplighet bör meddelas i upphandlingsannonsen. Ifall förutsättningarna för direktupphandling uppfylls, bör eventuella krav som gäller en underleverantörs lämplighet meddelas i anbudsförfrågan.

Anbudsgivaren ska i sitt anbud inbegripa tillräckliga uppgifter om sina underleverantörer för att den upphandlande enheten ska kunna avgöra hur de underleverantörer som anbudsgivaren har valt uppfyller de lämplighetskrav som anförs i upphandlingsannonsen. Den upphandlande enhetens bedömning av en underleverantörs lämplighet görs som en

del av bedömningen av anbudssökanden och anbudsgivaren eller dessas anbud.

I 2 mom. ska det föreskrivas om den upphandlande enhetens möjlighet att förkasta en underleverantör som valts av anbudsgivaren. Förkastandet ska kunna ske både under upphandlingsförfarandet och under verkställandet av upphandlingskontraktet. Förkastandet kan dock grunda sig endast på de krav gällande underleverantörens lämplighet som har meddelats i upphandlingsannonsen. Utöver detta kan den upphandlande enheten förkasta en underleverantör under upphandlingsförfarandet och tiden då upphandlingskontraktet fullgörs, om en uteslutningsgrund enligt 47 eller 48 § i lagen gäller underleverantören. Den upphandlande enheten bör motivera skriftligt för anbudsgivaren beslutet att förkasta en underleverantör. I beslutet ska skälen som lett till förkastandet tas upp klart och tydligt. Beslutet om att en underleverantör har förkastats bör ges anbudsgivaren för kännedom så snabbt som möjligt, för att anbudsgivaren ska kunna välja en ny underleverantör i stället för den som förkastats.

Enligt 88 § 2 mom. i lagen är det inte möjligt att besvara sig över ett beslut som gäller förkastande av en underleverantör hos marknadsdomstolen. I det stadiet då ett upphandlingskontrakt fullgörs är förkastandet av en viss underleverantör i princip en kontraktsrättslig fråga. Då ska det granskas vad som i kontraktet mellan den upphandlande enheten och den anbudsgivare som valts till kontraktspart har överenskommit om underentreprenader och genomförandet av dem.

64 §. Genomförande av underentreprenader. I paragrafen ska det föreskrivas om de krav som sammanhänger med genomförandet av underentreprenader. Paragrafen grundar sig på artikel 52 och 53 i försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet.

I 1 mom. ska det föreskrivas om anbudsgivarens skyldighet att agera öppet samt behandla alla eventuella underleverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt. Med öppenhet avses att anbudsgivaren bör publicera en annons som omfattar Europeiska unionen om de underentreprenader för vilka gäller den skyldighet att konkurrensutsetta underentreprenader som den upphandlande enheten har ställt och som stämmer

överens med 62 § 3 mom. Kravet på likvärdig och icke-diskriminerande behandling motsvarar det krav som har ställts på upphandlingskontraktet. Kraven på lika och icke-diskriminerande behandling samt den rättspraxis som sammanhänger med dem refereras närmare i detaljmotiveringen till 2 § i denna lag.

Enligt 2 mom. över de underentreprenader för vilka gäller en konkurrensutsättningskyldighet i enlighet med 62 § 3 mom. i denna lag ska en underentreprenadannons sändas in för publicering. Insändandet av annonsen är en uppgift för den anbudsgivare som valts till kontraktspart. Annonseringsskyldigheten gäller de upphandlingar vilkas uppskattade värde är högre än de EU-tröskelvärden som nämns i 12 § och i fråga om vilka förutsättningarna för direktupphandling i 22 och 23 § inte uppfylls. Någon annonseringsskyldighet ska inte heller föreligga, om en underentreprenad kan genomföras utgående från ett ramavtal i enlighet med 66 §. Det uppskattade värdet av underentreprenadskontrakten räknas enligt samma grunder som det uppskattade värdet av det egentliga kontraktet.

Den ovan refererade annonseringsskyldigheten förutsätter att anbudsgivaren annonserar om de underentreprenader som ska konkurrensutsettas i hela Europa via Europeiska unionens elektroniska annonseringskanal (TED, Tenders Electronic Daily). Annonsen görs på så sätt att en blankett med en viss form fylls i, och i den ges basuppgifter om underentreprenadkontraktet. Uppgiftsinnehållet i blanketten fastställs utgående från bilaga V till försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet. Nationellt pågår ett projekt för att förnya HILMA-systemet, och i och med det blir det möjligt att fylla i en underentreprenadsannons också på adressen www.hankintailmoitukset.fi, därifrån den automatiskt vidaresänds till EU:s elektroniska annonseringskanal (TED).

Enligt 62 § 3 mom., som gäller konkurrensutsettnings av underentreprenader, ska anbudsgivaren genomföra konkurrensutsettningen av underentreprenaderna efter att anbudsgivaren har valts till kontraktspart. Detta hindrar inte att anbudsgivaren konkurrensutsetter underentreprenaderna redan medan anbudsförfarandet pågår. Om anbudsgivaren

härvid följer förfaranden enligt 64—66 § i denna lag, kan de på detta sätt konkurrensut-satta underentreprenaderna räknas anbudsgivaren till godo vid uppfyllandet av skyldigheten enligt 62 § 3 mom.

Enligt 3 mom. bör underentreprenadsannonsen innehålla tillräckliga uppgifter om underentreprenaden och om den anbudsgivare som har valts till kontraktspart. I synnerhet anbudsgivaren bör i sin annons om underentreprenader föra fram de kriterier som anbudsgivaren tillämpar vid bedömningen av underleverantörernas lämplighet och valet av underleverantörer. Kraven bör också vara enhetliga med de grunder som den upphandlande enheten tillämpar vid valet av anbudsgivare. Den anbudsgivare som väljs till kontraktspart har alltså inte rätt att ställa helt andra lämplighetskrav på en underleverantör än den upphandlande enheten har ställt. I praktiken är de lämplighetskrav som anknyter till underentreprenader underställda de krav som riktas på huvudleverantören. Alla ursprungliga lämplighetskrav är emellertid inte nödvändigtvis ändamålsenliga vid bedömningen av en underleverantörs lämplighet. Likaså kan nivån på lämplighetskraven variera i fråga om anbudsgivaren och underleverantören. Till exempel är det inte nödvändigtvis motiverat att inrikta lika omfattande krav på ekonomisk och finansiell situation på en underleverantör som på en anbudssökande eller anbudsgivare.

Lämplighetskraven ska klart anknyta till föremålet för upphandlingen. Till exempel ett krav på att det företag som genomför en underentreprenad ska ha en viss nationalitet anknyter i princip inte väsentligt till föremålet för upphandlingen. Likaså ställer ett sådant krav de eventuella underleverantörerna i ojämlig ställning utgående från nationaliteten och följaktligen är detta inte tillåtet. Kraven ska också stå i rätt proportion till upphandlingens storlek. Med detta avses att i upphandlingar till ett lägre värde är det inte ändamålsenligt att ställa ansenliga krav gällande underleverantörernas lämplighet.

I 63 § i lagen föreskrivs om de krav som den upphandlande enheten har ställt och som gäller underleverantörens lämplighet. En anbudsgivare som väljs till kontraktspart kan också i lämpliga delar utnyttja de krav som

den upphandlande enheten har ställt och som gäller underleverantörens lämplighet.

I paragrafens 4 mom. ska publicerandet av en annons som gäller underentreprenad någon annanstans innan den sänds till Europeiska unionens byrå för officiella publikationer vara förbjudet. I en annons som publiceras någon annanstans ska inte få ingå sådana uppgifter som inte har publicerats i Europeiska unionens officiella tidning. Syftet med bestämmelsen är att säkerställa att anbudsgivarna behandlas lika i hela EU genom att koncentrera de annonser som gäller upphandling till Europeiska unionens elektroniska annonseringskanal TED. Det som sägs ovan hindrar dock inte att en annons om underentreprenader publiceras också någon annanstans, bara publiceringen inte sker innan annonsen har publicerats i TED-systemet. Det är följaktligen möjligt att publicera en annons om underentreprenader också i det nationella HILMA-systemet, därifrån det automatiskt sänds till EU:s elektroniska annonseringskanal. Annonsen publiceras i HILMA först när den har sänts till och publicerats i EU:s annonseringskanal. Annonser som ska publiceras någon annanstans ska också innehålla det datum då annonsen har sänts till Europeiska unionens officiella tidning för att publiceras i den.

I 5 mom. ska det föreskrivas om bemyndigande att utfärda förordning. Genom förordning av statsrådet ska närmare bestämmelser meddelas om den annonseringsskyldighet som gäller underentreprenader, sändande av underentreprenadsannonser och om de kommunikationsmedel som ska användas vid sändandet, om innehållet i en underentreprenadsannons, publicering av den och om andra omständigheter som anknyter till skyldigheten att annonsera om underentreprenader.

Vid genomförandet av underentreprenaderna har den anbudsgivare som valts till kontraktspart gott om svängrum. I praktiken gäller bara två krav för anbudsgivaren. För det första bör anbudsgivaren uppfylla den annonseringsskyldighet som anknyter till underentreprenaderna. Detta innebär att en annons om underentreprenader ska publiceras via Europeiska unionens elektroniska annonseringskanal (TED). För det andra är an-

budsgivaren skyldig att behandla underleverantörerna på ett icke-diskriminerande och jämlikt sätt. Några andra skyldigheter gällande valet av underleverantörer har anbudsgivaren inte. Till exempel anbudsförfarandet, anbudstiden, innehållet i anbudsförfrågan, sändningssätten samt kriterierna för val av anbud och deras viktning står det anbudsgivaren fritt att besluta om. Dessutom kan enligt 88 § 2 mom. ett beslut av en anbudsgivare som valts till kontraktspart eller en annan åtgärd som gäller underentreprenadskontraktet inte lämnas in till marknadsdomstolen för behandling genom besvär, liksom inte heller andra åtgärder enligt denna lag vilka gäller underentreprenad. I fråga om dessa blir kontraktsrättsliga eller andra privaträttsliga rättsmedel tillämpliga.

65 §. Befrielse från skyldigheter som gäller underentreprenad. Det föreslås att i paragrafen ska föreskrivas om de grunder med vilka en anbudsgivare kan befrias från de skyldigheter som den upphandlande enheten har ställt och som gäller underentreprenad. Bestämmelsen grundar sig på artikel 53 i försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet.

Enligt paragrafen ska av en anbudsgivare som valts till kontraktspart inte få krävas att denne ska ingå ett underentreprenadskontrakt, om den kan visa att ingen av de underleverantörer som deltar i konkurrensen eller inget av deras anbud uppfyller de kriterier som anges i annonsen om underentreprenader och anbudsgivaren till följd av detta inte kan uppfylla kraven i upphandlingskontraktet. Befrielse från de skyldigheter som gäller underentreprenad förutsätter att den anbudsgivare som väljs till kontraktspart har ordnat konkurrensutsättningen om underentreprenaderna i enlighet med det som fastställs i 64 §. Det väsentliga vid bedömningen ska vara att de krav som ställts i annonsen om underentreprenader och de givna anbuden om underentreprenader inte motsvarar varandra.

66 §. Ramavtal. I paragrafen ska det föreskrivas om förhållandet mellan skyldigheterna gällande underentreprenad och ramavtalet. Paragrafen grundar sig på artikel 52 i försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet.

I 1 mom. ska det föreskrivas att på underentreprenader som en anbudsgivare som valts till kontraktspart gör på basis av ett ramavtal

inte ska tillämpas bestämmelserna i 62 §. Då förutsätts emellertid att ramavtalet mellan anbudsgivaren och underleverantören har konkurrensutsatts på det sätt som föreskrivs i 64 § i denna lag. Därmed har man varit tvungen att annonsera öppet om ramavtalet i det nationella systemet för upphandlingsannonser (HILMA), via vilket annonsen har sänkts till Europeiska unionens elektroniska annonseringskanal (TED). Dessutom ska anbudsgivaren vid konkurrensutsättningen av ramavtalet följa kraven på jämlik och icke-diskriminerande behandling.

Enligt 2 mom. ska underleverantörskontrakt som baserar sig på ramavtal ingås på så sätt att villkoren i ramavtalet iaktas. Sådana villkor är t.ex. villkor som anknyter till priset, leveransmängderna och leveranstiderna eller prioritetsordningen mellan leverantörerna. Dessutom ska de villkor som fastställts i ramavtalet iaktas i de egentliga underleverantörskontrakten. Det är möjligt att ingå ett underleverantörskontrakt endast mellan de ursprungliga parterna i ramavtalet.

Enligt 3 mom. ska ramavtalet inte få användas på ett sätt som snedvrider, begränsar eller förhindrar konkurrens.

I 4 mom. ska det föreskrivas om ett ramavtals maximilängd. Principen är att ett ramavtal ska kunna gälla högst sju år. Det ska också vara möjligt med en längre löptid för ramavtalet, om föremålet för upphandlingen i undantagsfall förutsätter detta. Motiveringen till detta bör vara problem som uppkommer vid byte av underleverantör med tanke på varornas, utrustningarnas eller systemens förväntade livslängd samt eventuella tekniska problem som orsakas av att underleverantören byts. Ett längre ramavtal kan komma i fråga framför allt inom de produktionssektorer där den förväntade livscykeln för produkter eller system är lång. Exempel på sådana sektorer är luftfartyg, vilkas förväntade livscykel oftast är mycket lång.

Genom att använda ramavtal kan anbudsgivaren besvara den upphandlande enhetens krav på konkurrensutsättning av underentreprenader och samtidigt försäkra sig om tillräcklig fortgång i försörjningskedjan. I ramavtalet behöver anbudsgivaren inte i samband med varje enskild upphandling som innehåller en skyldighet att konkurrensutsetta

underentreprenader särskilt ordna en konkurrensutsättning av underentreprenaderna som omfattar Europeiska unionen. I ramavtalet har anbudsgivaren lämpliga, pålitliga och på adekvat sätt konkurrensutsatta underleverantörer som är klara att användas.

67 §. Anbudsgivarens ansvar vid fullgörandet av en upphandling. I paragrafen ska det föreskrivas om anbudsgivarens ansvar vid fullgörandet av en upphandling. Paragrafen grundar sig på artikel 21 i försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet.

I paragrafen ska det föreskrivas att de krav som den upphandlande enheten har ställt och som gäller konkurrensutsättningen av underentreprenader inte begränsar ansvaret för fullgörandet av upphandlingen för den anbudsgivare som valts till kontraktspart. Trots de krav som gäller underentreprenader kvarstår anbudsgivarens ansvar för att upphandlingskontraktet fullgörs i enlighet med de villkor som överenskommit i det. Till exempel problem som anknyter till underentreprenader ansvarar inte den upphandlande enheten för, fastän den skulle ha ställt en skyldighet om att underentreprenaderna ska konkurrensutsättas.

DEL III Nationella förfaranden

10 kap. **Anbudsförfarande vid upphandling som understiger ett EU-tröskelvärde, vid sekundär tjänsteupphandling enligt bilaga B och vid viss annan upphandling**

68 §. Upphandlingsförfaranden. Det föreslås att i paragrafen ska föreskrivas om de förfaranden som ska användas vid varuupphandlingar och byggentreprenader som understiger ett EU-tröskelvärde enligt 12 § 1 mom. men som överstiger det nationella tröskelvärdet enligt 13 § 1 mom. samt vid primär tjänsteupphandling enligt bilaga A. Förfarandena ska också kunna användas i sekundär tjänsteupphandling enligt bilaga B som överstiger det nationella tröskelvärdet och i sådan försvarsupphandling som uppfyller de krav som har ställts i artikel 346.1 b i EUF-fördraget.

Med den nationella regleringen i del III i lagen strävar man efter att harmonisera upphandlingsförfarandena i den upphandling som står utanför försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet. Detta kan anses öka anbudsgivarnas rättsskydd samt enhetlighet i fråga om den upphandlingsverksamhet som nu helt grundar sig på styrning per förvaltningsområde. I fråga om de upphandlingar som inte når upp till EU-tröskelvärdet är lösningen i harmoni med de civila upphandlingarna, eftersom det också i fråga om dem i upphandlingslagen har inbegripits en nationell lagstiftning i fråga om sådan upphandling som understiger EU-tröskelvärdet.

I 1 mom. ska det föreskrivas att nationella förfaranden ska tillämpas på varuupphandling och byggentreprenader som understiger ett EU-tröskelvärde samt på primära tjänsteupphandlingar enligt bilaga A. Nationella förfaranden ska också tillämpas på sekundär tjänsteupphandling enligt bilaga B som överstiger det nationella tröskelvärdet enligt 13 § 1 mom. Till tillämpningsområdet ska därmed höra både försvars- och säkerhetsupphandlingar av de ovan nämnda upphandlingarna. Med bestämmelsen i paragrafens 1 mom. avgränsas tillämpningsområdet för de nationella förfarandena genom att de upphandlingar som understiger nationella tröskelvärdet enligt 13 § utesluts ur det. Detta är motiverat framför allt för att kostnaderna för konkurrensutsättning vid s.k. småskalig upphandling bör stå i rimligt förhållande till upphandlingens värde för att den ska kunna genomföras förmånligt.

I fråga om de upphandlingar som nämns i 1 mom. föreslås reglering på lagnivå, eftersom Europeiska unionens domstolspraxis förutsätter att också vid sådan upphandling som underskrider EU-tröskelvärderna iakttagas grundfördragets skyldigheter, såsom öppenhet. Europeiska unionens domstol har inte definierat innehållet i dessa skyldigheter exakt. I rättspraxis har öppenhet dock förutsatts särskilt i situationer då gränsöverskridande intressen har varit förknippade med ett upphandlingskontrakt, dvs. företag i andra medlemsstater hade varit intresserade av upphandlingen. Utöver detta förutsätts i 15 punkten i ingressen till försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet att medlemsstaterna

respekterar kraven beträffande öppenhet och konkurrens i de upphandlingskontrakt som ligger under tröskelvärdena för tillämpning av direktivet. Dessa principer ska särskilt beaktas vid upphandlingar med gränsöverskridande intressen. Enligt 15 punkten i ingressen är det medlemsstatens uppgift att särskilt fastställa hur sådana kontrakt bör tilldelas.

I 2 mom. ska det föreskrivas att förfarandena i 10 kapitlet bör användas också i de försvarsupphandlingar som fastställs i 5 § i lagen när förutsättningarna enligt artikel 346.1 b i EUF-fördraget uppfylls. Då är det fråga om försvarsupphandling, där en medlemsstats väsentliga säkerhetsintressen förutsätter att andra förfaranden enligt försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet används.

Enligt 16 punkten i ingressen till försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet kan en medlemsstat genomföra en försvars- eller säkerhetsupphandling med stöd av artikel 346 i EUF-fördraget utan att tillämpa bestämmelserna i direktivet, ifall detta visar sig nödvändigt med hänsyn till skyddet av medlemsstatens väsentliga säkerhetsintressen. Detta kan vara fallet t.ex. i sådan försvarsupphandling där statens väsentliga säkerhetsintressen ställer krav på särskilda arrangemang gällande försörjningstryggheten och bestämmelserna i försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet inte gör det möjligt att ställa sådana krav, eller bestämmelserna inte annars på ett tillräckligt sätt tryggar statens väsentliga säkerhetsintressen. En motsvarande situation kan det vara frågan om också i upphandling som med tanke på den nationella suveräniteten är så viktig att bestämmelserna i försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet inte är tillräckliga för att trygga medlemsstatens väsentliga säkerhetsintressen. En sådan situation kan det vara fråga om t.ex. när en viss försvarsmateriel eller tjänst till sin strategiska betydelse är så viktig för försvaret att vilket som helst beroende av en annan stat, såsom beroende av exporttillstånd som beviljas av en annan stat, ska anses äventyra statens väsentliga säkerhetsintressen. Till exempel system som anknyter till elektronisk krigföring och underrättelse eller krypteringssystem och programvaror som sammanhänger med dem kan förutsätta att medlemsstaten på detta sätt

är fullständigt oberoende av andra medlemsstater.

Vid försvarsupphandling kan kraven på försörjningstrygghet förutsätta att artikel 346 i EUF-fördraget återöppnas framförallt då det är fråga om ett vapensystem eller ett annat system som är centralt för försvaret och med vilket sammanhänger detaljerade krav på service och underhåll. Till exempel beredskap på att service- och underhållstjänster också finns tillgängliga under kristid i den omfattning och med den snabbhet som då krävs kan förutsätta att de service- och underhållstjänster som gäller det system som ska upphandlas finns tillgängliga i Finland också under normala förhållanden. Detta kan förutsätta att tjänstetillhandahållaren är etablerad i Finland eller att den kapacitet och det kunnande som behövs skapas hos den industri som finns i Finland. Försvarsmaktens kristida underhållsarrangemang kan också förutsätta att den som producerar service- och underhållstjänster för viktiga vapensystem och andra system bereder sig på kristider samt att tjänsteproduktionen under kristiden överförs till försvarsmaktens organisation. Dessa krav kan också förutsätta att dessa tjänster produceras av finska medborgare. Höga krav på försörjningstryggheten av detta slag som ska ställas för att den nationella försvarsförmågan ska kunna tryggas leder ofta till att det inte är möjligt att garantera statens väsentliga säkerhetsintressen i ett upphandlingsförfarande enligt försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet och den upphandlande enheten blir tvungen att återöppna artikel 346.1 b i EUF-fördraget. Till exempel utrustning och jaktplan som är förknippade med luftövervakningen är av så stor betydelse med tanke på den nationella säkerheten att de funktioner som är förknippade med servicen, underhållet och repareringen av dem också under normala förhållanden måste kunna genomföras snabbt och tillförlitligt och t.ex. risken för att reaktionstiderna för dem förlängs är inte acceptabel.

De väsentliga säkerhetsintressena kan förutsätta att i Finland bevaras en tillräcklig försvarsindustrikapacitet med anknytning till ett visst kritiskt vapensystem eller ett annat system. Kapaciteten kan i lika hög grad gälla teknologi (t.ex. informationsteknologi) som

förmåga att producera försvarsmateriel (t.ex. visst slags ammunition) eller med dessa sammanhängande service-, reparations-, integrations- och modifieringskapacitet. Det väsentliga är att föremålet för upphandlingen är så viktigt med tanke på den nationella säkerheten att ett beroende av en utländsk leverantör inte är möjligt att realisera utan att det kan anses att de nationella säkerhetsintressena äventyras. I detta fall sammanhänger kravet på försörjningstrygghet inte enbart med föremålet för upphandlingen, utan också med den industriella kapacitet eller det kunnande som väsentliga säkerhetsintressen förutsätter.

Med tanke på tillämpningen av artikel 346 i EUF-fördraget är det väsentligt att de väsentliga säkerhetsintressena enligt artikeln definieras. Enligt domstolens rättspraxis ligger detta enbart på medlemsstatens ansvar. Till exempel i målet T-26/01 ansåg domstolen i första instans att medlemsstaterna har en särskilt omfattande prövningsrätt, som grundar sig på artikel 296 i grundfördraget (numera artikel 346 i EUF-fördraget), i fråga om det, på vilket sätt de har för avsikt att garantera sina väsentliga säkerhetsintressen. Domstolen bekräftade också artikelns allmänna tillämpningsområde genom att konstatera att av artikelns placering, som en del av de allmänna bestämmelserna och slutbestämmelserna, följer att den har konsekvenser för alla bestämmelser i grundfördraget som ska tillämpas allmänt, såsom konkurrensreglerna, som det i detta fall är fråga om.

Artikel 346 i EUF-fördraget är en undantagsartikel, som gäller grundfördraget, och den ska i likhet med övriga undantag i grundfördraget, tolkas snävt. Detta framgår bl.a. av 17 punkten i ingressen till försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet, enligt vilken ett undantag enligt artikel 346 i EUF-fördraget kan utnyttjas endast på ett sådant sätt att dess effekter inte utsträcks utöver vad som är strikt nödvändigt för att skydda berättigade intressen, dvs. i fråga om artikel 346.1 b i EUF-fördraget väsentliga säkerhetsintressen. Dessutom ska vid tillämpningen av artikel 346 i EUF-fördraget följas proportionalitetsprincipen och tillämpningen av den ska utgöra minsta möjliga hinder för den fria rörligheten för sådana varor och den fria rörlig-

heten för sådana tjänster som inte uttryckligen är avsedda för militärt bruk.

EG-domstolen har också konstaterat i sin rättspraxis att en medlemsstat inte har rätt att ta till undantagen i artikel 346 i EUF-fördraget mera vidsträckt än vad som är ovillkorligt berättigat för att skydda intressen på det sätt som är tillåtet i artikeln. Domstolen har t.ex. i sin dom i mål C-414/97 ansett att en medlemsstat som har för avsikt att åberopa artikel 296 i grundfördraget (numera artikel 346) ska lägga fram bevis på att man med dessa befrielser inte överskrider de klart definierade gränser som gäller situationerna. Medlemsstaten ska då också kunna visa att befrielsen är nödvändig för att dess väsentliga säkerhetsintressen ska kunna tryggas. I mål C-423/98 konstaterade domstolen igen att för att kunna åberopa sina säkerhetsintressen som en undantagsgrund skulle medlemsstaten visa att en icke-diskriminerande behandling skulle orsaka verklig, särskild och allvarlig fara för medlemsstatens militära intressen. Gemenskapens domstol har också konstaterat att artikel 296 i grundfördraget dock inte ger medlemsstaten rätt att göra undantag från bestämmelserna i grundfördraget enbart genom att åberopa intressena i fråga (REG 2009 s. I-11705).

De åtgärder som en medlemsstat vidtar för att trygga sina väsentliga säkerhetsintressen med stöd av artikel 346 i EUF-fördraget får inte heller försämra förutsättningarna för sådana produkter att konkurrera på den gemensamma marknaden vilka inte uttryckligen är avsedda för militärt bruk. I mål C-337/05, Europeiska kommissionen mot republiken Italien (REG 2008 s. I-2173) konstaterade EG-domstolen att av formuleringen i artikel 296 i grundfördraget framgår att produkterna ska vara avsedda uttryckligen för militärt bruk. Italien hade ansett att landet hade rätt att åberopa artikel 296 i grundfördraget och sina väsentliga säkerhetsintressen, eftersom de helikoptrar som var föremål för upphandlingen var produkter med dubbla användningsområden, vilka utöver den civila användningen också kunde användas för militära syften. Domstolen konstaterade emellertid att Italien inte hade rätt att åberopa artikel 296 i grundfördraget och genomföra upphandlingen i strid med gemenskapens gällan-

de upphandlingsdirektiv, eftersom det var frågan om produkter som i första hand var avsedda för civil användning, vilka det var möjligt att använda också militärt.

Huruvida förutsättningarna enligt artikel 346.1 b i EUF-fördraget uppfylls ska alltid bedömas från fall till fall och utgångspunkten för tillämpningen är alltid statens väsentliga säkerhetsintressen. Rent ekonomiska faktorer berättigar inte till att göra undantag från bestämmelserna i försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet på basis av artikel 346 i EUF-fördraget. Ifall förutsättningarna enligt artikel 346.1 b i EUF-fördraget inte uppfylls i en försvarsupphandling som överskrider ett EU-tröskelvärde och samtidigt inte eller någon annan grund för undantag enligt denna lag är tillämplig, ska upphandlingen genomföras med iakttagande av bestämmelserna i del I, II och IV i denna lag.

Statens väsentliga säkerhetsintressen kan också bli föremål för granskning när det bedöms huruvida denna lag ska tillämpas på försvars- eller säkerhetsupphandling som innehåller säkerhetsklassificerad information. Enligt 7 § 1 mom. 1 punkten i lagen tillämpas försvars- och säkerhetsupphandlingslagen inte på försvars- och säkerhetsupphandling som är sekretessbelagd eller där tillämpningen av denna lag skulle ålägga den upphandlande enheten att lämna ut uppgifter vilkas offentliggörande strider mot statens väsentliga säkerhetsintressen. Bakom denna reglering står artikel 13.1 a i försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet och artikel 346.1 a i EUF-fördraget. För att en grund för undantag enligt 7 § 1 mom. 1 punkten ska kunna åberopas bör antingen hela upphandlingen vara sekretessbelagd eller också ska säkerhetsklassificerad information ges, upprättas eller annars hanteras för realisering av den, och offentliggörandet av denna information ska stå i strid med statens väsentliga säkerhetsintressen. Denna grund för att göra undantag kan bli tillämplig också i försvarsupphandling som uppfyller förutsättningarna enligt artikel 346.1 b i EUF-fördraget. En sådan situation kan det vara fråga om t.ex. då föremål för upphandling är ett med tanke på statens säkerhet viktigt vapensystem eller annat system och om redan givandet av ett anbud kräver tillträde till sådan med tanke på

den nationella säkerheten kritisk information som av säkerhetsskäl inte kan överlåtas till flera än en anbudsgivare eller till flera anbudsgivare som har fastslagits på förhand och som uppfyller höga krav på informationssäkerhet. I praktiken innehåller anbudsförfrågan då information som med tanke på den nationella säkerheten har säkerhetsklassificerats och hör till skyddsnivå I-III. Grunder för tillämpningen av 7 § 1 mom. 1 punkten i lagen har retts ut närmare i detaljmotiveringen till punkten.

69 §. Allmänna förfaringsbestämmelser. I paragrafen ska det föreskrivas om de allmänna förfaringsbestämmelser och centrala principer som gäller nationell upphandling.

I 1 mom. ska det föreskrivas om utnyttjandet av konkurrensförhållandena och att förfarandet med anbudstävlan ges första prioritet. De upphandlande enheterna ska sträva efter att åstadkomma konkurrens när de genomför upphandlingar. De upphandlande enheterna ska utnyttja befintlig konkurrens på marknaden för att hitta den lösning som till sitt förhållande pris-kvalitet och enhetens upphandlingsbehov är bäst lämpad. Anbudstävlan ska vara det första förfarandet, vilket ska tillämpas om inte någon av förutsättningarna för direktupphandling i paragrafens 3 och 4 mom. uppfylls.

Ett tillräckligt stort antal anbud ska begäras för att konkurrens ska säkerställas. När det bedöms vad som är ett tillräckligt stort antal anbud, bör uppmärksamhet ägnas åt både proportionalitetsprincipen och antalet möjliga anbudsgivare som finns på marknaden. Utgångspunkten ska vara att anbud begärs av minst tre leverantörer, om inte de lämpliga leverantörerna är färre än tre. Beaktandet av proportionalitetsprincipen i förfarandet med anbudsförfrågan innebär att upphandlingsförfarandets krav liksom också den upphandlingsprocess som ska följas står i rätt proportion till det mål som eftersträvas samt upphandlingens föremål och omfattning. Dessutom bör kostnaderna för upphandlingsförfarandet stå i rätt proportion till storleken på upphandlingen för att målet totalekonomisk lönsamhet ska vara möjligt att nå. Till följd av detta måste det i upphandlingar som till sitt ekonomiska värde är av mindre betydelse övervägas ett hur omfattande antal anbudsgi-

vare det är ändamålsenligt att begära anbud av.

I paragrafens 2 mom. ska det föreskrivas om skyldigheten att annonsera offentligt om sekundär tjänsteupphandling enligt bilaga B som överstiger det nationella tröskelvärdet enligt 13 § 1 mom. samt om varuupphandling, byggtreprenad och i bilaga A avsedd tjänsteupphandling, vilka understiger EU-tröskelvärdet i 12 § 1 mom. men överstiger det nationella tröskelvärdet enligt 13 § 1 mom. Om dessa upphandlingar ska den upphandlande enheten vara skyldig att annonsera offentligt. Annonseringsskyldigheten ska avvika från den skyldighet om vilken föreskrivs i 28 § i denna lag och gäller upphandling som överstiger ett EU-tröskelvärde, eftersom den upphandlande enheten är inte skyldig att publicera en annons i den nationella annonskanalen HILMA och inte heller i Europeiska unionens elektroniska TED-databas. Då det i lagen inte sägs något om användningen av en viss annonseringskanal, bör den upphandlande enheten anses ha uppfyllt sin annonseringsskyldighet när annonsen om upphandling offentliggörs t.ex. i en sådan elektronisk eller annan omgivning till vilken tillträdet inte har begränsats på något sätt. Den upphandlande enheten kan därmed uppfylla sin annonseringsskyldighet t.ex. genom att annonsera upphandlingen på sin egen webbplats, elektroniska anslagstavla eller i en dagstidning. Likaså blir annonseringsskyldigheten uppfylld, då den upphandlande enheten publicerar en annons om upphandlingen på sin egen anslagstavla, som finns i ett sådant utrymme dit tillträde inte på något sätt har begränsats. För att man vid dessa upphandlingar ska nå en så stor öppenhet som möjligt, rekommenderas det dock att den upphandlande enheten ska ha etablerade annonseringssätt och kanaler och att i dessa utnyttjas elektroniska annonseringsmetoder.

Genom annonseringsskyldigheten möjliggörs en mera täckande konkurrens också i de försvars- och säkerhetsupphandlingar som inte når upp till ett EU-tröskelvärde. Genom den skyldighet som ställs i lagen uppfylls dessutom också kravet på öppenhet i 15 punkten i ingressen till försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet och i EU:s grundfördrag också i de upphandlingskontrakt som

står utanför tillämpningen av Europeiska unionens lagstiftning. Enligt ovan nämnda punkt ska medlemsstaterna fastställa skyldigheter gällande öppenhet och konkurrens för de upphandlingskontrakt som inte når upp till tröskelvärdena för tillämpning av direktivet i överensstämmelse med de principer som föranleds av grundfördraget, såsom principen om likabehandling, principen om icke-diskriminering, principen om ömsesidigt erkännande och öppenhetsprincipen. Till de situationer med vilka sammanhänger gränsöverskridande intressen bör särskild hänsyn tas. Medlemsstaterna bör särskilt fastställa hur sådana kontrakt bör tilldelas.

I 2 mom. ska vidare föreskrivas att skyldigheten att annonsera offentligt inte ska gälla de försvarsupphandlingar där förutsättningarna enligt artikel 346.1 b uppfylls. Den ändamålsenlighetsprövning som sammanhänger med annonsering om en upphandling ankommer på den upphandlande enheten, som bör sträva efter den lösning som bäst möjliggör utnyttjande av konkurrensförhållandena samt att genomföra de upphandlingar som till sitt förhållande mellan pris och kvalitet är de bästa, dock med beaktande av eventuella särskilda krav som hänför sig till försvaret och den nationella säkerheten.

De upphandlingar som uppfyller förutsättningarna i artikel 346.1 b i EUF-fördraget står utanför tillämpningsområdet för försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet och på dem tillämpas inte heller kraven i grundfördraget såsom öppenhet. Till följd av detta och med beaktande av dessa upphandlingars art samt det att de sammanhänger med statens väsentliga säkerhetsintressen, ska skyldigheten att annonsera offentligt inte anses motiverad i fråga om dessa upphandlingar.

I lagen ska inte särskilt fastställas de upphandlingsförfaranden som ska följas vid upphandling enligt del III. En anbudstävling enligt del III i lagen ska skilja sig från upphandlingsförfarandena enligt del II. Detta hindrar dock inte att den upphandlande enheten i tillämpliga delar kan tillämpa förfaranden enligt del II i lagen vid konkurrensutsättning av upphandling som hör till tillämpningsområdet för del III. Till följd av detta ska det vara möjligt för den upphandlande

enheten att i tillämpliga delar använda t.ex. selektivt förfarande i upphandling enligt del III. Också ramavtal ska vara möjliga i upphandling enligt del III. Utöver dessa förfaranden ska den upphandlande enheten också kunna använda förfaranden av det slag som öppet förfarande i upphandlingslagen. Härvid ska den upphandlande enheten offentligt annonsera sin upphandling och sända anbudsförfrågan till alla de anbudsgivare som utgående från denna annons har bett om anbudshandlingar. Den upphandlande enheten bör dock alltid med tillräcklig exakthet beskriva det förfarande som följs vid upphandlingen antingen i anbudsförfrågan eller i annonsen om upphandlingen. Anbudsförfarandet ska dock alltid uppfylla de krav som ställs i denna del. De gäller annonsering om upphandlingen och antalet anbudsgivare (69 §), förhandlingar med anbudsgivarna samt precisering av anbud och anbudsförfrågan (70 §), anbudsförfrågan (71 §), utarbetande av anbudsförfrågan och anbud (72 §) samt val av anbudsgivare och anbud samt förkastande av anbud (73 §).

Enligt paragrafens 3 mom. ska den upphandlande enheten kunna begära anbud direkt av en leverantör, om någon anbudstävlan inte kan arrangeras av motiverade skäl som anknyter till försvaret, statens säkerhet eller försörjningstryggheten. Motiverade skäl som anknyter till statens säkerhet kan vara grund för direktupphandling t.ex. när föremål för upphandlingen är ett sådant informations- och signalsystem eller en del av ett system som är kritiskt med tanke på samhällets vitala funktioner och i fråga om vilket det inte är möjligt att ge information till andra än en inhemsk leverantör. Försörjningstrygghet igen kan vara grund för direktupphandling t.ex. när industriell kapacitet eller kompetens som är kritisk med tanke på försvarsförmågan nödvändigtvis måste bevaras i landet och upprätthållandet av denna kapacitet eller kompetens förutsätter att upphandlingen riktar till en viss anbudsgivare. I ett sådant fall kan det vara fråga om t.ex. service- och reparationskapacitet för ett kritiskt vapensystem eller ett annat system (t.ex. kapacitet att underhålla och reparera militära luftfartyg), kunnande och kapacitet som sammanhänger med produktionen (t.ex. viktig ammunition)

eller kunnande som annars är viktigt med tanke på försörjningstryggheten (t.ex. kunnande i att integrera system). Likaså kan situationer, där det förutsätts att anbudsgivaren har beredskap eller kapacitetsreserver för en eventuell kris, av skäl som sammanhänger med försörjningstryggheten förutsätta direktupphandling. Försörjningstryggheten och de upphandlingsbehov som anknyter till den kan fastställas på åtgärd av varje myndighet i fråga om deras egna kärnuppgifter som grundar sig på lag. Dyliga kan vara t.ex. vissa räddningsuppgifter eller uppgifter som sammanhänger med upprätthållandet av samhällets vitala funktioner. Försvaret och utvecklandet av försvarsförmågan kan också förutsätta ett visst inhemskt teknologiskt eller industriellt kunnande och utvecklandet av detta kunnande på ett kostnadseffektivt sätt och så att försvarets intressen tillvaratas är möjligt endast genom att upphandlingarna inriktas på en viss inhemsk leverantör. Bestämmelsen ger den upphandlande enheten prövningsrätt i fråga om när de intressen som anknyter till försvaret, statens säkerhet eller försörjningstryggheten kräver att upphandlingen genomförs som direktupphandling. Prövningsrätten begränsas dock av det att de ovan nämnda faktorerna som grunder för direktupphandling kan åberopas endast av motiverade skäl.

I paragrafens 4 mom. ska det föreskrivas om vissa andra situationer då den upphandlande enheten kan be om ett anbud direkt av en leverantör. Enligt 1 punkten ska direktupphandling vara möjlig, om inget av de erhållna anbuden till innehållet motsvarar anbudsförfrågan eller om anbuden inte annars kan godtas. Dessutom är en förutsättning att villkoren i anbudsförfrågan inte väsentligt ändras. Punkten ska först och främst tillämpas på situationer där de anbud som erhållits inte alls motsvarar anbudsförfrågan. Punkten ska också tillämpas på situationer där de alternativen som erbjuds i anbuden i sig kan fylla den upphandlande enhetens behov men anbuden i väsentlig grad är bristfälliga eller inte motsvarar anbudsförfrågan. Bristfälligt på det sätt som avses i 1 punkten ska i praktiken vara t.ex. ett sådant anbud, där man visserligen erbjuder en produkt som stämmer överens med anbudsförfrågan men endast hälften av den begärda mängden. I motsvarande grad

ska de anbud där anbudsgivarna inte uppfyller de förutsättningar som ställts på anbuds-givare vara bristfälliga på samma sätt.

Enligt 2 punkten i paragrafens 4 mom. ska direktupphandling vara möjlig, om endast en viss leverantör kan genomföra upphandlingen av ett skäl som anknyter till tekniken eller skyddandet av ensamrätt. Som tekniskt skäl kan komma i fråga t.ex. en exceptionell ny teknisk lösning eller know-how som föremålet för upphandlingen förutsätter. Som teknisk faktor kan också komma i fråga särskilda krav som hänför sig till kompatibiliteten, vilka ska uppfyllas för att det ska kunna säkerställas att försvarsmakten eller säkerhetsmyndigheten kan samverka med andra myndigheter både i fredstid och i en eventuell krissituation. Kompatibilitetskravet kan också gälla att det system som ska upphandlas måste vara kompatibelt med de system som redan är i användning. Till exempel upphandlingen av ett nytt signalsystem för försvarsmakten förutsätter i princip att det är kompatibelt med försvarsmaktens övriga signal- och ledningssystem som redan är i användning. Likaså förutsätter krishanteringsoperationer och beredskapen inför en krissituation samt eventuellt mottagande av bistånd att den finska försvarsmakten i sin användning har vapensystem och andra system samt annan försvarsmateriel som är kompatibel med motsvarande system i övriga medlemsstater i Europeiska unionen och Nato. Också i en situation där underhålls- och reservdelstjänster och andra tekniska tjänster som anknyter till en viss försvarsmateriel kan fås bara av en leverantör, är det motiverat att göra en direktupphandling. Med tanke på skyddandet av ensamrätt ska direktupphandling också vara möjlig t.ex. när en viss anbudsgivare har de immateriella rättigheter som sammanhänger med den produkt eller tjänst som ska upphandlas och andra anbudsgivare till följd av detta inte kan genomföra upphandlingen. Den upphandlande enheten ska dock kunna visa att det inte finns någon motsvarande produkt eller tjänst med vilken samma slutresultat kan uppnås. Med tanke på skyddandet av ensamrätten ska direktupphandling också vara möjlig när en anbudsfrågan kan avslöja den eventuella leverantörens affärshemlighet eller annan motsvarande

information, vars avslöjande skulle orsaka leverantören ekonomisk skada. De situationer där bestämmelsen används bör vara motiverade. Ett sådant skäl som avses i bestämmelsen kan därmed inte vara t.ex. av den upphandlande enheten utan motiverat skäl vidtagna åtgärder eller ingångna kontrakt med vilka en viss tjänsteutbudare garanteras ensamrätt till att producera tjänster eller situationer som orsakas av bristfällig planering av upphandlingen.

Enligt 3 punkten i paragrafens 4 mom. kan direktupphandling genomföras, om det till följd av brådska som beror på en kris inte är möjligt att genomföra en anbudstävlan. Med kris ska avses en händelse som definieras i 3 § 15 punkten i denna lag.

Enligt 4 punkten ska direktupphandling kunna göras, om det är absolut nödvändigt att sluta ett kontrakt och någon anbudstävlan inte kan ordnas på grund av synnerlig brådska av ett skäl som inte beror på den upphandlande enheten och som inte kunnat förutses. Brådskan ska bero på skäl som står utanför den upphandlande enheten. Motivet ska dessutom vara plötsligt och sådant att den upphandlande enheten rimligen inte har kunnat förutse det. Till exempel vid krishanteringsoperationer kan det i och med att säkerhetssituationen snabbt blir sämre uppkomma en situation där truppernas skyddsnivå måste höjas så snabbt som möjligt. Detta kan förutsätta t.ex. brådskande upphandling för att de personliga skyddsutrustningarna eller fordonsens skyddsnivå ska kunna höjas. Som brådska som avses i bestämmelsen ska därmed inte kunna anses den upphandlande enhetens dröjsmål med att genomföra en upphandling. Den upphandlande enhet som åberopar bestämmelsen ska kunna bevisa att förutsättningarna för att tillämpa grunden för undantag uppfylls.

Enligt 5 punkten ska direktupphandling vara möjlig när det är fråga om en vara som tillverkas för forskning, experiment, produktutveckling eller vetenskapliga ändamål. En förutsättning är att det inte är fråga om massproduktion av varan i ekonomiskt syfte. Det kan därmed bli fråga om t.ex. utvecklingsprojekt där en vara tillverkas i enskilda exemplar endast för beställaren och inte som

serieproduktion med tanke på kommersiell åtgång.

Enligt 6 punkten ska direktupphandling vara möjlig vid upphandling av sådana forsknings- och utvecklingstjänster som inte helt har uteslutits från tillämpningsområdet för lagen med stöd av 8 § i den. Med forskning och utveckling ska avses det som definieras i 3 § 16 punkten i denna lag, dock så att möjligheten till direktupphandling i 6 punkten har avgränsats till att gälla endast tjänster som anknyter till forskning och utveckling. Möjligheten till direktupphandling ska därmed gälla sådan upphandling av forsknings- och utvecklingstjänster där den nytta som fås av tjänsten (såsom de immateriella rättigheterna) kommer enbart den upphandlande enheten till del i dess verksamhet och den upphandlande enheten har ersatt hela den producerade forsknings- och utvecklingstjänsten.

I enlighet med 7 punkten kan direktupphandling också användas när en upphandling är nödvändig för att reda ut om slutresultatet av en forsknings- och utvecklingstjänst lämpar sig för den användning den upphandlande enheten avser.

I typiska fall börjar produktutvecklingen av försvarsmateriel med användarens strategiska krav och framskrider under planeringsprocessens gång till taktiska och operativa krav. Först efter detta kan leverantören presentera sina tekniska produktlösningar med vilka utvecklandet av en produkt som uppfyller den upphandlande enhetens krav eftersträvas. Till följd av detta kan slutresultatet av forsknings- och utvecklingsarbetet på försvarsmateriel i princip bedömas först i det stadiet då det med säkerhet kan ses att den nya försvarsmaterielen uppfyller användarens strategiska, taktiska och operativa krav. Bedömningen av hur väl produkten fungerar förutsätter ofta också bedömning av den utvecklade försvarsmaterielen som en del av ett större vapensystem eller en större vapenhelhet. Till följd av detta är det ofta nödvändigt vid upphandling av försvarsmateriel att den upphandlande enheten och användarna deltar i testningen av produkten, bedömningen av hur väl den överensstämmer med kraven och verifieringen av den. En del av detta görs i praktiska förhållanden, t.ex. i samband med

krigsövningar. Ett s.k. serieprodukttillstånd för ny försvarsmateriel beviljas ofta först efter att försvarsmakten själv har kunnat prova produkten en skälig tid och fått eventuella upptäckta brister åtgärdade. Detta förutsätter ofta utöver en prototyp att en s.k. förhandsserie (t.ex. 1 – 3 exemplar av den nya produkten) tillverkas och testas.

I denna punkt är syftet att beakta ovan nämnda särdrag i försvarsupphandlingen och utsträcka möjligheten till direktupphandling längre än motsvarande lagstiftning som gäller civil upphandling så att den när så behövs också omfattar senare faser av forsknings- och utvecklingstjänsten, till dess den utvecklade försvarsmaterielens mognadsgrad bör anses tillräcklig för serieproduktion. Som direktupphandling ska man alltså kunna skaffa såväl den egentliga forsknings- och utvecklingstjänsten som de fortsatta åtgärder som är nödvändiga för att det ska gå att reda ut hur framgångsrik den är, såsom upphandling av prototyp och en första serie. På så sätt behåller försvarsmakten möjligheten att till sitt förfogande få också sådan försvarsmateriel som har utvecklats utgående från det finska försvarets särdrag, såsom t.ex. utgående från behoven enligt de krav som klimatet, terrängformerna samt den nationella militärorganisationen ställer.

Enligt 8 punkten ska direktupphandling vara möjlig vid upphandling av varor som noteras och upphandlas på en råvarumarknad. Det kan t.ex. vara frågan om att skaffa bränslen på en råvarubörs.

Enligt 9 punkten ska direktupphandling vara möjlig när varor inköps särskilt förmånligt, antingen hos en part som lägger ner sin affärsverksamhet eller hos den part som svarar för en boutredning. Det kan vara fråga om situationer där ett konkursbo realiserar eller om varuförsäljning till ett särskilt förmånligt pris som är lägre än marknadspriset till följd av att affärsverksamhet läggs ned.

Enligt 10 punkten ska direktupphandling vara möjlig när upphandlingen gäller en begagnad vara. Vid försvarsupphandling sker handeln med begagnade varor oftast mellan stater, vilket helt har uteslutits från tillämpningsområdet för lagen med stöd av 7 § 1 mom. 2 punkten. Upphandling av en begagnad vara kan, i synnerhet i fråga om sä-

kerhetsupphandling som understiger tröskelvärdena, dock komma i fråga också av en privat leverantör. I fråga om en begagnad vara är det oftast fråga om en situation där den upphandlande enheten måste kunna reagera snabbt på ett försäljningsanbud. Arrangerandet av en anbudstävlan i ett dylikt läge skulle ofta leda till att inköpsmöjligheten går förlorad, varvid de kostnadsinbesparingar som kan nås genom upphandling av en begagnad vara förblir outnyttjade. Vid upphandling av en begagnad vara är det i princip inte heller ändamålsenligt att ordna en anbudstävlan t.ex. av skäl som sammanhänger med det problematiska i att jämföra anbud.

Enligt 11 punkten i 4 mom. ska direktupphandling vara möjlig när det i upphandlingen är fråga om användning av en tilläggsupphandlingsoption som ingår i det ursprungliga kontraktet.

Enligt 12 punkten ska direktupphandling vara möjlig vid tilläggsbeställningar som gäller varuupphandling hos den ursprungliga leverantören, om byte av varuleverantör skulle medföra oproportionerliga tekniska svårigheter eller oförenlighet när syftet med upphandlingen är att delvis ersätta eller vidga en tidigare leverans eller apparatur.

Enligt 13 punkten ska direktupphandling också vara möjlig vid tilläggsentreprenader och tilläggstjänster som beställs av den ursprungliga kontraktsparten. En förutsättning ska vara att realiserandet av upphandlingen av skäl som inte kunde förutses har visat sig nödvändiga för att den ursprungliga entreprenaden eller tjänsteupphandlingen ska kunna utföras och att den av tekniska eller ekonomiska skäl inte kan avskiljas från huvudkontraktet utan avsevärd olägenhet. Direktupphandling ska också vara möjlig i situationer där upphandlingen kan avskiljas från realiserandet av det ursprungliga kontraktet, men den är ovillkorligen nödvändig för att det ursprungliga kontraktet ska kunna slutföras.

I 3 och 4 mom. ska det föreskrivas om de situationer där den upphandlande enheten kan genomföra en upphandling direkt hos en leverantör. Det upphandlingsförfarande som ska föreskrivas i dessa moment skiljer sig därmed från den direktupphandling som definieras i 3 § 11 punkten i lagen, eftersom

förfarandet inte ska kunna användas om det finns flera anbudsgivare.

70 §. Förhandlingar med anbudsgivarna och precisering av anbudet samt anbudsförfrågan. I paragrafen ska det föreskrivas om grundprinciperna för förhandlingar mellan den upphandlande enheten och anbudsgivarna samt om möjligheten att precisera anbudet och anbudsförfrågan.

Enligt 1 mom. ska den upphandlande enheten ha rätt att förhandla om alla aspekter som anknyter till upphandlingen med de anbudsgivare enheten har valt för att den ska kunna välja det bästa anbudet för att genomföra sin upphandling. En förutsättning är dock att väsentliga faktorer i anbudsförfrågan inte ändras på ett sätt som är diskriminerande eller snedvrider konkurrensen i samband med förhandlingarna. Med det bästa anbudet ska avses antingen det billigaste eller det totalekonomiskt mest fördelaktiga anbudet enligt 73 § 2 mom. i lagen. Den upphandlande enheten ska ha möjlighet att minska antalet anbudsgivare under förhandlingarnas gång, men kriterierna för minskningen ska meddelas i anbudsförfrågan. Dessa kriterier ska vara desamma som kriterierna för jämförelse av anbud.

Förhandlingar ska också vara möjliga utgående från en projektbeskrivning före den slutliga anbudsförfrågan. Härvid ska den upphandlande enheten sträva efter att via förhandlingarna definiera ett eller flera lösningsalternativ för genomförande av projektet. Förhandlingar som grundar sig på projektbeskrivningen är ändamålsenliga i synnerhet i komplicerad upphandling, där den upphandlande enheten inte på förhand kan definiera juridiska, finansiella eller tekniska detaljer för upphandlingen. Förhandlingar utgående från projektbeskrivningen kan därmed komma i fråga t.ex. i högteknologiprojekt och högteknologiupphandlingar, där beaktandet av innovativa lösningar är särskilt ändamålsenligt samt projekt där det inte är ändamålsenligt att på förhand välja bästa finansieringsmetod eller riskfördelningsmodell. Målet med lagstiftningen är att möjliggöra användningen av ett förfarande som motsvarar konkurrenspräglad dialog också i sådan upphandling som hör till tillämpningsområdet för del III.

I 2 mom. ska det föreskrivas att anbudsgivaren till sitt förfogande på förhand bör ha information om att i anbudstävlan eventuellt ingår förhandlingar. Om detta samt om de kriterier som ska följas vid förhandlingarna bör meddelas redan i anbudsförfrågan eller projektbeskrivningen. Den upphandlande enheten har alltså inte rätt att förutsätta att en leverantör deltar i förhandlingar om en upphandling, om denna möjlighet inte har meddelats i anbudsförfrågan eller projektbeskrivningen.

I 3 mom. ska det föreskrivas om den upphandlande enhetens skyldighet att behandla alla leverantörer som deltar i förhandlingarna likvärdigt. Skyldigheten till jämlik behandling förutsätter att leverantörerna behandlas på samma sätt i alla faser av förhandlingarna. Till exempel vid förhandlingar som grundar sig på anbudsförfrågan kan den upphandlande enheten be en anbudsgivare precisera eller förtydliga sitt anbud, men detta får inte leda till att anbudet ändras i väsentlig grad och på ett sätt som diskriminerar övriga anbudsgivare. Vid förhandlingarna får den upphandlande enheten inte heller ge information på ett sätt som ifrågasätter den jämlika behandlingen av de leverantörer som deltar i förhandlingarna. Till exempel om den upphandlande enheten under förhandlingarnas gång ger en leverantör väsentlig information som anknyter till upphandlingen, bör den upphandlande enheten ge denna väsentliga information också till alla andra leverantörer som deltar i förhandlingarna.

71 §. Anbudsförfrågan. I paragrafen ska det föreskrivas om de krav som gäller anbudsförfrågan samt om den upphandlande enhetens rätt att ta ut en ersättning för förfrågningsunderlaget i vissa fall.

I 1 mom. ska det föreskrivas att de centrala villkoren för upphandlingen bör redas ut i anbudsförfrågan så att anbudsgivarna kan ge anbud som sinsemellan är så jämförbara som möjligt. Syftet med anbudsbegäran är att beskriva faktorer som hänför sig till föremålet för upphandlingen och genomförandet av den på ett sådant sätt att utgående från detta erhålls anbud som är så jämförbara som möjligt. För att jämförbara anbud ska erhållas förutsätts att den upphandlande enheten i sin anbudsförfrågan klart tar fram alla de uppgif-

ter som har en väsentlig betydelse vid upphandlingsförfarandet och utarbetandet av anbud.

Genom bestämmelsen strävar man dessutom efter att beakta i synnerhet särdragen i upphandlingarna enligt artikel 346.1 b i EUF-fördraget och det att i dem framhävs krav som anknyter till statens säkerhetsintressen. Dessa krav är inte nödvändigtvis alltid till sitt innehåll samstämmiga i fråga om de olika anbudsgivarna, vilket beror t.ex. på tillverkningskedjan för föremålet för upphandlingen och de krav på försörjningstrygghet som anknyter till upphandlingen. Försörjningstrygghetsskäl kan t.ex. förutsätta att den service- och underhållsförmåga som ett vapensystem eller annat system som ska upphandlas behöver under kristid redan finns i landet. I fråga om ett kritiskt vapensystem och andra system kan detta också innebära att nämnda service- och underhållsförmåga också ska vara inhemsk kontroll. I så fall måste förmågan och kunnandet skapas antingen hos den industri som är i inhemsk ägo eller hos försvarsmakten. I motsvarande mån kan försvarsmaktens service- och underhållsarrangemang och den beredskap på kristid som anknyter till dem förutsätta att service- och underhållskunnande i fråga om ett nytt system som ska upphandlas skapas hos den inhemska industrin. Sådant är läget i synnerhet när en aktör som under fredstid bedriver service- och underhållsverksamhet under kristid är en del av försvarsmaktens kristida organisation. Uppfyllandet av de krav gällande försörjningstrygghet som refereras ovan kan i de upphandlingar som uppfyller förutsättningarna enligt artikel 346.1 b i EUF-fördraget förutsätta att på en utländsk anbudsgivare inriktas ett krav på industriellt samarbete eller motköp.

Enligt 2 mom. ska i anbudsförfrågan meddelas om grunden för valet av anbud är det lägsta priset eller totalekonomisk fördelaktighet. När som grund för valet används totalekonomisk fördelaktighet, bör den upphandlande enheten i anbudsförfrågan meddela kriterierna för valet och deras prioriteringsordning. Kravet på meddelande av jämförelsekriterier i nationella förfaranden avviker således från de som ställs i 57 § i denna lag och som gäller upphandling som överskrider

EU-tröskelvärdena. I upphandling enligt 10 kap. i lagen behöver den relativa viktningen av jämförelsekriterierna för totalekonomisk fördelaktighet inte meddelas, utan det räcker att meddela prioritetsordningen för de jämförelsekriterier som ska användas. Bestämmelserna i 10 kap. i lagen tillämpas bl.a. på upphandlingar som underskrider EU-tröskelvärdena. Med beaktande av storleken på dessa upphandlingar kan det anses vara ett tillräckligt och skäligt krav att jämförelsekriterierna meddelas i prioritetsordning.

I anbudsfrågan bör skälig tid ges för anbudsgivarna att lämna sitt anbud. När det bedöms vad som avses med skälig tid för ett anbud ska upphandlingens storlek, särdrag och hur krävande den är samt anbudsfrågans omfattning beaktas. Vid bedömningen av skäligheten bör proportionalitetsprincipen följas. I försvars- och säkerhetsupphandling som till sitt värde är liten eller till sina krav klar bör en skälig tid för att lämna anbud vara minst 20 dagar, medan igen i omfattande och krävande upphandlingar enligt artikel 346.1 b i EUF-fördraget en skälig tid är minst ett par månader. Genom att en tillräckligt lång tid ges för att lämna anbud minskar den upphandlande enheten också risken för att anbudsgivarnas anbud är bristfälliga. Vad som är en skälig tid för att lämna anbud ska alltid övervägas från fall till fall.

I 3 mom. ska det föreskrivas om den upphandlande enhetens möjlighet att ta ut en ersättning för förfrågningsunderlag. När en anbudsfrågan är särskilt omfattande eller innehåller sådant material som orsakar särskilda kostnader, kan den upphandlande enheten ta ut en ersättning för att täcka dessa kostnader. Den betalning som gäller anbudsfrågan ska vara skälig och syftet med den får inte vara att täcka den upphandlande enhetens arbetskostnader för upprättande av normala förfrågningsunderlag eller sedvanliga materialkostnader. Särskilda kostnader kan vara t.ex. kostnader för ritningar, prover eller särskilda material som ingår i anbudsfrågan. Den upphandlande enheten kan returnera betalningen till de parter som lämnar in ett anbud gällande föremålet för upphandlingen.

I del III till lagen ska utarbetandet av anbudsfrågan eller dess innehåll inte regleras mera exakt än vad som refereras ovan. Den

upphandlande enheten ska alltid ha möjlighet att i tillämpliga delar följa bestämmelserna i 7 och 9 kap. i lagen. I dessa kapitel ingår bestämmelser som gäller anbudsfrågan gällande upphandlingar som hör till tillämpningsområdet för försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet, definition av föremålet för upphandlingen samt underleverantörskontrakt. Utgående från det som sägs ovan kan den upphandlande enheten vid upphandlingen t.ex. ställa krav som anknyter till informationssäkerhet i enlighet med 41 § och försörjningstrygghet i enlighet med 42 §. Den upphandlande enheten ska dessutom ha en möjlighet att ställa krav enligt 9 kap. gällande konkurrensutsättning av underentreprenader. Genom bestämmelsen försöker man ge den upphandlande enheten tillräcklig flexibilitet att utarbeta anbudsfrågan i en sådan form att alla särdrag som anknyter till upphandlingen kan beaktas också i upphandling enligt artikel 346.1 b i EUF-fördraget. Vid dylik upphandling framhävs krav som hänför sig till statens säkerhetsintressen, vilka kan förutsätta t.o.m. mycket detaljerade villkor som gäller t.ex. försörjningstrygghet och informationssäkerhet.

72 §. Utarbetande av anbudsfrågan och anbud. I paragrafen ska det föreskrivas om det krav som riktas på den upphandlande enheten och anbudsgivarna att göra anbudsfrågan och de anbud som baseras på den i skriftlig form. Ett muntligt anbud ska vara möjligt endast, om det av ett motiverat skäl inte är ändamålsenligt med ett skriftligt förfarande. Till exempel i ytterst brådskande upphandling kan upprättandet av en skriftlig anbudsfrågan och ett skriftligt anbud äventyra genomförandet av upphandlingen. Sådan brådskande upphandling kan vara t.ex. upphandling av reservdelar eller en reparations-tjänst i en situation där ett oväntat fel eller en oväntad skada på en anordning eller ett system som är centrala för säkerhetsmyndighetens eller försvarsmaktens verksamhet förhindrar användningen av den helt och anordningen eller systemet dagligen behövs i myndighetens verksamhet. Vid försvarsupphandling kan sådana vara t.ex. upphandling som sammanhänger med fel i en radar som används i den dagliga territorieövervakningen. Också andra centrala övervaknings- och

bevakningssystem kan kräva omedelbara reparationsåtgärder.

Kravet på skriftlig form är en naturlig förutsättning för att upphandlingsförfarandet ska kunna genomföras korrekt när det är fråga om upphandling med ett betydande värde samt för att detta efteråt ska kunna verifieras. Anbudsförfrågan kan bestå av flera dokument som gäller upphandlingen, anbudsförfarandet samt det kommande upphandlingskontraktet. I anbudsförfrågan kan också ingå bifogade dokument, såsom ritningar, tekniska bestämmelser, kalkyler samt kontraktsvillkor.

I paragrafen ska det också föreskrivas om en situation där anbudsförfrågan eller anbudet inte har gjorts skriftligen. I denna situation bör protokoll föras över den upphandlande enhetens och anbudsgivarnas förhandlingar, och av protokollet ska framgå sådana omständigheter som påverkar förfarandets gång och anbudsgivarnas ställning. Protokollet är av betydelse bl.a. vid verifiering i efterhand av att upphandlingsförfarandet är korrekt.

73 §. *Val av anbudsgivare och anbud, förkastande av anbud.* I paragrafen föreslås det att det ska föreskrivas om de förutsättningar som sammanhänger med val och förkastande av anbudsgivare och anbud.

Enligt 1 mom. kan den upphandlande enheten ur anbudstävlan utesluta en leverantör som med beaktande av upphandlingens omfattning, föremål och övriga krav inte har tekniska, ekonomiska eller andra förutsättningar att genomföra upphandlingen. Vid bedömningen av en leverantörs lämplighet kan därmed som kriterier användas bl.a. dennes finansiella och ekonomiska situation, tekniska prestationsförmåga, yrkeskompetens samt förutsättningar som gäller informationssäkerhet och försörjningstrygghet. Vid bedömning av lämpligheten kan man också använda de grunder om vilka föreskrivs i 47 och 48 § i lagen och som sammanhänger med utslutning av en anbudssökande eller anbudsgivare. Enligt 1 mom. kan den upphandlande enheten också utesluta ett anbud från anbudsjämförelsen, om den anser att den anbudsgivare som har gett anbudet inte har förutsättningar att genomföra upphandlingen på det sätt som nämns ovan.

I 2 mom. ska det föreskrivas om den upphandlande enhetens skyldighet att godkänna antingen det anbud som totalekonomiskt är fördelaktigast eller det anbud som till priset är billigast. När den upphandlande enheten använder totalekonomisk fördelaktighet som grund för valet bör enheten följa de jämförelsekriterier som meddelats på förhand. Jämförelsekriterierna ska anknyta till föremålet för upphandlingen samt till dess målsättning och de bör vara objektiva. Jämförelsekriterier kan därmed vara t.ex. priset på, dvs. livscykelkostnaderna för den vara, tjänst eller entreprenad som ska upphandlas, tekniska tjänster, funktionella egenskaper, kvalitet, miljövänlighet, tjänst och tekniskt stöd efter försäljningen, service- och underhållsarrangemang, försörjningstrygghet eller informationssäkerhet. Som jämförelsekriterier för ett anbud bör inte användas sådana kriterier som enbart anknyter till anbudsgivarens lämplighet.

I 3 mom. föreslås att det ska föreskrivas om förkastande av ett anbud. Den upphandlande enheten kan förkasta ett anbud som inte motsvarar anbudsförfrågans centrala villkor. Bestämmelsen är inte ovillkorlig till sin art, utan den upphandlande enheten ska med beaktande av upphandlingens omfattning och krävande art kunna låta bli att förkasta ett anbud, fastän det inte helt motsvarar anbudsförfrågan. Till exempel i omfattande och komplicerade försvarsupphandlingar enligt artikel 346.1 b i EUF-fördraget, där ett anbud kan omfatta flera tusen sidor, är det motiverat att ge den upphandlande enheten prövningsrätt vad gäller att förkasta anbud. I sådan upphandling är det vanligt att anbudet inte alltid helt motsvarar anbudsförfrågan t.ex. till följd av tekniska skillnader i de system som bjuds ut och att den upphandlande enheten av detta skäl när förhandlingarna framskrider ber om preciserande anbud efter den första rondan av anbudsförfrågan. Genom detta blir anbudet småningom mera jämförbara. I situationer av denna typ kan förkastande av ett anbud alltid när det inte motsvarar en anbudsförfrågan begränsa konkurrensen oskäligt. Av denna anledning bör den upphandlande enheten ha möjlighet till en tillräckligt vidsträckt ändamålsenlighetsprövning vad gäller förkastande av ett anbud.

Den upphandlande enheten kan också förkasta anbud som är onormalt låga till sitt pris i förhållande till det utförande som upphandlingen förutsätter. Genom att onormalt låga anbud kan förkastas blir det möjligt för den upphandlande enheten att beakta de risker som orsakas av upphandlingen, såsom de ekonomiska risker som sannolikt orsakas av ett otillräckligt anbudspris. Förkastandet ska uttryckligen basera sig på att det inte är möjligt att genomföra upphandlingen på det sätt som förutsätts i anbudsförfrågan till det pris eller på ett annat villkor som anbudsgivaren erbjuder. För att reda ut det onormalt låga anbudspriset ska den upphandlande enheten be anbudsgivaren om en skriftlig förklaring till grunderna för anbudet. Den upphandlande enheten ska alltid ge anbudsgivaren i fråga möjlighet att visa sin förmåga att genomföra upphandlingen. Den upphandlande enheten kan således inte förkasta ett anbud enbart på basis av de utredningar som presenterades när anbudet lämnades in, utan den bör granska grunderna för anbudet i ett särskilt förfarande sedan anbudet har öppnats.

DEL IV Gemensamma bestämmelser om beslut som gäller upphandling, upphandlingskontrakt, rättsmedel och upphandlingsdokumentens offentlighet samt särskilda bestämmelser

11 kap. Beslut vid upphandling samt delgivning

74 §. *Beslut som gäller upphandling.* I paragrafen ska det föreskrivas om minimiförutsättningarna för beslut om upphandling samt om de situationer där den upphandlande enheten inte ska vara skyldig att fatta ett upphandlingsbeslut. Paragrafen grundar sig på artikel 37 i försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet samt i fråga om den reglering som gäller väntetid på artikel 57 i direktivet.

I 1 mom. ska det föreskrivas om den upphandlande enhetens skyldighet att fatta ett skriftligt beslut om avgöranden som påverkar anbudssökandenas och anbudsgivarnas ställning och om det avgörande som avslutar upphandlingsförfarandet, och detta beslut ska

motiveras. Avgöranden som påverkar anbudssökandenas och anbudsgivarnas ställning kan också göras under upphandlingsförfarandets gång stegvis t.ex. om anbudssökandenas eller anbudsgivarnas lämplighet, anbudens överensstämmelse med anbudsförfrågan eller i ett stegvis framskridande förhandlat förfarande över de anbud som är med vid förhandlingarna. Också i fråga om dessa avgöranden bör den upphandlande enheten fatta ett skriftligt beslut och motivera det. Den upphandlande enheten bör alltid fatta ett skriftligt beslut över det avgörande som avslutar upphandlingsförfarandet. Över valet av det anbud som vunnit bör den upphandlande enheten göra ett skriftligt upphandlingsbeslut. Över andra avgöranden som avslutar upphandlingsförfarandet, såsom beslut att avbryta en upphandling, ska den upphandlande enheten fatta ett skriftligt beslut som gäller upphandlingen.

I 2 mom. ska det föreskrivas om motiveringarna till beslutet. Den upphandlande enheten bör antingen i beslutet eller i andra handlingar som anknyter till det berätta om de faktorer som har påverkat avgörandet med en sådan exakthet att anbudssökanden eller anbudsgivaren på basis av beslutet och motiveringarna till det kan bedöma huruvida skyldigheterna i lagen har iakttagits i upphandlingsförfarandet. Faktorer som har påverkat avgörandet är t.ex. de kriterier enligt vilka den upphandlande enheten har bedömt en anbudssökandes eller anbudsgivares lämplighet, eller de kriterier enligt vilka anbudet har ansetts strida mot anbudsförfrågan. I fråga om anbudsjämförelsen bör motiveringarna föras fram med en sådan exakthet att anbudsgivaren får klarhet i var hans eller hennes anbud placerar sig i anbudstävlan i förhållande till övriga anbud. Av anbudsjämförelsen bör klart framgå i fråga om alla anbud hur de har bedömts i fråga om varje jämförelsekriterium. Av anbudsjämförelsen ska t.ex. framgå vilka konkreta omständigheter som framgår av anbudet jämförelsen har grundat sig på i fråga om varje kriterium för jämförelse och vad anbudens poängskillnader grundar sig på.

I momentet ska det också föreskrivas om att ett upphandlingsbeslut ska motiveras vid konkurrensutsättning av upphandling som

grundar sig på ett ramavtal. Om konkurrensutsättning av upphandling som grundar sig på ett ramavtal föreskrivs i 27 § i lagen. Konkurrensutsättningen av upphandlingen görs med lättare förfaringssätt, eftersom en del av villkoren för upphandlingen redan har fastställts när ramavtalet upprättades. Till exempel faktorer som gäller en anbudssökandes eller en anbudsgivares lämplighet har redan avgjorts när ramavtalet upprättades, och bedömningen av rättsskyddet har man till dessa delar varit tvungen att bedöma utgående från det upphandlingsbeslut som meddelades när ramavtalet upprättades. Således är det i konkurrensutsättning som grundar sig på ramavtal tillräckligt att av avgörandet framgår hur den upphandlande enheten har tillämpat anbudsförfrågans urvals- och jämförelsekriterierna gällande konkurrensutsättning.

Om den väntetid som avses i 79 § har följts i upphandlingen, ska den upphandlande enheten ännu vara skyldig att i sitt upphandlingsbeslut eller i de handlingar som sammanhänger med det inbegripa en uppgift om väntetidens längd. Bestämmelsen grundar sig på den andra strecksatsen i artikel 57.2 i försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet. Meddelandet av väntetidens längd har betydelse framför allt för utländska anbudsgivare. Uppgiften om väntetid ska också nämnas, om den upphandlande enheten iakttar en väntetid, fastän den kan göra en avvikelse från väntetiden med stöd av 80 §.

Enligt 3 mom. ska det beslut som avses i 1 mom. inte behöva fattas om en tilläggsbeställning som avses i 23 § eller 69 § 4 mom. 12 eller 13 punkten i lagen eller om en temporär organisering av upphandling under besvärstiden. Avsikten är att om temporär organisering av upphandling ska föreskrivas mera flexibelt än om egentlig upphandling på det sätt som avses i 95 § nedan. I dessa situationer riktar sig behovet av rättsskydd i första hand mot den upphandling som är föremål för de anförda besvären, varvid det vid temporär organisering i besluten ska kunna göras avvikelse från de förutsättningar om vilka föreskrivs i denna lag.

Till de delar som gäller 23 § är det i bestämmelsen fråga om situationer där den upphandlande enheten gör en ny upphandling hos den ursprungliga leverantören antingen

som en tilläggsbeställning eller som ett nytt projekt som motsvarar det tidigare. I fråga om varuupphandling är tilläggsbeställning enligt 23 § 1 mom. möjlig i anknytning till en tidigare leverans, om byte av varuleverantör skulle medföra oproportionerliga tekniska svårigheter eller oförenlighet mellan olika system. Dessutom är kontraktets giltighetstid i huvudsak begränsad till fem år. I fråga om tjänster och entreprenader kan en tilläggsbeställning enligt 23 § 2 mom. göras i situationer där det av skäl som inte kunnat förutses har visat sig nödvändigt med en tilläggsbeställning för att den ursprungliga tjänsten eller entreprenaden ska kunna genomföras. En ytterligare förutsättning är att tilläggsbeställningen inte kan särskiljas från den ursprungliga upphandlingen utan avsevärd olägenhet för den upphandlande enheten och att värdet av tilläggsbeställningen inte överskrider 50 procent av värdet av den ursprungliga upphandlingen. Den upphandlande enheten kan göra en ny upphandling av en tjänst eller entreprenad som motsvarar den tidigare upphandlingen hos den ursprungliga leverantören enligt 23 § 3 mom. i en situation där möjligheten till tilläggsbeställning har meddelats i den upphandlingsannons som gällde den första upphandlingen och tilläggsbeställningen har räknats med i det uppskattade värdet av denna upphandling. Beställningen av en upphandling som motsvarar den tidigare har tidsmässigt begränsats till fem år från den tidpunkt då det ursprungliga upphandlingskontraktet ingicks.

I de situationer som nämns i 23 § är det i praktiken fråga om att den upphandlande enhetens verksamhet kan fortgå flexibelt inom ramen för lagens grunder för direktupphandling. I alla nämnda situationer har tilläggsbeställningen föregåtts av ett upphandlingsförfarande gällande den ursprungliga upphandlingen och av ett upphandlingsbeslut som gällde denna, varvid anbudsgivarna har haft möjlighet att använda rättsmedel i fråga om dessa avgöranden.

Avvikelse från att fatta ett upphandlingsbeslut ska alltså kunna göras i situationer där den upphandlande enhetens avgörande föregås av en tidigare fas som innehåller ett upphandlingsbeslut i enlighet med 3 mom. Då har anbudssökanden och anbudsgivaren kun-

nat bedöma om skyldigheterna enligt lagen har följts i förfarandet. Syftet är att ett upphandlingsbeslut inte ska behöva fattas och ges för kännedom på det sätt som förutsätts i denna lag i de situationer där behovet av rättsskydd redan en gång har bedömts på det nämnda sättet. Även om den upphandlande enheten i dessa situationer inte ska vara skyldig att fatta ett skriftligt upphandlingsbeslut på det sätt som förutsätts i denna lag, rekommenderas dock att den upphandlande enheten i enlighet med principerna för en god förvaltning fattar ett skriftligt avgörande i saken.

Den upphandlande enheten bör dock beakta att den ogiltighetspåföljd som i 98 § föreslås för ett upphandlingskontrakt bör gälla alla andra än de olagliga direktupphandlingssituationerna enligt 68 § 2 mom. i lagen. I fråga om dessa är den enda påföljd som marknadsdomstolen kan förordna en gottgörelseavgift. Ogiltighetspåföljden kan därmed också gälla tilläggsbeställningar som överskrider ett EU-tröskelvärde och som avses i 23 § i lagen (artikel 60.1 a i försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet). Av detta skäl ska det i en tilläggsbeställning som överskrider ett EU-tröskelvärde rekommenderas, om den upphandlande enheten är osäker om tillämpningen av 23 § i lagen, att ett särskilt upphandlingsbeslut som avses i denna paragraf ska göras över tilläggsbeställningen och att detta ska meddelas i Europeiska unionens officiella tidning på det sätt som refereras nedan i 81 §.

Enligt paragrafens 4 mom. ska ett beslut inte behöva fattas i viss upphandling som grundar sig på ramavtal. Enligt 1 punkten ska ett upphandlingsbeslut som avses i denna paragraf inte förutsättas, om villkoren för upphandlingen på ett bindande sätt har fastställts redan när ramavtalet upprättades och upphandlingen görs utan konkurrensutsättning. Det är fråga om situationer där antingen en eller flera leverantörer har tagits med i ramavtalet och upphandlingarna under ramavtalets giltighetstid görs i enlighet med de ursprungliga villkoren. Undantagsbestämmelsen ska gälla både sådana upphandlingar som överskrider ett EU-tröskelvärde och sådana som överskrider ett nationellt tröskelvärde och grundar sig på ramavtalet.

Enligt 2 punkten ska den upphandlande enheten inte behöva fatta beslut om konkurrensutsättning av upphandling som grundar sig på ramavtalet. Undantaget från att fatta beslut om upphandling ska endast gälla konkurrensutsättning som överskrider ett nationellt tröskelvärde men underskrider ett EU-tröskelvärde. I konkurrensutsättningar som överskrider ett EU-tröskelvärde ska vid användningen av rättsmedel beaktas den reglering som förutsätts i försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet. Enligt direktivet bör medlemsstaterna i sådan konkurrensutsättning som överskrider ett EU-tröskelvärde ta i bruk antingen väntetidsreglering, som möjliggör användning av rättsmedel innan ett upphandlingskontrakt sluts, eller reglering av ett upphandlingskontrakts ogiltighet, varvid domstolen kan ingripa i ett slutet upphandlingskontrakt (artiklarna 58 och 60 i försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet). Bestämmelser om väntetid och undantag från väntetiden finns nedan i 79 och 80 § och om ett upphandlingskontrakts ogiltighet i 98 och 99 §.

Även om den upphandlande enheten vid sådan upphandling som nämns i 4 mom. 1 och 2 punkten och grundar sig på ett ramavtal inte är skyldig att fatta ett upphandlingsbeslut på det sätt som denna lag förutsätter, rekommenderas dock att den upphandlande enheten följer principerna om god förvaltning och på ett tillräckligt sätt informerar de leverantörer som är med i ramavtalet om det avgörande enheten har fattat. Den upphandlande enheten bör också uppmärksamma att den beräkning av tidsfristen för tiden för ändringssökande som föreslås i 89 § i ramavtal förutsätter att ett upphandlingsbeslut enligt 1 mom. jämte besväransvisning delges anbudsgivarna.

Paragrafen har huvudsakligen samma innehåll som 73 § i upphandlingslagen.

75 §. Avbrytande av upphandlingsförfarandet. I paragrafen ska det föreskrivas om när ett upphandlingsförfarande kan avbrytas. Syftet med bestämmelsen ska vara att klargöra praxis för när ett upphandlingsförfarande kan avbrytas utan att en upphandling görs.

Enligt 1 mom. ska ett upphandlingsförfarande kunna avbrytas endast av ett verkligt och befogat skäl. Vid bedömning av skälet

till avbrytandet bör den upphandlande enheten uppmärksamma huruvida avbrytandet av upphandlingsförfarandet grundar sig på verkliga skäl och huruvida avgörandet diskriminerar anbudssökande eller anbudsgivare. Eftersom upphandlingsförfarandet i regel ska leda till att ett upphandlingskontrakt sluts, är det inte acceptabelt att inleda ett upphandlingsförfarande utan avsikt att ingå ett upphandlingskontrakt t.ex. enbart för att kartlägga situationen på marknaden.

I rättspraxis som gäller upphandlingslagen har man förhållit sig relativt tillåtande till att ett upphandlingsförfarande avbryts och syftet med bestämmelsen är inte att skärpa denna tolkningspraxis. Enligt Europeiska unionens domstols rättspraxis ska den upphandlande myndigheten när det fattar beslut om att avbryta en upphandling följa grundreglerna i unionens rätt gällande offentlig upphandling, såsom bl.a. principen om förbud mot diskriminering och principen om likvärdig behandling (t.ex. i mål C-27/98, Fracasso och Leitschutz och i mål C-92/00, HI). Som en godtagbar grund för att avbryta en upphandling har i gemenskapens rättspraxis ansetts också det att anbudsfrågan har visat sig vara beroende av tolkning eller felaktig (C-244/02, Kauppatalo Hansel Oy) eller endast ett godtagbart anbud har erhållits i upphandlingen (C-27/98, Metalmeccanica Fracasso SpA).

Enligt inhemsk rättspraxis har avbrytande av upphandlingsförfarande inte ansetts strida mot bestämmelserna om offentlig upphandling, när avbrytandet av en anbudstävlan har grundat sig på verkliga skäl (HFD 28.9.2006, liggare 2514). Som en godtagbar grund för avbrytande har också ansetts förändrad finansiell situation hos den upphandlande enheten (t.ex. HFD 22.3.2006, liggare 671), att föremålet för eller behovet av upphandling har ändrats under tiden för upphandlingsförfarandet (t.ex. HFD 1997:124, HFD 15.04.1999, liggare 770, HFD 2004:29) och en misslyckad anbudsfrågan utgående från vilken det varit omöjligt att göra en jämförelse (t.ex. MD 108/09, MD 123/09 och MD 131/09). Avbrytande är inte godtagbart, om syftet med det har varit att kringgå tillämpningen av bestämmelserna i lagen eller förhindra anbudsgivarens möjlighet att få rättskydd (MD 330/09 och MD 539-540/09).

Som godtagbar grund för avbrytande ska också en sådan situation kunna anses där anbudsgivaren eller anbudsgivarna och den upphandlande enheten trots förhandlingar inte har lyckats nå en sådan lösning som motsvarar den upphandlande enhetens behov. En sådan situation kan framkomma framför allt i upphandling enligt 68 § 2 mom. när en eller flera anbudsgivare inte kan erbjuda sådana lösningar som uppfyller de krav på militär prestationsförmåga som den upphandlande enheten har ställt.

Det att en upphandling avbryts innebär de facto att upphandlingsförfarandet avslutas utan att någon upphandling görs, även om den upphandlande enhetens upphandlingsbehov kvarstår. Den upphandlande enheten kan efter att ha avbrutit förfarandet besluta sig för att genomföra upphandlingen som eget arbete, inleda ett nytt upphandlingsförfarande, som dock är en separat och ny upphandlingsprocess i förhållande till det upphandlingsförfarande som avbrutits, eller helt avstå från att genomföra upphandlingen. Om det senare besluts att upphandlingen ska konkurrensutsättas, bör den upphandlande enheten försäkra sig om att de anbudsgivare som deltagit i det tidigare förfarandet inte får en ogrundad fördel eller nackdel i den nya anbudstävlan till följd av att de deltagit i det förfarande som avbröts.

Enligt 2 mom. ska på ett avgörande som gäller avbrytande av en upphandling i enlighet med 74 § i lagen fattas ett motiverat beslut, som tillsammans med besväransvisning ska ges för kännedom till dem som deltagit i anbudstävlan. Av motiveringarna till beslutet ska framgå de omständigheter som påverkat avgörandet att avbryta förfarandet med en sådan exakthet att en anbudssökande eller anbudsgivare med stöd av beslutet och motiveringarna till det kan bedöma om förpliktelserna enligt lagen har följts vid avbrytandet. När det är fråga om att avbryta en upphandling som överskrider ett EU-tröskelvärde ska dessutom göras en efterhandsannons, detta gäller dock inte upphandling enligt del III. Om det är frågan om ett upphandlingsförfarande som avses i 74 § 3 och 4 mom. i lagen, ska ett sådant beslut som avses i 75 § inte behöva fattas om att förfarandet har avbrutits.

I en situation där en upphandling har avbrutits bör den upphandlande enheten ofta ta ställning också till offentligheten i fråga om de handlingar som gäller det avbrutna förfarandet. Som tolkningsanvisning kan det anses att i en situation där en upphandling avbryts gäller parternas intresse av att bli informerade inte konkurrerande anbud, utan den upphandlande enhetens beslut om avbrytande och motiveringarna till det. Således ska i synnerhet anbudshandlingarna kunna hemlighållas utgående från 24 § 1 mom. 17 punkten i lagen om offentlighet i myndigheternas verksamhet (621/1999) ända till dess den upphandlande enheten har fattat beslut om ett nytt upphandlingsförfarande eller beslutat avstå från upphandlingen.

Paragrafen har samma innehåll som den nya 73 a § i upphandlingslagen, som trädde i kraft den 1 oktober 2011.

76 §. Besvärсанvisning och upphandlingsrättelseanvisning. I paragrafen ska det föreskrivas om de obligatoriska handlingar som ska fogas till den upphandlande enhetens beslut.

Enligt 1 mom. ska den upphandlande enheten till sitt beslut om upphandling foga en besvärсанvisning där det redogörs för hur ärendet förs till marknadsdomstolen för behandling. Den upphandlande enheten ska meddela sin kontaktinformation så att den som söker ändring i ett upphandlingsbeslut kan meddela den upphandlande enheten att ärendet har förts till marknadsdomstolen för behandling. Till beslutet ska också fogas en rättelseanvisning i vilken redogörs för hur ett ärende kan föras till den upphandlande enheten för ny behandling i form av en upphandlingsrättelse. Närmare bestämmelser om innehållet i upphandlingsrättelsen föreslås ingå i 82–85 §.

I 2 mom. ska tas in en förtydligande hänvisning till 3 kap. i förvaltningsprocesslagen (586/1996) i vilket det föreskrivs om de uppgifter som ska ingå i en besvärсанvisning samt om rättelse av besvärсанvisning. På motsvarande sätt ska på utfärdande och rättelse av en rättelseanvisning tillämpas bestämmelserna i 7 kap. i förvaltningslagen (434/2003). Till denna del bör det observeras att rättelseanvisningen inte längre behöver fogas till ett sådant beslut av en myndighet

gällande en upphandlingsrättelse vilket inte leder till att beslutet om upphandlingen ändras till någon del.

Enligt förvaltningsprocesslagen ska man låta rätta en besvärсанvisning inom besvärstiden, varvid den besvärstid som står till förfogande förlängs med den tid som anges i den nya besvärсанvisningen. Ändringssökanden ska följa den erhållna nya besvärсанvisningen och den tidsfrist som anges i den. Eftersom det i försvars- och säkerhetsupphandlingslagen ska införas bestämmelser om besvärstiden både i det fallet att besvärсанvisningen har varit korrekt (89 § 1 och 2 mom. i lagen) och i det fallet att besvärсанvisningen har varit på något sätt bristfällig (89 § 3 mom. i lagen), ska vid tillämpningen av lagen beaktas att den nya maximitid som har bestämts för ändringssökandet inte överskrids genom att man låter rätta besvärсанvisningen. Man ska alltså i princip låta rätta en bristfällig och oriktig besvärсанvisning inom den normala besvärstiden efter det att kandidaten eller anbudsgivaren har fått del av upphandlingsbeslutet. Det finns dock ingenting som hindrar att en rättelse inom systemet enligt försvars- och säkerhetsupphandlingslagen inte är så exakt bunden till besvärstiden som enligt förvaltningsprocesslagen, om bara ändringssökandet lämnas in till marknadsdomstolen senast inom 6 månader. För marknadsdomstolen återstår att avgöra om besvären då har anhängiggjorts inom rätt tid.

Paragrafen har samma innehåll som 74 § i upphandlingslagen.

77 §. Delgivning av beslut som gäller upphandling. I paragrafen ska det föreskrivas om delgivningssätten samt om tiden för delgivning av det beslut som gäller upphandling och de handlingar som ansluter sig till dem och gäller anvisning om hur man söker ändring, besvärсанvisning och rättelseanvisning. Det huvudsakliga delgivningssättet ska vara elektronisk delgivning, som grundar sig på användning av de allmännaste elektroniska kommunikationssätten som de olika parterna i upphandlingsförfarandet har till sitt förfogande, dvs. e-post och telefax. Som ett alternativ till elektronisk delgivning ska fortsättningsvis kunna användas delgivning per brev. Paragrafen grundar sig på artiklarna 35

och 57 i försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet.

Enligt 1 mom. ska den upphandlande enhetens beslut med motivering samt besväransvisning och rättelseanvisning skriftligen delges dem som saken gäller. Dessa handlingar ska i första hand delges med användning av den elektroniska kontaktinformation som anbudssökanden och anbudsgivaren har meddelat den upphandlande enheten. I praktiken betyder detta en e-postadress eller ett telefaxnummer. Vid användning av en sådan elektronisk kontaktinformation anses anbudssökanden eller anbudsgivaren ha fått del av beslutet och de kompletterande handlingarna den dag då det elektroniska dokument som gäller saken står till mottagarens förfogande i dennes mottagarapparat så att det elektroniska meddelandet kan hanteras.

I synnerhet försvarsupphandlingar är till sin art internationella och i anbudstävlingar deltar i princip också anbudssökande och anbudsgivare från andra länder än Finland. Också dessa anbudssökande och anbudsgivare måste delges ett beslut om upphandling i enlighet med bestämmelserna i momentet. Den upphandlande enheten har dock ingen skyldighet att översätta beslutet, besväransvisningen och rättelseanvisningen till anbudsgivarens eller anbudssökandens språk. Trots detta rekommenderas det att den upphandlande enheten till de utländska anbudssökandena och anbudsgivaren sänder också ett kort referat på engelska av det centrala innehållet i beslutet och bifogar besväransvisningen och rättelseanvisningen också de översatta till engelska.

I momentet avses med elektroniskt meddelande och elektroniska handlingar detsamma som i lagen om elektronisk kommunikation i myndigheternas verksamhet (13/2003), som tillämpas som sådan även på de upphandlande enheternas verksamhet till den del deras verksamhet gäller hantering av förvaltningsärenden eller ärenden som kan jämföras med dem. Enligt 4 § 2 mom. i nämnda lag avses med elektroniskt meddelande information som har sänts med en elektronisk dataöverföringsmetod och som vid behov kan sparas i skriftlig form. Enligt 3 punkten i samma moment avses med elektroniskt dokument ett elektroniskt meddelande som hän-

för sig till anhängiggörandet eller behandlingen av ett ärende eller till delgivningen av ett beslut.

I momentet nämns eller definieras begreppet elektronisk dataöverföringsmetod inte särskilt. Med detta ska avses det som definieras i 4 § 1 punkten i lagen om elektronisk kommunikation i myndigheternas verksamhet.

Avsikten är att man i upphandlingsförfarandet ska betrakta den elektroniska kontaktinformationen som ett allmänt alternativ för elektronisk kommunikation på så sätt att dess tekniska bakgrund eller utveckling inte påverkar användning av denna metod. I marknadsdomstolens tillämpningspraxis som gäller upphandlingslagen har man inte fäst uppmärksamhet vid delgivningssättet, om tidpunkten för delfåendet har kunnat fastställas och delgivningssättet inte har påverkat den utsatta tiden för att lämna in ansökan till marknadsdomstolen.

Det elektroniska delgivningssätt som avses i denna lag avviker från den bevisliga elektroniska delgivning om vilken bestäms i lagen om elektronisk kommunikation i myndigheternas verksamhet. Å andra sidan förutsätts ett bevisligt delgivningssätt inte i förvaltningslagen, där det huvudsakliga delgivningssättet är så kallad vanlig delgivning som sker per brev. Dessutom ska det beaktas att det i ett upphandlingsförfarande är fråga om företag och näringsidkare eller yrkesutövare som har tillgång till den apparatur som krävs för elektronisk kommunikation. När det med den elektroniska delgivning av ett beslut som gäller upphandling inte är förknippad sådan information som i enlighet med offentlighetslagen eller någon annan lag är sekretessbelagd, kan den elektroniska kontaktinformation som lämnas av en part som deltar i upphandlingsförfarandet anses vara en lämplig metod för delgivning. I försvars- och säkerhetsupphandling ingår dock ofta information som är sekretessbelagd utgående från 24 § 1 mom. 1-10 punkten i offentlighetslagen. Om denna information också ingår i beslutet om upphandling, beaktar det elektroniska delgivningssättet inte nödvändigtvis tillräckligt de skyddsbehov som hänför sig till sekretessen. I ett sådant fall blir den upphandlande enheten tvungen att delge sitt beslut t.ex. i

form av ett vanligt brev eller, om skyddsbehovet för de sekretessbelagda uppgifterna förutsätter det, mot bevisgill kvittering.

I 1 mom. ska det också föreskrivas om tidpunkten för delfående av ett dokument som sänts med hjälp av elektronisk kontaktinformation. Enligt momentet anses anbudssökanden eller anbudsgivaren ha fått del av ett meddelande med ett elektroniskt dokument och kompletterande handlingar den dag då det elektroniska meddelandet står till mottagarens förfogande i dennes mottagarapparat, så att meddelandet kan hanteras. Vid elektronisk kommunikation utgår man från att tidpunkten för delfående med beaktande av den använda apparaturens tekniska särdrag är den dag då meddelandet har sänts. Med den behandling som anges i momentet avses teknisk behandling av det sända meddelandet, dvs. att meddelandet med handlingar fås i läsbar form. Också i lagen om elektronisk kommunikation i myndigheternas verksamhet avses med behandling teknisk behandling.

I momentet ska dessutom föreskrivas om möjligheten att framlägga motbevis om tidpunkten för delfäendet i situationer där ett elektroniskt meddelande har nått mottagaren vid en senare tidpunkt på grund av att datakommunikationsförbindelserna inte har fungerat eller av någon annan motsvarande orsak. För att underlätta mottagarens möjligheter att framlägga motbevis föreslås det att den upphandlande enheten ska vara skyldig att vid elektronisk delgivning i sitt meddelande särskilt ange dagen för sändandet av meddelandet. Då kan mottagaren efter att ha fått meddelandet försäkra sig om att det inte har skett något särskilt dröjsmål mellan tiden för avsändandet och mottagandet av meddelandet.

I paragrafens 2 mom. ska det föreskrivas om en alternativ delgivningsform, dvs. per brev. Då sker delgivningen i överensstämmelse med vad som föreskrivs om vanlig delgivning i 59 § i förvaltningslagen. I 59 § 2 mom. i förvaltningslagen anges att mottagaren anses ha fått del av ärendet den sjunde dagen efter det att brevet avsändes, om inte något annat visas. Enligt 59 § 2 mom. i förvaltningslagen anses ett ärende dock ha kommit till en myndighets kännedom den dag då brevet anlände. Den sistnämnda be-

stämmelsen är av betydelse särskilt i sådana situationer där en upphandlande enhet sänder en uppgift om sitt beslut även till en myndighet som har besvärsmålsrätt enligt lagen. Enligt 54 § i förvaltningslagen ska ett beslut som en myndighet har fattat utan dröjsmål delges en part och andra kända som har rätt att söka rättelse i det eller att överklaga det genom besvär. Den upphandlande enheten har motsvarande skyldighet att delge även en myndighet ett upphandlingsbeslut som den fattat i sådana fall där myndigheten har besvärsmålsrätt i saken.

Tiden för delfående av delgivning per brev i momentet ska motsvara formuleringen ”på den sjunde dagen” enligt förvaltningslagen. Bevisbördan i anslutning till presumptionsbestämmelsen innebär att bevisbördan enbart ska gälla den omständighet att delgivningen de facto har skett vid en senare tidpunkt än inom sju dagar. Tidpunkten för delfäendet fastställs på ett kalkylmässigt sätt och i en vanlig tillämpningssituation är det inte skäl att ens börja klarlägga saken. Sålunda saknar det också relevans att den som saken gäller själv lägger fram uppgifter om den faktiska tidpunkten för delfäendet, om inte delfäendet har skett vid en senare tidpunkt än vad som förutsätts i presumptionsbestämmelsen.

I paragrafens 3 mom. ska det föreskrivas om den tidsfrist som gäller delgivning av ett beslut som den upphandlande enheten har fattat. Ett beslut som den upphandlande enheten har fattat ska delges utan onödigt dröjsmål, men dock senast 15 dagar efter att den upphandlande enheten mottagit en skriftlig begäran om att det beslut som fattats ska delges.

Momentet grundar sig på artikel 35 i försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet. Enligt artikelns 1 punkt ska en upphandlande enhet snarast underrätta de anbudssökande och anbudsgivarna om de beslut som fattas om tilldelningen av ett kontrakt eller slutandet av ett ramavtal, inklusive skälen till beslutet att inte sluta ett ramavtal eller tilldela ett kontrakt för vilket det har utgått inbjudan att lämna anbud eller att börja om förfarandet. Denna information ska på begäran lämnas skriftligt till anbudssökandena/anbudsgivarna. Enligt artikelns 2 punkt ska på skriftlig begäran av berörd part den

upphandlande enheten snarast möjligt, och senast 15 dagar efter det att en skriftlig begäran har mottagits, underrätta varje anbudssökande vars ansökan avslagits om skälen till att ansökan inte har godtagits. På motsvarande sätt ska varje anbudsgivare vars anbud förkastats underrättas om skälen till att anbudet inte har godtagits och varje anbudsgivare som har lämnat ett godtagbart anbud om utformningen av och de relativa fördelarna med det valda anbudet samt namnet på den anbudsgivare som tilldelats kontraktet eller parterna i ramavtalet.

Paragrafens 1 och 2 mom. har samma innehåll som 75 § i upphandlingslagen. Någon motsvarande bestämmelse som den i 3 mom. i denna lag ingår inte i upphandlingslagen. Meddelandeskyldigheten och den tidsfrist som sammanhänger med denna kan anses ändamålsenlig i synnerhet i försvars- och säkerhetsupphandling, där upphandlingens storlek ofta är betydande och förfarandet genomförs i etapper. Då är det i anbudsgivarnas intresse att så snabbt som möjligt få kännedom om innehållet i ett beslut som gäller deras ställning.

12 kap. Upphandlingskontrakt

78 §. Slutande av upphandlingskontrakt. I paragrafen ska det föreskrivas om den upphandlande enhetens skyldighet att sluta ett separat upphandlingskontrakt efter att ett upphandlingsbeslut fattats. I fråga om regleringen av upphandlingsförfarandena är det med tanke på de tillgängliga rättsmedlen av betydelse hur ett kontrakt uppstår. Innan ett kontrakt sluts kan marknadsdomstolen bestämma att ett fel som uppstått under upphandlingsförfarandet eller upphandlingsbeslutet ska korrigeras på det sätt som avses nedan i 96 §. Vid sådan upphandling som överstiger EU-tröskelvärdet får ett upphandlingskontrakt inte slutas förrän den väntetid som anges i 79 § i lagen har förflutit efter delgivningen av upphandlingsbeslutet. Enligt förslaget ålägger marknadsdomstolen den upphandlande enheten att betala en påföljdsavgift för en väntetidsförseelse på det sätt som anges i 100 §. I de allmänna domstolarnas rättspraxis gällande upphandlingslagen anses ett upphandlingskontrakt ha uppstått

genom delgivning av upphandlingsbeslutet (HD 6.7.2007 nr 1857). Med tanke på tillämpningen av de rättsmedel som gäller för upphandlingarna är linjedragningen problematisk. Av de skäl som nämns ovan föreslås det att i lagen ska tas in en specialbestämmelse om tillkomsten av ett upphandlingskontrakt, så att rättsmedlen enligt lagen ska kunna utnyttjas effektivt.

Enligt paragrafen ska efter upphandlingsbeslutet ett separat skriftligt upphandlingskontrakt slutas om upphandlingen. Avsikten är att ett kontrakt uppstår genom en uttrycklig viljeförklaring av den upphandlande enheten och anbudsgivaren, vilket sker genom undertecknande av ett skriftligt upphandlingskontrakt. Ett upphandlingskontrakt ska inte utan särskild orsak uppstå endast genom delgivning av ett upphandlingsbeslut. I EG-domstolens avgörande i ärendet C-81/98 (Alcatel Austria m.fl.) ansågs det att medlemsstaternas lagstiftning inte borde ha tolkats så att delgivning av anbudsförfarandet innebar att ett kontrakt hade uppstått. En sådan tolkning hindrar erhållandet av ett effektivt rättskydd. I 96 § 2 mom. ska det föreskrivas om bestämmande av påföljder i situationer där ett skriftligt kontrakt inte har slutits, men upphandlingen har börjat genomföras.

För att undvika tolkningssituationer gällande uppkomsten av ett kontrakt rekommenderas det att den upphandlande enheten senast i samband med delgivningen av upphandlingsbeslutet meddelar att ett upphandlingskontrakt inte uppstår genom upphandlingsbeslutet. Samtidigt ska den upphandlande enheten meddela vilka avsikter den har att vid en senare tidpunkt sluta ett upphandlingskontrakt mellan parterna.

Paragrafen har samma innehåll som 76 § i upphandlingslagen.

79 §. Väntetid. I denna paragraf ska det föreskrivas om en obligatorisk väntetid för den upphandlande enheten. Paragrafen baserar sig på artiklarna 57 och 58 i försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet. Om undantagen från väntetiden föreskrivs uttömmande i den föreslagna 80 §.

Om det är fråga om en upphandling som avses i 12 § och som överstiger EU-tröskelvärdet kan ett upphandlingskontrakt enligt 1 mom. slutas tidigast 21 dagar efter

det att sökanden har fått eller anses ha fått del av beslutet, besväransvisningen och övriga bifogade handlingar. Vid fastställandet av längden på väntetiden har man inte bara beaktat den tidsfrist på 14 dygn för att föra ärendet till marknadsdomstolen, utan också den tid på sju dagar under vilken den upphandlande enheten har möjlighet att klarlägga när besvärprocessen och de uppskjutande verkningarna av besvärsförfarandet har börjat. Regleringen av väntetiden föreslås på samma sätt som för närvarande även gälla sådan sekundär tjänsteupphandling enligt bilaga B i försvars- och säkerhetsupphandlingslagen som överstiger EU-tröskelvärdet.

I 2 mom. konstateras att väntetid inte ska tillämpas på direktupphandling som baserar sig på 22 och 23 §. Avsikten med bestämmelsen är att klarlägga att tidsfristen mellan upphandlingsbeslutet och upphandlingskontraktet vid direktupphandling, för att ändringssökandet ska vara effektivt, regleras på ett annat sätt än vid upphandling som grundar sig på anbuds-förfarande. Vid direktupphandling förutsätter försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet att en annons publiceras innan upphandlingskontraktet sluts, för att bestämmelserna om ogiltighet inte ska tillämpas. Om annonsförfarandet och den tidsfrist som hänför sig till det föreskrivs nedan i 81 §.

I 3 mom. ingår en hänvisning till 92 §, i vilken bestäms om hur ändringssökandet påverkar slutandet av ett upphandlingskontrakt. Om marknadsdomstolen avgör verkställighetsärendet eller fäller ett avgörande i huvudsaken innan väntetiden har löpt ut, ska den upphandlande enheten iaktta väntetiden trots marknadsdomstolens beslut. Syftet med bestämmelsen är att säkerställa att alla parter har effektiva rättsmedel till sitt förfogande oberoende av de avgöranden som meddelats i besvär som anförts av andra parter.

Paragrafen har huvudsakligen samma innehåll som 77 § i upphandlingslagen.

80 §. Undantag från bestämmelserna om väntetid. I paragrafen ska det föreskrivas om de situationer då den väntetid som föreslås i 79 § inte behöver iakttagas. Iakttagandet av väntetiden kan i de situationer som anges i paragrafen påverka den effektivitet och smidighet som eftersträvas med upphandlings-

förfarandet. Paragrafen grundar sig på artikel 58 i försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet.

Enligt 1 punkten i paragrafen anges det att väntetiden inte behöver iakttagas före slutandet av ett upphandlingskontrakt i fråga om upphandlingar som görs på grundval av ett ramavtal. Undantaget avses gälla all sådan upphandling som grundar sig på ramavtal och överstiger EU-tröskelvärdet, oberoende av om alla villkoren i ramavtalet har fastställts vid regleringen. Den upphandlande enheten bestämmer om iakttagandet av väntetiden. Det föreslås att underlåtenhet att iaktta väntetiden ska påverka besvärstiden på det sätt som anges i 89 §. Om väntetiden inte iakttagas på grundval av 1 punkten, kan besvär anföras inom 30 dagar från delfäendet av upphandlingsbeslutet och besväransvisningen. Det att väntetiden inte iakttagas förlänger sålunda besvärstiden på 14 dagar vid upphandling som grundar sig på ramavtal.

Enligt 2 punkten i paragrafen kan undantag från iakttagandet av väntetid även göras i sådana fall där ett upphandlingskontrakt sluts mellan den enda anbudsgivare som uppfyllt kraven i anbuds-förfarandet och en leverantör som uppfyller de minimikrav som uppställts enligt 46—55 §. Dessutom förutsätts det att sådana anbudsgivare eller kandidater vilkas ställning påverkas av valet av avtalspartner inte längre deltar i anbuds-förfarandet.

Undantaget lämpar sig för främst sådana situationer där endast ett företag har deltagit i anbudstävlingen eller där kandidater som har uteslutits under anbuds-förfarandet eller anbudsgivare som har lämnat in anbud som förkastats i ett tidigare skede av förfarandet har kunnat söka ändring i ett avgörande om uteslutning eller förkastande.

Enligt 3 punkten i paragrafen behöver väntetid inte iakttagas när det är fråga om upphandling som avses i 68 § 2 mom. i denna lag. Då är det fråga om upphandling där den upphandlande enheten med anledning av statens väsentliga säkerhetsintressen åberopar artikel 346.1 b i EUF-fördraget och genomför upphandlingen med nationella förfaranden.

Det att väntetiden inte iakttagas grundar sig på den speciella karaktären hos de upphandlingar som avses i 68 § 2 mom. i lagen. Dessa upphandlingar är nära förknippade med

statens väsentliga säkerhetsintressen och det är inte möjligt att genomföra dem med de förfaringsätt som fastslås i försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet. Till följd av deras speciella karaktär är urvalet av påföljder som kan riktas mot dem mera begränsat än i fråga om övriga upphandlingar som omfattas av lagens tillämpningsområde. Det är inte möjligt att utsträcka ogiltighetspåföljden till dessa upphandlingar, utan den enda möjliga påföljden är gottgörelseavgift. Således är iakttagandet av väntetid inte av betydelse med tanke på anbudsgivarens rättsskydd, eftersom den påföljd som domstolen påför vid upphandling enligt 68 § 2 mom. inte kan inriktas på ett ingånget kontrakt. Dessutom bör man i alla förhållanden kunna genomföra upphandlingar som anknyter till statens väsentliga säkerhetsintressen med större flexibilitet än i fråga om upphandlingar som hör till direktivets tillämpningsområde samt utan dröjsmål.

Punkterna 1 och 2 i paragrafen har samma innehåll som motsvarande punkter i 78 § i upphandlingslagen, 3 punkten är en bestämmelse som anknyter till försvars- och säkerhetsupphandlingarnas särdrag.

81 §. Annonsering om direktupphandling samt slutande av upphandlingskontrakt. I paragrafen ska det föreskrivas om frivillig annonsering om direktupphandling. Paragrafen grundar sig på artikel 60.4 i försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet.

Syftet med bestämmelsen är att öka öppenheten vid direktupphandling och förbättra effektiviteten i rättsmedlen innan ett upphandlingskontrakt sluts. Innan upphandlingskontraktet har slutits ska den upphandlande enheten kunna sända en annons om direktupphandlingen för publicering i Europeiska unionens officiella tidning. Annonsförfarandet är bundet till bestämmelserna om ett upphandlingskontrakts ogiltighet enligt försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet. Den frivilliga annonseringen gäller sådan upphandling som överstiger EU-tröskelvärdet. Regleringen av öppenheten i fråga om direktupphandling och regleringen av ogiltighet i fråga om kontrakt är alternativa på så sätt att publicering av en annons om direktupphandling och iakttagandet av tidsfristen efter att annonsen publicerats hindrar be-

svärsmyndigheterna från att förklara upphandlingskontraktet ogiltigt, fastän det vid en senare tidpunkt skulle framgå att det inte har funnits någon laglig grund för direktupphandlingen (artikel 60.1 och 60.4 i försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet).

Till stöd för regleringen enligt direktivet föreslås det att det nationellt föreskrivs att besvär som gäller direktupphandling ska anföras inom tidsfristen på det sätt som anges i 89 §. Genom att iaktta annonsförfarandet och den väntetid på 14 dagar som föreslås i paragrafen kan den upphandlande enheten sålunda säkerställa att upphandlingskontraktets bindande verkan inte kan påverkas genom sökande av ändring.

Om villkoren för direktupphandling vid upphandling som överstiger EU-tröskelvärdet föreskrivs i 22 och 23 § i lagen. Den upphandlande enheten kan lämna en annons om direktupphandlingen efter upphandlingsbeslutet. I en annons om direktupphandling ska utöver namnet på och kontaktinformationen till den upphandlande enheten åtminstone finnas en beskrivning av föremålet för upphandlingen, uppgifter om direktupphandlingsgrunden och om den anbudsgivare till vars förmån upphandlingsbeslutet har fattats (artikel 64 i försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet). Annonserna ska utfärdas på de standardformulär som fastställts i kommissionens genomförandeförordning (EU) nr 842/2011 om fastställande av standardformulär för offentliggörande av meddelanden om offentlig upphandling, och om upphävande av förordning (EG) nr 1564/2005, nedan standardformulärsförordningen. I praktiken ska en annons om direktupphandling lämnas in för publicering i det nationella elektroniska systemet för upphandlingsannonser på Internetadressen www.hankintailmoitukset.fi. Därifrån vidare sänds annonserna i elektronisk form för publicering i Europeiska unionens officiella tidning. I en förordning om försvars- och säkerhetsupphandlingar ska föreskrivas närmare om detaljerna i annonseringsförfarandet.

När annonsen har publicerats ska den upphandlande enheten iaktta tidsfristen på 14 dagar innan den kan sluta ett upphandlingskontrakt. Tidsfristen för slutande av upphandlingskontraktet räknas från det att an-

nonsen har offentliggjorts i Europeiska unionens officiella tidning. Tidsfristen är kortare än den väntetid som avses i 79 §, eftersom det på grund av direktupphandlingars karaktär ofta finns ett behov att sluta upphandlingskontraktet snabbt efter upphandlingsbeslutet. Besvärstiden är i analogi med vad som anförs ovan 14 dagar från det att annonsen om direktupphandlingen har publicerats och anhängiggörandet av besvären vid marknadsdomstolen skjuter upp slutandet av upphandlingskontraktet på det sätt som föreslås nedan i 92 §. Det är skäl att den upphandlande enheten kontrollerar eventuella anhängiggjorda besvär vid marknadsdomstolen innan ett upphandlingskontrakt sluts.

Paragrafen har samma innehåll som 79 § i upphandlingslagen.

13 kap. Upphandlingsrättelse

82 §. *Hur en upphandlingsrättelse görs.* I sådana upphandlingsärenden som hör till marknadsdomstolens behörighet ska det inte vara möjligt att anföra kommunalbesvär eller kyrkobesvär på grundval av kommunallagen (365/1995) eller kyrkolagen, förvaltningsbesvär på grundval av förvaltningsprocesslagen och inte heller sådant rättelseyrkande som är ett obligatoriskt förstadium till kommunalbesvär eller kyrkobesvär. Eftersom det i upphandlingsförfarandet är av största vikt att förfarandet rättas till så snabbt som möjligt, föreslås det i lagen att det i första skedet införs ett nytt rättsmedel, en upphandlingsrättelse, som lämpar sig för alla upphandlande enheter och även för sådan upphandling som inte omfattas av lagen. Dessutom är upphandlingsrättelsen till sina villkor smidigare än de möjligheter till rättelse som grundar sig på förvaltningslagen. Med tanke på rättsskyddet för dem som deltar i förfarandet föreslås det att ett nytt beslut som fattas genom en upphandlingsrättelse ska utgöra ett nytt upphandlingsbeslut, där rättsmedlen sålunda kan utnyttjas av de parter vars rättigheter påverkas av det nya beslutet i enlighet med den föreslagna lagen. På det nya beslutet som fattas genom upphandlingsrättelse ställs samma innehållskrav som på det ursprungliga upphandlingsbeslutet.

Sådana säkerhetsupphandlingar som hör till tillämpningsområdet för lagen gör kommunerna endast i små mängder. Upphandlingsrättelsen inverkar inte på det förfarande, enligt vilket kommunstyrelsen enligt kommunallagen har rätt att överta ett ärende i vilket en tjänsteinnehavare eller ett organ som lyder under den har avgjort. Om kommunstyrelsen utnyttjar sin rätt att överta ett ärende och träffar ett nytt avgörande i ett beslut som fattats i ett upphandlingsärende, bildar kommunstyrelsens beslut med tanke på upphandlingsförfarandet ett nytt beslut i upphandlingsärendet. Detta beslut kan överklagas av den vars rätt det nya upphandlingsbeslutet gäller enligt vad som avses i denna lag.

Till sin rättsliga karaktär är en upphandlingsrättelse inte en sådan obligatorisk fas i ett rättelseyrkande som föregår det egentliga ändringssökandet och därför är det inte heller fråga om ett sådant rättelseyrkande som avses i försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet. Eftersom tidsfristen för en upphandlingsrättelse är densamma som vid sökande av ändring hos marknadsdomstolen, överlappar detta rättsmedel i praktiken tidsmässigt på samma sätt för närvarande det egentliga marknadsdomstolsförfarandet. När det gäller den upphandlande enheten kan en upphandlingsrättelse tillämpas på initiativ av den upphandlande enheten ännu i det skede då besvär redan har anförts hos marknadsdomstolen utan att ett rättelseyrkande har riktats till den upphandlande enheten. Detta förfarande möjliggör att den upphandlande enheten själv kan rätta till sitt förfarande efter att ha fått del av innehållet i besvären, då behandlingen av ärendet i marknadsdomstolen i sin tur kan avgöras utan ett avgörande i huvudsaken.

Enligt 85 § i upphandlingslagen tillämpas en upphandlingsrättelse också på de upphandlingar som står utanför lagens tillämpningsområde. För närvarande lämpar sig upphandlingsrättelsen således också för de försvars- och säkerhetsupphandlingar som med stöd av 7 § 1 mom. 1 och 2 punkten i upphandlingslagen har uteslutits ur dess tillämpningsområde. Det föreslås att i försvars- och säkerhetsupphandlingslagen ska föreskrivas om upphandlingsrättelse på samma sätt som i upphandlingslagen. Med tanke på

den juridiska klarheten och konsekvensen är det motiverat att inbegripa bestämmelserna om försvars- och säkerhetsupphandling i den lag som föreskriver om hur dessa upphandlingar ska genomföras. Upphandlingsrättelse blir tillämplig på alla försvars- och säkerhetsupphandlingar, också på dem som med stöd av 6 § 2 mom., 7, 8 eller 13 § i denna lag står utanför lagen. Eftersom detta förfarande är snabbt, effektivt och lättare än domstolsbehandling kan det anses lämpa sig väl som rättsmedel för dessa upphandlingar.

Enligt paragrafens 1 mom. kan den upphandlande enheten själv undanröja sitt felaktiga beslut eller återkalla en annan motsvarande åtgärd som har rättsliga följder för anbudssökandenas eller anbudsgivarnas ställning och avgöra ärendet på nytt. Som det framgår av lagen är upphandlingsrättelse ett rättsmedel som kan tillämpas av både anbudssökande och anbudsgivare men också en korrigeringsmetod som kan tillämpas av den upphandlande enheten på eget initiativ. En förutsättning för att tillämpa upphandlingsrättelse ska i samtliga fall vara att den upphandlande enhetens beslut eller åtgärd grundar sig på ett fel i tillämpningen av lagen. I praktiken kan upphandlingsrättelse tillämpas t.ex. i situationer där den upphandlande enheten vid en jämförelse av anbudet blir varse om att det har skett ett fel i poängsättningen eller att jämförelsegrunden annars har tillämpats felaktigt. Vid upphandlingsrättelse kan man också besluta om sådana felsituationer där en ny behandling av ärendet är nödvändig för att trygga lika behandling av anbudssökandena och anbudsgivarna. Ett exempel på detta är att personer som anses jäviga har deltagit i avgörandet av ett upphandlingsärende eller att den upphandlande enheten inte har sänt alla anbudssökande eller anbudsgivare samma uppgifter. I lagen ska uttrycket ”fel i tillämpningen av lagen” användas i en sådan bemärkelse att det även täcker sådana fel som uppkommit vid tillämpningen av annan sådan lagstiftning som är betydelsefull med tanke på upphandlingsförfarandet, som t.ex. jävfel.

I 2 mom. ska det föreskrivas att rättelse av ett beslut eller en åtgärd inte förutsätter partens samtycke. En rättelse förutsätter således inte på det sätt som anges i förvaltningslagen

samtycke av den part eller de parter vilkas ställning påverkas ogynnsamt av att beslutet rättas.

Om felet till sin juridiska karaktär är sådant att redan anbudsförfrågan har stridit mot lagen, ska det i upphandlingsförfarandet övervägas om förfarandet bör avbrytas. Om förutsättningarna för detta föreskrivs i 75 § i lagen. En förutsättning för att avbryta ett upphandlingsförfarande är att orsaken till avbrytandet är faktisk och att avbrytandet inte medför att anbudssökandena eller anbudsgivarna behandlas på ett diskriminerande eller ojämnt sätt. Ett sådant fel kan komma fram just i samband med en upphandlingsrättelse, och därför kan en upphandlingsrättelse även resultera i ett beslut om att avbryta ett upphandlingsförfarande i stället för i ett upphandlingsbeslut. Ett beslut om avbrytande jämställs med tanke på tillämpningen av rättsmedel med andra upphandlingsbeslut.

I 2 mom. begränsas dessutom möjligheten att på grundval av ett yrkande på upphandlingsrättelse fatta ett nytt upphandlingsbeslut eller ändra ett upphandlingsbeslut i situationer där ett upphandlingskontrakt redan har slutits. Begränsningen är nödvändig eftersom rättsskyddssystemet för försvars- och säkerhetsupphandling även innefattar åtgärder som riktar sig till upphandlingskontrakt (ogiltighet, förkortande av kontraktperioden) och i fråga om vilka behörigheten tillkommer marknadsdomstolen. Begränsningen i förhållande till upphandlingskontraktet har utformats så att det inte är fråga om de processuella förutsättningarna för att göra en upphandlingsrättelse, utan om en omständighet som påverkar den upphandlande enhetens prövningsrätt. Om ett upphandlingskontrakt sluts efter att en upphandlingsrättelse har anhängiggjorts, är den upphandlande enheten i praktiken tvungen att förkasta sitt yrkande på upphandlingsrättelse.

Paragrafen har samma innehåll som 80 § i upphandlingslagen.

83 §. Hur en upphandlingsrättelse tas upp till behandling. I 1 mom. föreskrivs om de aktörer som har rätt att yrka på en upphandlingsrättelse. Enligt momentet kan ett ärende anhängiggöras av en part, som inte definieras närmare i lagen. Med part avses i allmänhet en sådan anbudssökande eller anbudsgivare,

vars rättsliga ställning påverkas av upphandlingsbeslutet. Begreppet part är sålunda jämförbart med de i 87 § avsedda aktörer som har rätt att söka ändring. Rättsmedlet kan tillämpas inte bara av en anbudssökande och anbudsgivare utan också av de myndighetsorgan som kan anföra besvär hos marknadsdomstolen.

Enligt 1 mom. är en upphandlingsrättelse ett medel som kan tillämpas även av den upphandlande enheten för att rätta till ett felaktigt upphandlingsbeslut eller någon annan åtgärd som kan jämföras med det. Oberoende av hur en upphandlingsrättelse anhängiggörs är den upphandlande enheten skyldig att meddela berörda parter om att ett sådant ärende har anhängiggjorts. Skyldigheten att meddela om detta gäller främst de parter som kan ha rätt att söka ändring i ett nytt beslut som fattats på grund av den upphandlande enhetens upphandlingsrättelse.

I lagen föreskrivs inte om det förfarande där den upphandlande enheten behandlar ärendet på nytt som en upphandlingsrättelse. Behandlingen av en upphandlingsrättelse jämförs med ett sådant förvaltningsförfarande som avses i förvaltningslagen. Förvaltningslagen kan även tillämpas på annat än myndighetsverksamhet, om ärendet jämförs med skötseln av en offentlig förvaltningsuppgift. Behandlingen av en upphandlingsrättelse kan jämföras med en offentlig förvaltningsuppgift som avses i förvaltningslagen, eftersom den upphandlande enheten vid en upphandlingsrättelse behandlar ett rättskyddsyrkande som gäller upphandlingsförfarandet och ger ett avgörande om det. Myndigheter och andra upphandlande enheter är dessutom skyldiga att behandla de upphandlingsrättelser som har anhängiggjorts. Att inledandet av förfarandet beror på prövning i den meningen att förfarandet inte måste tillämpas förrän egentliga besvär anförs hos marknadsdomstolen, betyder således inte att en upphandlande enhet enligt egen prövning kan låta bli att behandla de upphandlingsrättelser som gjorts. Även om en upphandlingsrättelse inte kräver samtycke av den part på vars rätt eller fördel det beslut som fattas i ärendet kommer att inverka ogynnsamt, är utgångspunkten emellertid den att vid en

upphandlingsrättelse ska en sådan part höras innan ärendet avgörs på nytt.

I lagen införs inga särskilda bestämmelser om den upphandlande enhet som är behörig att behandla en upphandlingsrättelse. Definitionen av behörig upphandlande enhet är således beroende av de upphandlande enheternas egen prövning. Behandlingen av en upphandlingsrättelse ska således vara möjlig att ordna på så sätt att upphandlingsrättelsen behandlas av den upphandlande enhet som har fattat det ursprungliga upphandlingsbeslutet eller på så sätt att befogenheten anförtros någon annan i den upphandlande enhetens organisation. I tolkningen av förvaltningslagen har man ansett att utgångspunkten är den att medlemmar i samma organ inte är jäviga att behandla ärendet på nytt. I lagen införs inte heller bestämmelser om tidsfristen för avgörande av en upphandlingsrättelse. Till denna del bör man utgå ifrån att avgörandet ska ske så snabbt som möjligt, vilket redan ärendekategoriens rättsliga natur ger anledning till.

I 2 mom. ska det förtydligas att en underleverantör inte har sådan partsställning som avses i 1 mom. i ett ärende som gäller upphandling. Det är fråga om en bestämmelse som är specifik för försvars- och säkerhetsupphandlingar och bakom den finns bestämmelserna gällande underleverantörskontrakt i 60–67 § i lagen. I dem ges den upphandlande enheten rätt att kräva att anbudsgivaren konkurransutsätter en del eller alla underleveranser i upphandlingskontraktet. Till exempel enligt 63 § 2 mom. kan den upphandlande enheten förkasta en underleverantör som anbudsgivaren har valt, om denne inte uppfyller de krav som ställts i upphandlingsannonsen eller för denne gäller en grund för uteslutande enligt 47 eller 48 §. Ett sådant beslut ger inte den underleverantör som förkastats partsställning, eftersom de rättsmedel om vilka föreskrivs i artiklarna 55 – 64 i försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet endast kan användas på upphandling enligt artikel 2 i direktivet. Dessutom kan underleverantören inte anses ha ett omedelbart juridiskt intresse av upphandlingskontraktet. Således begränsas partsställningen till att gälla endast en egentlig anbudssökande eller anbudsgivare.

I ett beslut om att förkasta en underleverantör, som den upphandlande enheten har fattat

i enlighet med 63 §, kan ändring sökas av den anbudsgivare som valt underleverantören. Denna kan kräva att den upphandlande enhetens beslut om förkastande upphävs. Den förkastade underleverantören kan dock inte föra fram motsvarande krav, eftersom den inte står i direkt kontraktsförhållande eller något annat förhållande till den upphandlande enheten. Underleverantörens kontraktsförhållande riktar sig mot den egentliga anbudsgivaren och något behov av rättsskydd med anknytning till den upphandlande enhetens åtgärder kan underleverantören inte anses ha. Dessutom är det i ärendet av betydelse att parter i det beslut som gäller förkastande av en underleverantör är endast den upphandlande enheten och anbudsgivare, inte underleverantören. Det är dock motiverat att inbegripa en klargörande bestämmelse om detta i lagen, eftersom den föreslagna lagen innehåller paragrafer som gäller underentreprenader.

I 3 mom. föreskrivs det dels om tidsfristen för en upphandlingsrättelse då det är fråga om en upphandlingsrättelse som vidtas på partens eget initiativ, dels om tidsfristen för att till behandling ta en sådan upphandlingsrättelse som vidtas på initiativ av den upphandlande enheten. Yrkande av en part ska framställas inom 14 dagar efter det att parten har fått del av den upphandlande enhetens beslut eller åtgärd. Det står den upphandlande enheten fritt att bestämma om den tar ärendet till behandling utan att en upphandlingsrättelse gjorts inom 60 dagar från det att beslutet eller åtgärden har fattats.

Den förstnämnda tidsfristen föreslås vara densamma som tidsfristen för sökande av ändring hos marknadsdomstolen och avses börja vid samma tidpunkt. Den särskilda och långa tidsfrist som är avsedd för den upphandlande enheten möjliggör i sin tur att den upphandlande enheten efter att ha fått del av innehållet i den ändringsansökan som lämnats in till marknadsdomstolen själv kan åta sig att rätta sitt beslut under den tid ärendet behandlas av marknadsdomstolen. I en gynnsam situation innebär detta att marknadsdomstolen ges möjlighet att sluta behandla ett sådant ärende i och med att det rättsliga problemet har lösts genom den upphandlande enhetens egna åtgärder. I praktiken lämnar

marknadsdomstolen då sitt avgörande endast om de rättegångskostnader som yrkas.

I 4 mom. betonas den omständigheten att överklagande i marknadsdomstolen inte hindrar att en upphandlingsrättelse görs eller behandlas. Dessutom konstateras det i momentet att en upphandlingsrättelse även kan gälla sådana lagakraftvunna beslut vid den upphandlande enheten i fråga om vilka ärendet inte har förts till marknadsdomstolen. Nämda omständighet kan jämföras med den möjlighet att rätta fel enligt förvaltningslagen, där en rättelse också kan gälla lagakraftvunna beslut, dock under det ytterliga villkoret att den laga kraften inte har vunnits genom ett domstolsavgörande. I praktiken kan ett sådant ärende anhängiggöras endast på eget initiativ av den upphandlande enheten. Den föreslagna tidsfristen på 60 dagar möjliggör i sig också sådana rättelser.

Paragrafens 1, 3 och 4 mom. har samma innehåll som 81 § i upphandlingslagen. Paragrafens 2 mom. är en specialbestämmelse som gäller försvars- och säkerhetsupphandlingar, och bakom den finns de bestämmelser som gäller konkurrensutsättning av underentreprenader.

84 §. *Hur behandlingen av en upphandlingsrättelse påverkar behandlingen i marknadsdomstolen.* Enligt 1 mom. tillämpas det separata tidsfrister för att söka ändring hos marknadsdomstolen och för att göra en upphandlingsrättelse hos den upphandlande enheten. I en sådan situation att ett yrkande på rättelse förkastas kan anbudssökanden eller anbudsgivaren sålunda inte tillämpa en tidsfrist som grundar sig på det nya upphandlingsbeslutet för att söka ändring hos marknadsdomstolen, om besvär inte har anförts inom den tidsfrist som föreskrivs i 89 § i lagen över det upphandlingsbeslut som var föremål för rättelseyrkandet. Om upphandlingsbeslutet ändras till följd av en upphandlingsrättelse, ska det nya beslutet vara förknippat med en möjlighet att föra ärendet till marknadsdomstolen i det skedet. Med tanke på den som söker ändring börjar den avgörande tidsfristen för att söka ändring från det första beslut som har haft sådana verkningar som avses i lagen på den ändringssökandes rättsliga ställning. Tidsfristen kan inte förlängas genom en upphandlingsrättelse.

I 2 mom. bestäms om de åtgärder som den upphandlande enheten ska vidta när en upphandlingsrättelse har anhängiggjorts antingen på den upphandlande enhetens eget initiativ eller på yrkande av en part och ärendet samtidigt är anhängigt som besvär hos marknadsdomstolen. Marknadsdomstolen ska för det första tillställas det nya beslut som fattats till följd av upphandlingsrättelsen. Dessutom bestäms det i momentet att den upphandlande enheten själv har möjlighet att förbjuda verkställigheten av sitt beslut eller bestämma att den ska avbrytas. Denna möjlighet motsvarar behandlingen av ett ärende om rättelse av sakfel enligt förvaltningslagen, eftersom den behöriga myndigheten även i detta skede kan avbryta eller förbjuda verkställigheten av sitt beslut. Om situationen är den att verkställighetsåtgärder har tillämpats i ärendet redan i marknadsdomstolen, ska dessa åtgärder betraktas som primära i förhållande till de åtgärder som eventuellt förordnas av den upphandlande enheten. Den upphandlande enheten är i varje fall skyldig att underrätta marknadsdomstolen om sina eventuella verkställighetsavgöranden.

I 3 mom. anges att om den upphandlande enheten rättar sitt upphandlingsbeslut eller någon annan av sina åtgärder i form av en upphandlingsrättelse antingen på eget initiativ eller på yrkande av en part, kan marknadsdomstolen avföra ärendet från vidare behandling utan att fälla ett avgörande i huvudsaken, om rättelseåtgärden har vidtagits på rätt sätt. Då har ändringssökanden inte längre något behov av rättsligt skydd och inte heller av att få ett motiverat avgörande. I den situationen att ärendet är anhängigt vid marknadsdomstolen i form av besvär och den upphandlande enhetens rättelseåtgärder är felaktiga och leder till att sökandens ställning försvagas, ska ärendets behandling vid marknadsdomstolen fortgå. Om marknadsdomstolen avför ärendet från vidare behandling ska marknadsdomstolen ändå med stöd av 74 § 1 och 2 mom. i förvaltningsprocesslagen träffa ett avgörande om de rättegångskostnader som yrkas. De rättegångskostnader som döms ut gäller självfallet endast de kostnader som föranleds av att ärendet behandlas av marknadsdomstolen.

En bestämmelse om att samordna en upphandlingsrättelse och förfarandet vid marknadsdomstolen på det sätt som avses ovan är nödvändig, eftersom besvär enligt både kommunallagen och förvaltningsprocesslagen i rättspraxis har tolkats så att de omständigheter som uppstår efter att besvären anförs inte nödvändigtvis avlägsnar behovet att avgöra ärendet. Både förvaltningsbesvär och kommunalbesvär är laglighetsbesvär, som normalt fokuserar på lagenligheten i förvaltningsmyndighetens förfarande och beslutsfattande. Med tanke på den rättsliga ställningen för den som anför besvär kan det i andra situationer, t.ex. när det gäller att ansöka om skadestånd, vara av betydelse att domstolen uttalar sig på påståenden som gäller ett lagstridigt förfarande, även om myndighetens åtgärder inte längre har någon konkret betydelse för den rättsliga ställningen för den som anför besvären.

Paragrafen motsvarar till sitt innehåll 82 § i upphandlingslagen.

85 §. Tillämpningen av upphandlingsrättelsen på andra upphandlingar. Som utgångspunkt för en upphandlingsrättelse har ansetts att sådana rättsmedel som möjliggör snabba och effektiva korrigeringar ska kunna tillämpas även på sådan försvars- och säkerhetsupphandling som inte omfattas av marknadsdomstolsförfarandet, dock så att tillgripandet av rättsmedlen inte leder till ett egentligt sökande av ändring hos marknadsdomstolen. Med annan upphandling enligt paragrafen ska avses den försvars- och säkerhetsupphandling som står utanför lagens tillämpningsområde med stöd av 6 § 2 mom. eller 7, 8 eller 13 §.

I paragrafen ska det också föreskrivas om förbud mot ändringssökande. Ett beslut som fattats med anledning av en upphandlingsrättelse ska inte få överklagas hos marknadsdomstolen och inte heller med stöd av förvaltningsprocesslagen eller kommunallagen. Till denna del kompletterar bestämmelsen det förbud mot ändringssökande om vilket föreskrivs i 104 § i fråga om de upphandlingar som står utanför lagens tillämpningsområde. Upphandlingsrättelsen är följaktligen det enda rättsmedel om vilket föreskrivs i försvars- och säkerhetsupphandlingslagen och

vilket kan tillämpas på de upphandlingar som står utanför tillämpningsområdet för lagen.

Paragrafen avviker från 83 § i upphandlingslagen på så sätt att begränsningen av ändringssökandet enligt paragrafen har utsträckts till att gälla också besvär som anförs med stöd av förvaltningsprocesslagen och kommunallagen.

14 kap. Upphandlingsdokumentets offentlighet.

86 §. Tillämpliga bestämmelser om handlingars offentlighet. I paragrafen föreslås det att det ska föreskrivas om tillämpningen av bestämmelserna om offentlighet för de handlingar som gäller upphandling. Paragrafen grundar sig på artiklarna 6 och 56 i försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet.

I 1 mom. ska det föreskrivas om offentligheten i fråga om den upphandlande enhetens handlingar, om de avgifter som ska tas ut för handlingarna samt om en parts rätt att ta del av handlingarna. I fråga om dessa blir offentlighetslagen tillämplig, då den upphandlande enheten är en myndighet som avses i 4 § i lagen eller om enheten på grundval av en bestämmelse någon annanstans i lag är skyldig att följa nämnda lag.

I paragrafens 2 mom. ska det föreskrivas om rätten att ta del av handlingar som anknyter till upphandlingen för den som deltar i ett anbudsförfarande som ordnas av någon annan än en upphandlande enhet enligt 1 mom. Också till denna del blir offentlighetslagen tillämplig, och av betydelse kan anses i synnerhet lagens 11 § (parts rätt att ta del av en handling). Den upphandlande enheten bör också tillämpa de bestämmelser som gäller behandling och avgörande av ett ärende som gäller delfäende, och här hänvisas det särskilt till 13—16 § i offentlighetslagen.

I 3 mom. ska det föreskrivas om överklagande av ett beslut av en myndighet som gäller rätten att ta del av en handling. Till denna del ska 33 § i offentlighetslagen följas. Dessutom ska det i paragrafen konstateras att vid besvär över beslut av andra upphandlande enheter än de som är myndigheter ska som grund för bestämmande av behörig förvaltningsdomstol användas den upphandlande enhetens läge.

Paragrafen motsvarar till sitt innehåll 84 § i upphandlingslagen till övriga delar utom i fråga om dess 4 mom. I motsats till vad som är fallet med upphandlingslagen, hör den evangelisk-lutherska kyrkan och den ortodoxa kyrkan samt deras församlingar och andra myndigheter inte till tillämpningsområdet för denna lag. Således ingår i den föreslagna lagen ingen bestämmelse som motsvarar 84 § 4 mom. i upphandlingslagen.

15 kap. Ändringssökande och påföljder

87 §. Berättigade att söka ändring. I paragrafen ska det föreskrivas om vem som har rätt att söka ändring. Paragrafen grundar sig på artikel 55 och 57 i försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet.

Enligt 1 mom. kan ett ärende föras till marknadsdomstolen av den som ärendet gäller genom besvär. I förarbetena till upphandlingslagen har det konstaterats att med part avses en person som har ett juridiskt intresse av att ett oriktigt upphandlingsförfarande korrigeras (se RP 50/2006 rd, s. 126). I förarbetena till upphandlingslagen och i vedertagen rättspraxis har med part avsetts främst sådana i branschen verksamma företagare som har eller hade haft möjlighet att få sitt anbud antaget vid ett upphandlingsförfarande som genomförts på ett korrekt sätt (i rättspraxis t.ex. MD 72/08, MD 142/08 och MD 294/08). Det att en part är verksam i branschen har räckt till som grund för det juridiska intresse som krävs av en som är i partsställning särskilt i sådana situationer där en begäran om rättsskydd baserar sig på underlåtenhet att konkurrensutsätta en upphandling. Sökanden har också kunnat vara en leverantör som den upphandlande enheten på något annat lagstridigt sätt har lämnat utanför upphandlingsförfarandet. I situationer där den upphandlande enheten har konkurrensutsatt upphandlingen i överensstämmelse med upphandlingsbestämmelserna har det i rättspraxis ansetts att en i branschen verksam företagare i princip kan betraktas som part bara om företagaren har lämnat ett anbud i upphandlingsförfarandet eller åtminstone har kunnat visa att han eller hon har försökt delta i anbudstävlingen (t.ex. MD 180/09). Å

andra sidan kan en anbudssökande som i ett tidigare skede av anbudsförfarandet har utslutits ur förfarandet inte söka ändring i de fortsatta skedena av upphandlingsförfarandet.

En underleverantör ska dock inte ha partsställning. I och med bestämmelsen är det inte möjligt för en underleverantör att anföra besvär över ett sådant upphandlingsbeslut av den upphandlande enheten som gäller eller påverkar underentreprenaden. I praktiken är det främst fråga om en sådan situation där den upphandlande enheten enligt 63 § i lagen förkastar en underleverantör som valts av den anbudsgivare som valts att genomföra upphandlingen. I ett sådant fall ska endast den anbudsgivare som valts till kontraktspart ha möjlighet att söka ändring i ett beslut eller ett avgörande som fattats av den upphandlande enheten. Det att underleverantören ställs utanför de förfaranden som gäller ändringsökande grundar sig på artikel 55 i försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet. Enligt den ska de rättsmedel som fastställs i direktivet kunna gälla endast egentliga upphandlingskontrakt, som fastställs i artikel 2 i direktivet.

En underleverantör är inte en part eller en eventuell part i en upphandling och han eller hon står inte i ett kontraktsförhållande eller ett annat förhållande till den upphandlande enheten enbart utgående från sin underleverantörsställning. Underleverantören står i ett kontraktsförhållande till den part som har lämnat in ett anbud i upphandlingen. Underleverantören uppnår därmed inte enbart med sin underleverantörsställning talan i en upphandling i förhållande till den upphandlande enheten. De beslut som fattas i en upphandling inriktar sig också på anbudsgivaren och bara indirekt på underleverantören. Av dessa skäl kan underleverantören inte anses ha ett behov av rättsskydd i de beslut om upphandling som den upphandlande enheten fattar. Om underleverantören hade en självständig besvärsmöjlighet kunde detta också leda till situationer där underleverantören besvärar sig över ett beslut om underentreprenad som den upphandlande enheten har fattat, medan anbudsgivaren inte har sökt ändring i samma beslut. Anbudsgivaren ska ha exklusiv rätt att besluta när det ska anföras besvär över den upphandlande enhetens beslut som gäller an-

budsgivarens anbud. Underleverantörernas rättsmedel fastställs följaktligen av deras kontraktsförhållande med den part som har lämnat anbudet. Till underleverantörernas förfogande finns normala privaträttsliga rättsmedel.

I 3 mom. ska det föreskrivas om de myndigheter som har rätt att överklaga ett upphandlingsärende hos marknadsdomstolen. Myndigheternas möjlighet att söka ändring i första instans innebär att en sådan myndighet som part kan anföra fortsatta besvär hos högsta förvaltningsdomstolen. I momentet ges arbets- och näringsministeriet besvärsmöjlighet. En av utgångspunkterna för förvaltningsprocesslagen är att om myndigheternas besvärsmöjlighet föreskrivs särskilt. Om en sådan särskild reglering saknas, har myndigheten rätt att söka ändring genom besvär, om besvärsmöjligheten är nödvändig för det allmänna intresse som myndigheterna ska bevaka.

Besvärsmöjligheten enligt 3 mom. ska gälla endast ett ärende som gäller unionens övervakningsförfarande. Syftet med arbets- och näringsministeriets rätt att anhängiggöra ett ärende är att uppfylla en förpliktelse enligt vilken Europeiska kommissionen kan kräva att finska staten vidtar adekvata åtgärder med stöd av artikel 258 i EUF-fördraget, ifall en finsk upphandlande enhet har gjort sig skyldig till ett felaktigt förfarande.

Paragrafen motsvarar delvis 85 § i upphandlingslagen. Någon sådan bestämmelse som stämmer överens med 2 mom. i paragrafen i försvars- och säkerhetsupphandlingslagen och som nekar underleverantören besvärsmöjlighet ingår inte i upphandlingslagen. På motsvarande sätt ingår bestämmelsen i 85 § 2 mom. 2 punkten i upphandlingslagen inte i försvars- och säkerhetsupphandlingslagen.

88 §. Föremål för ändringsökande. I paragrafen ska det föreskrivas särskilt om ett beslut eller ett annat motsvarande avgörande av den upphandlande enheten, vilket påverkar anbudssökandens eller anbudsgivarens ställning.

I 1 mom. anges att det primära föremålet för ändringsökande är ett beslut som fattats av en upphandlande enhet i enlighet med 74 § i lagen, vilket också i praktiken är den allra vanligaste av marknadsdomstolens tillämpningssituationer i fråga om upphand-

lingslagen. Eftersom det likväl kan tänkas att även någon annan sådan åtgärd som vidtas av den upphandlande enheten under upphandlingsförfarandet och som ändå inte har vidtagits uttryckligen som ett beslut kan vara av avgörande betydelse, föreslås det att också andra sådana åtgärder av den upphandlande enheten som påverkar anbudssökandens eller anbudsgivarens ställning ska jämföras med ett överklagbart beslut.

I 5 § 1 mom. i förvaltningsprocesslagen anges att med ett beslut över vilket besvär kan anföras avses en åtgärd varigenom ett ärende har avgjorts eller lämnats utan prövning. Förvaltningsprocesslagen har tolkats så att som ett överklagbart beslut betraktas således inte sådana myndighetsbeslut som innebär att saken först är under beredning eller på något annat sätt ansluter sig till verkställighetsskedet av ett överklagbart beslut och sålunda förutsätter verkställighetsåtgärder.

I unionens domstols rättspraxis gällande upphandlingsdirektiven har användningen av rättsmedel i hög grad ansetts inrikta sig på de olika skedena av upphandlingsförfarandet. I EG-domstolens avgörande i mål C-26/03 (Stadt Halle m.fl.) har det bl.a. framhållits att det i upphandlingsdirektiven avsedda kravet på att den rättsliga prövningen ska vara effektiv och skyndsamt samtidigt innebär att medlemsstaterna inte kan låta möjligheten att ansöka om överprövning bero på om förfarandet formellt har nått ett bestämt stadium (punkt 38 i domen). Med stöd av punkt 39 i domen betraktas t.ex. inledandet av konkreta avtalsförhandlingar som en sådan viljeyttring från den upphandlande enhetens sida som ska kunna överprövas. I punkt 35 i samma dom betonas det att överprövningen inte kan riktas mot sådana åtgärder som endast utgör en förstudie inför ett kontrakt eller som är rent förberedande och ryms inom ramen för den upphandlande myndighetens interna överväganden med sikte på en offentlig upphandling.

Av de orsaker som nämns ovan föreslås det att det i 2 mom. i överensstämmelse med unionens rättspraxis och nationell rättspraxis bestäms att ett sådant beslut eller någon annan åtgärd av en upphandlande enhet som gäller enbart beredningen av ett upphandlingsförfarande inte ska kunna föras till

marknadsdomstolen genom besvär. Tolkningen styrs av t.ex. den rättsnorm i Stadt Halle-domen som anger när en upphandlande enhets förfarande betraktas enbart som förberedelser.

I 2 mom. ska det dessutom föreskrivas att ett beslut eller en annan åtgärd av en anbudsgivare som valts till kontraktspart, vilken gäller underleverans, inte ska kunna föras till marknadsdomstolen för behandling. Enligt 87 § i lagen har en underleverantör inte en sådan partsställning som berättigar till att söka ändring i fråga om den egentliga upphandlingen. Detta ska kompletteras av bestämmelsen i fråga, som också ställer en leverantör som valts till kontraktspart utanför de rättsmedel om vilka föreskrivs i denna lag i fråga om de beslut eller andra åtgärder som gäller underentreprenader. Därmed har eventuella tvister mellan en anbudsgivare som valts till kontraktspart och den underleverantör denna använder sig av ställts utanför rättsmedlen enligt denna lag. På samma sätt ska den upphandlande enhetens avgörande eller beslut som gäller underentreprenad och som har fattats under den tid då upphandlingskontraktet verkställs stå utanför rättsmedlen. I praktiken ska det vara frågan om ett beslut om att förkasta en underleverantör som anbudsgivaren har föreslagit i enlighet med 63 §, vilket fattas medan upphandlingskontraktet verkställs. Även om ett beslut om förkastande kan anses inrikta sig också på underleverantören, är beslutet dock uttryckligen riktat mot den anbudsgivare som valts till kontraktspart, eftersom det är fråga om ett beslut som uttryckligen förkastar en underleverantör som anbudsgivaren har föreslagit. Bakom bestämmelsen står 63—66 § i lagen, där det föreskrivs om förkastande av en underleverantör samt om genomförande av underentreprenader som den anbudsgivare som har valts till kontraktspart gör när den upphandlande enheten har förutsatt i upphandlingsannonsen och preciserat i anbudsförfrågan att underentreprenaderna ska konkurransutsättas.

Enligt 3 mom. får det i en upphandling som grundar sig på ett ramavtal enligt 27 § och i en upphandling som avses i 68 § 2 mom. i denna lag inte sökas ändring genom besvär, om inte marknadsdomstolen beviljar behand-

lingstillstånd i ärendet. Tillståndet benämns behandlingstillstånd. Marknadsdomstolen ska bevilja behandlingstillstånd om behandlingen av ärendet är viktig med tanke på tillämpningen av lagen i andra liknande ärenden eller om det finns ett vägande skäl som hänför sig till den upphandlande enhetens förfarande.

Vid sådan prövning av behandlingstillstånd som gäller ramavtal ska det beaktas att det i samband med upphandlingsbeslut som gäller grundandet av ett ramavtal redan har funnits en separat möjlighet till ändringsökande. Med beaktande av rättsskyddsbehoven kan det vara fråga om ett sådant skede som kan jämföras med verkställigheten av ett ärende som redan avgjorts och som sålunda är problemfritt med tanke på rättsskyddet.

De upphandlingar som nämns i 68 § 2 mom. i lagen är de försvarsupphandlingar där den upphandlande enheten anser att det inte är möjligt att genomföra en upphandling i enlighet med vad som föreskrivs i direktivet, eftersom detta skulle äventyra statens väsentliga säkerhetsintressen. Upphandlingen måste i detta fall genomföras med förfaranden enligt del III i lagen. Dessa upphandlingar har därmed en särskild karaktär och exceptionellt stor betydelse för Finlands försvarsförmåga och nationella säkerhet, vilket också måste observeras när det föreskrivs om rättsmedel.

Genom systemet med behandlingstillstånd får anbudsgivarna till sitt förfogande snabba och effektiva rättsmedel. Samtidigt ska rättsmedlen ställas i proportion till dessa upphandlingars karaktär och särdrag. Via behandlingstillståndet ska man också kunna säkerställa att eventuella besvär inte äventyrar statens väsentliga säkerhetsintressen, eftersom man med hjälp av systemet med behandlingstillstånd ska kunna gallra bort sådana besvär som anförts på otillräckliga grunder samt enbart i syfte att orsaka olägenheter. Också sådana besvär där motiven i verkligheten står att finna någon annanstans än i klander av den upphandlande enhetens beslut eller avgörande ska kunna gallras bort med hjälp av behandlingstillståndet. Systemet med behandlingstillstånd gör det dock samtidigt möjligt att bedöma hur korrekt ett beslut eller ett annat avgörande som gäller en upp-

handling är, i och med att det kan anses vara befogat med tanke på anbudsgivarens rättsskydd att en bedömning görs.

Marknadsdomstolen bör bevilja behandlingstillstånd när ärendet har en klar karaktär av prejudikat. Beslutet ska kunna bedömas ha en effekt som styr andra lagenvändare t.ex. vad gäller en ny eller oklar juridisk fråga. Marknadsdomstolen bör bevilja behandlingstillstånd i enlighet med 2 punkten, när det finns ett vägande skäl till detta som anknyter till den upphandlande enhetens förfarande. I en upphandling som gäller ramavtal ska förutsättningen kunna anses uppfylld enligt grundlagsutskottets tolkning när en part anser att upphandlingen inte har genomförts korrekt på basis av ramavtalet (GrUU 35/2009 rd).

I upphandling enligt 68 § 2 mom. i lagen ska det att en part bedömer att upphandlingen inte har genomförts på korrekt sätt dock inte i sig anses som en tillräcklig grund för att bevilja behandlingstillstånd. Som ett vägande skäl i anknytning till den upphandlande enhetens förfarande ska det kunna anses t.ex. att den upphandlande enheten inte har motiverat sitt beslut som gäller upphandlingen eller att det av motiveringarna inte framgår på det sätt som förutsätts i 74 § vilka omständigheter som har inverkat på den upphandlande enhetens avgörande. Förutsättningarna för att bevilja behandlingstillstånd ska också uppfyllas när domstolen utgående från de utredningar den fått kan bedöma att det med stor sannolikhet har brutits mot principen om att anbudsgivarna ska behandlas lika. Vid den prövning som anknyter till beviljandet av behandlingstillstånd bör marknadsdomstolen väga å ena sidan hur allvarligt och generellt betydelsefullt den upphandlande enhetens eventuella felaktiga förfarande är och å andra sidan anbudsgivarens behov av rättsskydd i relation till statens väsentliga säkerhetsintressen.

En begränsning av rätten att söka ändring i upphandling enligt 68 § 2 mom. i lagen kan anses vara motiverat när man bedömer saken med tanke på Europeiska unionens rätt. Upphandlingarna i fråga har helt ställs utanför försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet med stöd av artikel 2 i det. En grund för detta är deras centrala betydelse för statens

säkerhet. De krav som anknyter till genomförandet av upphandlingarna kan inte sammanjämkas med direktivets bestämmelser och centrala principer, vilket gör att de har ställts utanför direktivets tillämpningsområde. Till följd av detta blir inget av direktivets bestämmelser om rättsskydd eller andra rättsskyddsbestämmelser som härstammar från unionens rätt tillämpliga på dem. Det föreslagna nationella rättsskyddssystemet med dess behandlingstillstånd ger följaktligen anbudssökandena och anbudsgivarna ett bättre rättsskydd än det som unionens rätt förutsätter eller än vad som är fallet i nuläget.

Behandlingstillståndet bör bedömas också med tanke på att rättsskipningen ska vara smidig och behandlingen ske utan dröjsmål. I sitt utlåtande PeVL 35/2009 vp över regeringspropositionen (RP 190/2009 rd) med förslag till lag om ändring av lagen om offentlig upphandling, lagen om upphandling inom sektorerna vatten, energi, transporter och posttjänster och marknadsdomstolslagen har grundlagsutskottet konstaterat om det föreslagna systemet med behandlingstillstånd att det antagligen minskar antalet ärenden som kommer till behandling i marknadsdomstolen och för sin del förkortar behandlingstiden för de upphandlingsärenden som behandlas. Utskottet har konstaterat att upphandlingsärendena har hopat sig i marknadsdomstolen, vilket kan innebära att rättegången fördröjs (GrUU 2/2009 rd, s. 3/II). Bakom främjandet av en smidig behandling står bestämmelsen i 21 § 1 mom. i grundlagen enligt vilken var och en har rätt att få sitt ärende behandlat utan oskäligt dröjsmål (GrUU 33/2008 rd, s. 2/II). Det ovan nämnda kravet på att behandlingen ska ske utan dröjsmål kan anses lämpa sig särskilt väl på upphandlingar enligt 68 § 2 mom. i lagen, eftersom en fördröjning av marknadsdomstolens avgörande gällande dem kan ha en skadlig inverkan på den finska försvarsförmågan och den nationella säkerheten. Indirekt skulle saken också inverka på behandlingen av andra ärenden som omfattas av marknadsdomstolens behörighet, eftersom behandlingstillståndet påverkar det totala antalet ärenden som behandlas i domstolen, den genomsnittliga behandlingstiden och de resurser som behövs.

Systemet med behandlingstillstånd förbättrar rättsskyddet för ovan nämnda upphandlingar jämfört med nuläget. Beslut som gäller försvars- och säkerhetsupphandlingar kan enligt gällande upphandlingslag inte överklagas hos marknadsdomstolen. En anbudsgivare kan be marknadsdomstolen undersöka om ett avgörande om att inte tillämpa upphandlingslagen på en viss upphandling är korrekt. Marknadsdomstolen har dock inte behörighet att bedöma hur lagenligt det egentliga upphandlingsförfarandet är. På de försvars- och säkerhetsupphandlingar som står utanför tillämpningsområdet för upphandlingslagen har hittills kunnat tillämpas allmänna förvaltningsrättsliga rättsmedel, vilka nu ska uteslutas med stöd av 104 § i lagen. Anbudsgivarna och anbudssökandena har dock inte använt de allmänna förvaltningsrättsliga rättsmedlen, vilket sannolikt beror på bristande kunskaper om dem. Eftersom det inte klart har föreskrivits om rättsmedlen i lagen, har anbudsgivarna och anbudssökandena inte nödvändigtvis känt till möjligheten att besvära sig över försvars- och säkerhetsupphandling till den allmänna förvaltningsdomstolen. Systemet med behandlingstillstånd gör därmed situationen vad gäller upphandlingar enligt artikel 346.1 b i EUF-fördraget klarare.

En sådan reglering av behandlingen vid marknadsdomstolen som innebär att behandlingen blir beroende av behandlingstillstånd möjliggör ett sådant marknadsdomstolsförfarande där anhängiggörandet av dylika besvär inte ger anledning att genom skriftlig behandling reda ut ärendet i någon större utsträckning, om ansökan om behandlingstillstånd eller de omständigheter som framförts i besvären inte ger anledning att betvivla riktigheten av upphandlingsbeslutet i förhållande till de villkor som anges i försvars- och säkerhetsupphandlingslagen. Då ett behandlingstillstånd prövas baserar sig bedömningen av ärendet också på de handlingar som lämnats av den upphandlande enheten. I sådana fall kan marknadsdomstolen förkasta behandlingsbegäran genom påskyndat förfarande. För att förfarandet ska vara snabbt även i det fortsatta ändrings sökandet föreslås det dessutom att behandlingen ska vara beroende av besvärstillstånd vid högsta förvaltningsdomstolen, om marknadsdomstolen inte

har beviljat behandlingstillstånd i ärendet. Det föreslås att bestämmelser om besvärstillstånd för det fortsatta ändringssökandet ska ingå i 105 § 3 mom. i den föreslagna lagen.

En ansökan om behandlingstillstånd ska göras som en del av överklagandet och detta ska ske inom en besvärstid. I besvären ska anges grunderna för beviljandet av behandlingstillstånd. I enlighet med allmänna processuella tolkningsprinciper har domstolarna ingen skyldighet att motivera sina avgöranden av typen besvärstillstånd.

Med stöd av försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet samt Europeiska unionens domstols rättspraxis vore det problematiskt att föreskriva om ett egentligt besvärsförbud för upphandlingar som grundar sig på ramavtal. Regleringen av ett sådant besvärsförbud såväl för ramavtal som för upphandlingar enligt 68 § 2 mom. i lagen kan vara problematiskt också i förhållande till 21 § i grundlagen. Om saken lämnas utan reglering kan detta tolkas så att man t.ex. i en minikonkurrensutsättning som skötts på ett ändamålsenligt sätt anser att den som söker ändring inte behöver något rättsskydd och att sådana besvär ska kunna lämnas utan prövning på grund av att ändringssökanden saknar rättsskydd. Att ett ärende lämnas utan prövning förutsätter dock oftast en fullständig remissbehandling för att klarlägga saken. För att ärendet ska kunna behandlas på ett processuellt mer smidigt sätt är det klarare att föreskriva att behandlingen av ett sådant ärende ska vara beroende av tillstånd redan i första domstolsinstans.

Till övriga delar motsvarar paragrafen 86 § i upphandlingslagen, men enligt försvars- och säkerhetsupphandlingslagen bör behandlingstillstånd i marknadsdomstolen ansökas också i fråga om sådan upphandling som avses i 68 § 2 mom. i lagen.

89 §. Tid för ändringssökande. I paragrafen föreskrivs om tidsfristen för besvär som anförs hos marknadsdomstolen. Uträkandet av tidsfristen baserar sig delvis på artikel 62 i försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet, i vilken bestäms om tidsfristen för ändringssökande med tanke på kraven på ogiltighet för ett upphandlingskontrakt. Det föreslås att besvärstiden också ska begränsas i sådana situationer där den upphandlande en-

heten har delgett upphandlingsbeslutet, men delgivningen belastas av ett fel som har lett till att besvärstiden inte har börjat löpa. Det föreslås att tidsfristen för sökande av ändring i fråga om direktupphandling ska bestämmas separat med beaktande av regleringen av tidsfrister enligt försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet.

I 1 mom. anges huvudregeln för tiden för ändringssökande. Besvär ska anföras skriftligen inom 14 dagar efter det att anbudssökanden eller anbudsgivaren har fått del av upphandlingsbeslutet med besvärsanvisning. Bestämmelsen ska tillämpas i andra situationer än direktupphandlingssituationer, om vilka föreskrivs särskilt i 4 och 5 mom.

I 2 mom. bestäms om besvärstiden vid konkurrensutsättning som grundar sig på ramavtal. Bestämmelsen grundar sig huvudsakligen på andra strecksatsen i artikel 62 a i försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet. Vid konkurrensutsättning som grundar sig på ramavtal kan den upphandlande enheten vid upphandlingen välja antingen att iaktta väntetiden enligt 79 § före slutandet av ett upphandlingskontrakt eller att sluta upphandlingskontraktet enligt 80 § enligt ett snabbare förfarande efter upphandlingsbeslutet. Om den upphandlande enheten inte har iakttagit väntetiden, föreslås det att i stället för den besvärstid på 14 dagar som anges i 1 mom. ska i fråga om besvären tillämpas en besvärstid på 30 dagar efter det att anbudsgivaren har fått del av upphandlingsbeslutet med besvärsanvisning.

Eftersom besvärstiden enligt 2 mom. ska tillämpas på upphandling som omfattas av väntetidsregleringen, gäller den i praktiken konkurrensutsättning som grundar sig på ramavtal när anskaffningens värde överstiger EU-tröskelvärdet.

I 3 mom. bestäms om den maximala tiden för ändringssökande. Bestämmelsen föreslås gälla i sådana i 1 eller 2 mom. avsedda situationer där delgivningen av ett upphandlingsbeslut belastas av ett sådant fel att tiden för ändringssökande inte har börjat löpa. Besvaren ska lämpas in till marknadsdomstolen senast inom sex månader efter att upphandlingsbeslutet har fattats.

Den föreslagna bestämmelsen innebär en avvikelse från regleringen enligt förvalt-

ningsprocesslagen. I förvaltningsprocesslagen är utgångspunkten den att besvär inte lämnas utan prövning om besväransvisningen har varit felaktig på ett sådant sätt att detta har kunnat leda till att besvären har inkommit för sent (så i rättspraxis, t.ex. HFD 22.9.2006 liggare 2453). I fråga om upphandlingsbeslut har det i rättspraxis ansetts att den part som saken gäller bör få tillräckliga uppgifter om den upphandlande enhetens avgörande och grunder för att kunna bedöma tillgripandet av rättsmedel innan tiden för ändringssökande inleds (t.ex. MD 128/08, MD 192/08 och MD 150/09). Å andra sidan har en part som har fått del av upphandlingsbeslutet, trots ett bristfälligt motiverat beslut eller en bristfällig besväransvisning eller avsaknad av en sådan, varit medveten om den upphandlande enhetens avgörande och åtminstone delvis även om sitt behov av rättsskydd. Med tanke på upphandlingsärendets karaktär och en effektiv användning av rättsmedel kan man i situationer av denna typ förutsätta att den anbudsgivare som förlorat tävlingen tar närmare del av avgörandets innehåll och besväransvisningen inom en rimlig tid. Som en rimlig tid föreslås sex månader från det att upphandlingsbeslutet fattats. Tidsfristen utgör ett skydd i det rättsläge som uppstår.

Den maximala tidsfristen för ändringssökande ska emellertid inte tillämpas i situationer där upphandlingsbeslutet eller besväransvisningen inte alls har delgetts dem som deltagit i upphandlingsförfarandet. I sådana situationer börjar besvärstiden för parten i fråga inte löpa.

I 4 och 5 mom. föreskrivs det om en särskild besvärstid för direktupphandling. Paragrafens 5 mom. grundar sig på artikel 62 a och 62 b i försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet.

Paragrafens 4 mom. gäller situationer där den upphandlande enheten har sänt en annons om direktupphandling för publicering i Europeiska unionens officiella tidning på det sätt som föreslås i 81 §. Besvärstiden räknas från den tidpunkt då annonsen publicerats och föreslås vara 14 dagar. Längden på besvärstiden motsvarar den besvärstid som tillämpas i andra upphandlingsförfaranden.

Om det i Europeiska unionens officiella tidning inte har publicerats en frivillig an-

nons om en direktupphandling innan upphandlingskontraktet har slutits, ska besvär över direktupphandlingen enligt 5 mom. 1 punkten anföras inom 30 dagar efter det att en annons i efterhand har publicerats. Skyldigheten att lämna en annons i efterhand gäller sådan upphandling som överstiger EU-tröskelvärdet med undantag för tjänstekoncessioner. Framöver kommer betydelsen av en annons i efterhand att vara större, eftersom publiceringen av annonsen begränsar besvärstiden efter att upphandlingskontraktet har slutits.

Om det trots skyldigheten att annonsera om direktupphandling inte har publicerats någon annons i efterhand eller om det är frågan om upphandling där sådan annonseringsskyldighet inte föreligger, ska besvär enligt 5 mom. 2 punkten i varje fall anföras inom sex månader från det upphandlingskontraktet slöts. Någon skyldighet att annonsera i efterhand föreligger inte i upphandling som understiger EU-tröskelvärdet men överstiger det nationella tröskelvärdet. Någon annonseringsskyldighet föreligger inte heller i de försvarsupphandlingar där den upphandlande enheten har åberopat artikel 346.1 b i EUF-fördraget, dvs. där det är fråga om sådan upphandling som nämns i 68 § 2 mom. i lagen.

De bestämmelser om ett upphandlingskontrakts ogiltighet som ska tillämpas på sådan direktupphandling som överstiger EU-tröskelvärdet förbättrar rättsskyddet för potentiella anbudsgivare och öppnar upphandlingen för konkurrens. Å andra sidan betonas skyddet för ett rättsläge som åstadkommit genom ett upphandlingskontrakt med tiden. Det är också sannolikt att det med tiden blir svårare för marknadsdomstolen att fastställa innehållet av ett upphandlingskontrakts ogiltighet på det sätt som föreslås i 98 §.

Syftet med bestämmelsen är att framställandet av krav vid direktupphandling begränsas till högst sex månader från det att upphandlingskontraktet slutits.

Paragrafen har i övrigt samma innehåll som 87 § i upphandlingslagen, men vid försvars- och säkerhetsupphandling blir den maximala tiden för ändringssökande inte tillämplig endast i en sådan situation där upphandlingskontraktet inte alls har delgetts dem som deltar i anbudstävlan.

90 §. *Underrättelse om ändringssökandet till den upphandlande enheten samt förteckning över upphandlingsärenden.* I paragrafen bestäms om den ändringssökandes skyldighet att skriftligen underrätta den upphandlande enheten om att ett ärende förs till marknadsdomstolen samt om marknadsdomstolens skyldighet att föra en förteckning över försvars- och säkerhetsupphandlingsärenden. Paragrafen grundar sig på artikel 55.5 i försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet.

Paragrafen ansluter sig främst till den reglering som föreslås i 92 § om hur ändringssökandet skjuter upp slutandet av ett upphandlingskontrakt. Regleringen enligt nämnda 92 § förutsätter att den upphandlande enheten underrättas om att ett ärende förs till marknadsdomstolen. Enligt förslaget ska de upphandlande enheterna få information på det sätt som anges i paragrafen med hjälp av både den anmälningsskyldighet som gäller de ändringssökande och den förteckning som förs av marknadsdomstolen. Även om den föreslagna bestämmelsen hänför sig främst till sådana situationer som avses i 92 § föreslås det att bestämmelsen inte begränsas att gälla endast sådana fall som hör till tillämpningsområdet för 92 §, utan att den för konsekvensens skull ska gälla alla situationer som omfattas av lagens tillämpningsområde.

Enligt 1 mom. ska den som söker ändring i ett upphandlingsärende skriftligen underrätta den upphandlande enheten om att ärendet förs till marknadsdomstolen. Uttrycket skriftligen avses också täcka underrättelser i elektronisk form. Eftersom det ligger i ändringssökandens intresse att slutandet av ett upphandlingskontrakt skjuts upp, anses det motiverat att ändringssökanden åläggs nämnda underrättelsesyldighet. Genom att underrätta den upphandlande enheten om besvären försöker ändringssökanden bevara marknadsdomstolens möjlighet att i ärendet bestämma primära rättsmedel, dvs. realmedel.

I 2 mom. bestäms om tidpunkten för underrättelsen och till vilken adress den ska lämnas. Enligt bestämmelsen ska underrättelsen lämnas in till den upphandlande enheten senast då besvären över upphandlingen lämnas in till marknadsdomstolen. I paragrafen föreskrivs endast om den sista tidsgränsen för att lämna in underrättelsen. Underrättelsen kan

lämnas in till den upphandlande enheten även tidigare, om det är sannolikt att ärendet anhängiggörs vid marknadsdomstolen. Med tanke på 92 § är det dock väsentligt att den upphandlande enheten blir underrättad om att ärendet förs till marknadsdomstolen senast vid samma tidpunkt då ärendet anhängiggörs vid marknadsdomstolen. Det förbud att sluta ett upphandlingskontrakt som föreslås i 92 § börjar således gälla då ärendet blir anhängigt vid marknadsdomstolen. Med tanke på den aktuella skyldigheten att lämna underrättelse är det sålunda väsentligt att trygga de upphandlande enheternas tillgång till information senast vid denna tidpunkt.

Enligt bestämmelsen ska underrättelsen lämnas på den adress som den upphandlande enheten har uppgett som kontaktuppgift i upphandlingsbeslutet eller bilagehandlingarna enligt vad som föreslås i 76 § 1 mom. Avsikten är att tillförsäkra den upphandlande enheten tillgång till information om ändringssökandet genom att säkerställa att en underrättelse om ändringssökandet lämnas in på en sådan adress till den upphandlande enheten att underrättelsen når den person som sköter upphandlingen. Eftersom underrättelsen vid sidan om att den lämnas in till den upphandlande enheten i traditionell skriftlig form också kan lämnas i elektronisk form, kan den adress som nämns i momentet vara en postadress, telefaxadress eller e-postadress eller flera av dessa. Den upphandlande enheten kan själv bestämma vilken adress som är den mest ändamålsenliga med tanke på den egna verksamheten.

Enligt rättspraxis som gäller upphandlingslagen har försummande av nämnda förpliktelse emellertid inte hindrat att ansökan prövas i marknadsdomstolen (t.ex. HFD 1999:45, MD 70/2009, MD 531/2008 och MD 160/2007). Till dessa delar föreslås i fråga om försvars- och säkerhetsupphandlingarna att motsvarande tolkning följs. Iakttagandet av underrättelsesyldigheten utgör sålunda inte heller framöver en förutsättning för att pröva besvär som gäller upphandling. Inte heller i övrigt ska försummelse att iaktta underrättelsesyldigheten sanktioneras särskilt.

Enligt 3 mom. ska marknadsdomstolen föra och publicera en så omfattande och aktuell

förteckning som möjligt över de försvars- och säkerhetsupphandlingsärenden som har anhängiggjorts vid marknadsdomstolen. Med hjälp av nämnda förteckning får de upphandlande enheterna kompletterande information om de upphandlingsärenden som har anhängiggjorts vid marknadsdomstolen.

I bestämmelsen har det inte preciserats hur förteckningen ska publiceras, men i praktiken ska marknadsdomstolens webbsidor med tanke på de upphandlande enheternas tillgång till information betraktas som det mest ändamålsenliga sättet att publicera informationen. Förteckningen ska innehålla de uppgifter som de upphandlande enheterna behöver. Detta innebär i praktiken uppgifter om den upphandlande enheten och om det upphandlingsbeslut som är föremål för ändringssökandet samt uppgifter om när besvaren har inkommit. Däremot är det inte skäl att i förteckningen publicera några andra uppgifter än de som är nödvändiga med tanke på den upphandlande enhetens tillgång till information.

Såsom det framgår av ordalydelsen, ska förteckningen vara så omfattande och aktuell som möjligt. Förteckningen ska uppdateras kontinuerligt i takt med att ärenden registreras som anhängiggjorda i marknadsdomstolens diarium. Förteckningen har emellertid inte några självständiga rättsverkningar. Sålunda har förteckningen inte s.k. offentlig tillförlitlighet och åstadkommer inte heller några andra slag av rättsverkningar. I oklara situationer ska den upphandlande enheten vara i kontakt med marknadsdomstolen och på så sätt ännu säkerställa att upphandlingen inte har anhängiggjorts vid marknadsdomstolen. Detta är emellertid nödvändigt endast i sådana situationer där ett ärende som gäller en upphandling inte finns på den lista som publiceras på Internet, men där den upphandlande enheten ännu vill försäkra sig om sina möjligheter att sluta ett upphandlingskontrakt.

Paragrafen har samma innehåll som 88 § i upphandlingslagen.

91 §. Den upphandlande enheten som motpart samt ersättning för rättegångskostnader. I marknadsdomstolens praxis som gäller upphandlingar som omfattas av upphandlingslagens tillämpningsområde betraktas en

upphandlande enhet som motpart till en privat part. I ett rättsskyddsförfarande som grundar sig på ansökan har motparts-konstellationen i praktiken varit av stor betydelse särskilt när det gäller att inrikta olika slags skyldigheter. Detta utgångsläge ska konstateras också för försvars- och säkerhetsupphandlingarnas del i 1 mom. Eftersom den som i domstolsskedet har rätt att söka ändring även kan vara en myndighet, är den eller de upphandlande enheterna på motsvarande sätt motparter till den myndighet som har rätt att söka ändring.

Med beaktande av särdragen i upphandlingsförfarandet är utgångsläget med motparter även av betydelse när det gäller att klarlägga ett ärende, eftersom slutresultatet av ett upphandlingsförfarande inte enbart utgörs av ett myndighetsbeslut utan av ett privaträttsligt avtalsförhållande som förpliktar bägge parter. Konstellationen med motparter undanröjer likväl inte marknadsdomstolens skyldighet att skaffa utredning enligt förvaltningsprocesslagen. Motpartskonstellationen innebär inte heller att marknadsdomstolen i sin rättsliga prövning skulle vara bunden av de synpunkter som parterna lägger fram om den rättsliga naturen av felen i upphandlingsförfarandet. Motpartskonstellationen betonar huvudsakligen parternas aktiva skyldighet att skaffa utredning.

I 2 mom. anges att på ersättningen av rättegångskostnader ska 74 § 1 och 2 mom. i förvaltningsprocesslagen fortfarande tillämpas.

I 3 mom. preciserar det att på alla upphandlande enheter tillämpas de båda ovan nämnda bestämmelserna om ersättande av rättegångskostnader oberoende av om den upphandlande enheten är en myndighet eller om den med tanke på sina uppgifter annars kan jämföras med en myndighet.

I momentet föreskrivs dessutom att då den upphandlande enheten handlar på andra upphandlande enheters vägnar, kan förpliktelsen att ersätta rättegångskostnader riktas mot en sådan upphandlande enhet som har handlat på andra upphandlande enheters vägnar. I praktiken kan offentliga organ och andra sammanslutningar som deltar i dessa situationer knappast alls påverka det förfarande som iakttas då den upphandlande enhet som ansvarar för upphandlingen konkurrensutsät-

ter upphandlingen. Det felaktiga förfarande som iakttas av en offentlig part och som är utgångspunkten för 74 § 2 mom. i förvaltningsprocesslagen lämpar sig sålunda främst på bedömningen av den verksamhet som bedrivs av den upphandlande enhet som i praktiken ansvarar för upphandlingsförfarandet. Den föreslagna bestämmelsen underlättar också marknadsdomstolens arbete då det vid sådan upphandling som baserar sig på olika slags uppdrag inte särskilt behöver klarläggas vilka alla upphandlande enheter som de facto har deltagit i upphandlingen i fråga.

Paragrafen har till övriga delar samma innehåll som 89 § i upphandlingslagen, men i 3 mom. har hänvisningen till en sådan upphandlande enhet som inte är en myndighet eller juridisk person strukits. Enligt 4 § i försvars- och säkerhetsupphandlingslagen bör den upphandlande enheten alltid vara en myndighet eller en juridisk person.

92 §. Hur ändringssökandet påverkar slutandet av ett upphandlingskontrakt. I paragrafen bestäms om hur ändringssökandet påverkar slutandet av ett upphandlingskontrakt. Paragrafen grundar sig på artikel 56.3 i försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet. Direktivet förutsätter att ett ändringssökande skjuter upp slutandet av ett upphandlingskontrakt, om ändring i upphandlingsbeslutet söks hos en självständig besvärinstans. Medlemsstaterna ska enligt direktivet säkerställa att den upphandlande enheten i en situation där ändring har sökts inte kan sluta ett upphandlingskontrakt förrän besvärinstansen har fattat sitt beslut om antingen de interimistiska åtgärderna eller i själva huvudsaken. Enligt direktivet får ändringssökandets uppskjutande verkan inte upphöra före utgången av den väntetid som avses i direktivet. Försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet reglerar inte längden på ändringssökandets uppskjutande verkan.

I 1 mom. anges det att vid upphandling där en väntetid enligt 79 § eller en tidsfrist enligt 81 § ska iakttas, får den upphandlande enheten inte sluta ett upphandlingskontrakt, om ärendet har förts till marknadsdomstolen. Genom bestämmelsen förbjuds den upphandlande enheten att sluta ett upphandlingskontrakt i de situationer som avses i bestämmelsen. Förbudet att sluta ett upphandlingskon-

trakt följer direkt av lagen. Syftet med bestämmelsen är att säkerställa att marknadsdomstolen har möjlighet att tillämpa realmedel i situationer där det hos marknadsdomstolen söks ändring i en upphandling.

Det föreslås att förbudet att sluta ett upphandlingskontrakt ska börja gälla genast då besvären har inkommit till marknadsdomstolen. Från och med denna tidpunkt får den upphandlande enheten i de situationer som avses i bestämmelse inte sluta ett upphandlingskontrakt förrän marknadsdomstolen har fällt ett avgörande i huvudärendet eller fattat ett sådant temporärt beslut som avses i 93 § genom vilket domstolen har tillåtit att ett upphandlingskontrakt sluts. Enligt 2 mom. ska den upphandlande enheten emellertid alltid iakttä väntetiden fullt ut.

Till sitt tillämpningsområde motsvarar bestämmelsen regleringen om väntetid. Sålunda ska förbudet att sluta ett upphandlingskontrakt i de situationer som avses i bestämmelsen gälla endast sådana situationer där väntetiden enligt 79 § ska iakttas. Om ett undantag från iakttagande av väntetiden enligt 80 § kan tillämpas på en upphandling, ska upphandlingen inte heller omfattas av det förbud att sluta ett upphandlingskontrakt som avses i den nu aktuella bestämmelsen. Med stöd av bestämmelsen ska slutandet av ett upphandlingskontrakt dessutom skjutas upp i situationer där den upphandlande enheten frivilligt har sänt en annons för publicering i Europeiska unionens officiella tidning och upphandlingskontraktet kan slutas först efter den tidsfrist som avses i 81 §.

Det att ett upphandlingskontrakt sluts i strid med det förbud som avses i bestämmelsen innebär en situation som kan jämföras med en väntetidsförseelse och då kan marknadsdomstolen ålägga den upphandlande enheten att betala en ogiltighetspåföljd enligt 98 § eller bestämma om en påföljdsavgift eller förkortning av kontraktperioden enligt vad som föreslås i 100 §.

Informationen till de upphandlande enheterna om de upphandlingsärenden som anhängiggjorts vid marknadsdomstolen delges på de två olika sätt som anges i 90 § i lagen.

Enligt 2 mom. ska den upphandlande enheten trots marknadsdomstolens beslut iakttä väntetiden eller den tidsfrist som avses i 81 §

tills väntetiden eller tidsfristen går ut, fastän marknadsdomstolen avgör verkställighetsärendet eller faller ett avgörande i huvudsaken innan väntetiden eller tidsfristen har löpt ut. I försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet förutsätts det att tidsfristerna alltid ska iakttas tills de har löpt ut.

Eftersom marknadsdomstolen ska ha möjlighet att genom ett temporärt beslut tillåta att ett upphandlingskontrakt sluts innan den faller ett avgörande i huvudsaken, är den föreslagna paragrafen fast förknippad med den föreslagna 93 §, som gäller marknadsdomstolens temporära beslut. I sådana situationer där en upphandlande enhet, den anbudsgivare som vunnit anbudstävlingen eller någon annan eventuell part anser att det att ett upphandlingskontrakt inte kan slutas för motparten, för övriga aktörers rättigheter, för statens säkerhetsintressen eller för det allmänna intresset orsakar större skada än de fördelar som åtgärden skulle medföra, kan nämnda instanser kräva att marknadsdomstolen ska tillåta att upphandlingskontraktet verkställs redan innan den faller ett avgörande i huvudsaken. När marknadsdomstolen överväger om den ska tillåta att ett upphandlingsbeslut verkställs bör den beakta de omständigheter som nämns i det föreslagna 93 § 2 mom. Om marknadsdomstolen beslutar tillåta att upphandlingsbeslutet verkställs, ska den upphandlande enheten dock inte kunna sluta ett upphandlingskontrakt förrän väntetiden eller den tidsfrist som avses i 81 § har gått ut.

Om ingen av dem som saken gäller kräver att marknadsdomstolen ska tillåta verkställigheten av ett upphandlingsbeslut, uttalar sig marknadsdomstolen i regel inte om saken på tjänstens vägnar. Förbudet att sluta ett upphandlingskontrakt fortsätter i sådana fall fram till dess att marknadsdomstolen bestämmer något annat. Ordalydelsen i den föreslagna 93 § hindrar emellertid inte marknadsdomstolen från att uttala sig om saken även på tjänstens vägnar. I praktiken ska ett beslut om saken i regel fattas endast utifrån ett krav om detta. Eftersom marknadsdomstolens prövning föreslås vara bunden till de omständigheter som anges i 93 § 2 mom., ska marknadsdomstolen i alla fall få en redogörelse om de omständigheter som är av betydelse

med tanke på 93 § 2 mom. så att den kan avgöra verkställighetsärendet.

I sådana situationer där ett ändringssökande inte med stöd av den föreslagna lagen skjuter upp slutandet av ett upphandlingskontrakt ska den som söker ändring kräva att marknadsdomstolen temporärt förbjuder verkställigheten av upphandlingsbeslutet för att verkställigheten av upphandlingsbeslutet ska kunna avbrytas. Till dessa delar redogörs det närmare för förfarandet i samband med motiveringen till 93 §.

Paragrafen har samma innehåll som 90 § i upphandlingslagen.

93 §. Marknadsdomstolens temporära beslut. I paragrafen föreskrivs om marknadsdomstolens temporära beslut. Bestämmelsen är fast förknippad med den föreslagna bestämmelsen i 94 § om den upphandlande enhetens temporära förbindelse. Bestämmelsen grundar sig på artikel 56 i försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet.

I 1 mom. anges det att när besvären har anhängiggjorts kan marknadsdomstolen temporärt förbjuda, avbryta eller tillåta verkställigheten av upphandlingsbeslutet eller annars bestämma att upphandlingsförfarandet temporärt ska avbrytas för den tid ärendet behandlas i marknadsdomstolen. Till den grupp av temporära beslut om vilka ska bestämmas i enlighet med upphandlingslagen ska fogas också tillåtandet av verkställigheten av ett upphandlingsbeslut. Detta är nödvändigt i sådana situationer där förhindrandet av verkställigheten av ett upphandlingsbeslut enligt 92 § i lagen orsakar större skada för motparten, för andra personers rättigheter, för statens säkerhetsintressen eller för det allmänna intresset än de fördelar som åtgärden medför. I sådana situationer kan marknadsdomstolen tillåta verkställigheten av upphandlingsbeslutet trots de uppskjutande effekterna till följd av 92 § i lagen. I samband med sådana upphandlingar där väntetiden inte behöver iaktas och där ett ändringssökande som skjuter upp slutandet av ett upphandlingskontrakt sålunda inte heller är tillämpligt, ska den som saken gäller kräva att marknadsdomstolen temporärt förbjuder verkställigheten av upphandlingsbeslutet för den tid ärendet behandlas i marknadsdomstolen, så att verkställigheten av upphandlingsbeslutet kan avbrytas.

Om den upphandlande enheten då inte ger en sådan i 94 § avsedd frivillig förbindelse att låta bli att verkställa upphandlingsbeslutet så länge ärendet är anhängigt i marknadsdomstolen, ska marknadsdomstolen fatta ett temporärt beslut om saken.

I 2 mom. föreskrivs om de omständigheter som bör beaktas vid den prövning som gäller marknadsdomstolens temporära beslut. Momentet är tillämpligt på alla de situationer som avses i 1 mom. Sålunda ska prövningen basera sig på samma faktorer oberoende av om det är fråga om att förbjuda eller avbryta verkställigheten av ett upphandlingsbeslut eller om att tillåta verkställigheten av upphandlingsbeslutet.

Marknadsdomstolen ska i sin prövning överväga förhållandet mellan den åtgärd som avses i 1 mom. och motpartens eller andras rättigheter, statens säkerhetsintressen eller det allmänna intresset. Till exempel den upphandlande enhetens skyldighet att sköta sina lagstadgade förpliktelser bör i princip inte äventyras genom ett temporärt förbudsbeslut av marknadsdomstolen. De eventuella nackdelarna med ett negativt beslut som gäller verkställigheten av en upphandling kan komma att gälla medborgare och deras rätt att få vissa tjänster som har garanterats i lag.

I paragrafens 2 mom. ska också statens säkerhetsintressen nämnas. Marknadsdomstolens temporära beslut bör inte äventyra eller försvaga myndighetens möjlighet att på adekvat sätt sörja för statens säkerhet och försvar. Statens säkerhetsintressen är ett vidsträckt begrepp och de täcker också t.ex. åtgärder som är förknippade med krishanteringsoperationer som genomförs under ledning av Europeiska unionen eller någon annan internationell organisation. I praktiken får t.ex. ett temporärt beslut av marknadsdomstolen inte äventyra Finlands förmåga att som en del av en krishanteringsoperation fullgöra sina internationella åtaganden. Till exempel ett temporärt förbud som gäller ett beslut om upphandling av försvarsmateriel som behövs i en operation kan leda till en situation där de trupper som ska delta i operationen till någon del har en bristfällig utrustning och kan därmed orsaka en säkerhetsrisk.

Det att verkställigheten av ett upphandlingsbeslut förbjuds eller avbryts får inte hel-

ler leda till en sådan brist i prestationsförmågan hos försvarsmakten som skulle äventyra skötseln i full skala av uppgifterna inom det nationella försvaret. Till exempel om service-, underhålls- och reservdelsupphandling, som förutsätts för att vapen-, spanings- eller övervakningssystemet ska fungera på ett pålitligt sätt, förbjuds eller avbryts för den tid behandlingen av ärendet pågår vid marknadsdomstolen, kan det försvåra och t.o.m. äventyra funktionen hos de system som är kritiska för det nationella försvaret och den nationella säkerheten. Likaså, om verkställigheten av ett beslut som gäller upphandling av ett nytt system eller ny utrustning som är central för statens försvar förbjuds, kan det ifall upphandlingen i värsta fall skjuts fram med flera år leda till att försvarsförmågan blir sämre. En sådan situation kan komma i fråga i synnerhet när man har för avsikt att ersätta ett system som tas ur bruk (t.ex. radarutrustning som är avsedd för territorialövervakningen) med ett nytt system och det gamla systemets driftsalder inte längre kan förlängas. Marknadsdomstolen bör följaktligen i sin övervägning väga det temporära beslutets eventuella för- och nackdelar och fatta det avgörande som anknyter till verkställigheten av upphandlingsbeslutet utgående från denna övervägning. I de principer som styr övervägningen bör ingå bl.a. att de intressen som sammanhänger med statens säkerhet till sin betydelse ska anses viktigare än de ekonomiska intressen som sammanhänger med upphandlingen.

I 3 mom. ska det föreskrivas särskilt att marknadsdomstolen inte ska ha möjlighet att avlåta ett beslut om verkställighet av ett upphandlingsbeslut som gäller upphandlingar enligt 68 § 2 mom. i lagen. De upphandlingar som är förknippade med statens väsentliga säkerhetsintressen är till sin art sådana att dröjsmål i verkställigheten av dem bör undvikas, för att förmågan att fullt ut sköta sina uppgifter inte ska äventyras hos de myndigheter som svarar för den inre och den yttre säkerheten. Marknadsdomstolen ska följaktligen inte ha befogenhet att överväga dessa upphandlingar enligt 2 mom.

Enligt 4 mom. ska en lagfaren medlem av marknadsdomstolen ensam kunna besluta om temporära åtgärder.

Paragrafens 1 och 4 mom. ska stämma överens med 91 § 1 och 3 mom. i upphandlingslagen. Med avvikelse från upphandlingslagen ska i paragrafens 2 mom. särskilt nämnas att en åtgärd som marknadsdomstolen beslutar om inte ska få orsaka skada för statens försvars- och säkerhetsintressen. Dessutom ska det i 3 mom. föreskrivas att i upphandling enligt 68 § 2 mom. ska marknadsdomstolen inte ha möjlighet att fatta temporära beslut om verkställigheten.

94 §. Den upphandlande enhetens temporära förbindelse. I paragrafen föreskrivs om den upphandlande enhetens temporära förbindelse. Syftet med paragrafen är att i lag ta in den upphandlande enhetens möjlighet att frivilligt låta bli att verkställa ett beslut som gäller upphandlingen så länge som ärendet är anhängigt i marknadsdomstolen. Eftersom det är fråga om en förbindelse som varar den tid som ärendet är anhängigt i marknadsdomstolen, föreslås det att förbindelsen i lagen ska benämnas temporär förbindelse. Terminologin motsvarar till dessa delar den terminologi som används i 93 §.

Enligt 1 mom. kan den upphandlande enheten när besvaren har anhängiggjorts ge marknadsdomstolen en skriftlig förbindelse att låta bli att verkställa beslutet om upphandling så länge som ärendet är anhängigt i marknadsdomstolen. Förbindelsen ska ges skriftligen. Med uttrycket skriftligen avses här även möjligheten att ge en förbindelse med elektroniska medel.

Som det även framgår av ordalydelsen i bestämmelsen föreslås bestämmelsen inte vara förpliktande. Bestämmelsen ger den upphandlande enheten endast en möjlighet att ge en förbindelse. Det föreslås likväl att om den upphandlande enheten ger en förbindelse som avses i paragrafen, ska den också iakttas förbindelsen.

I 2 mom. anges det att marknadsdomstolen inte utan särskild orsak ger beslut om krav på ett temporärt förbud att verkställa beslutet om upphandling, om den upphandlande enheten ger marknadsdomstolen en förbindelse som avses i 1 mom. I situationer där den upphandlande enheten har gett marknadsdomstolen en sådan frivillig förbindelse som avses i bestämmelsen, kan marknadsdomstolen överväga huruvida det finns ett behov att

meddela ett separat avgörande i sökandens krav på ett temporärt förbud mot verkställighet av beslutet om upphandling. Ett beslut av marknadsdomstolen ska kunna ges endast av en särskild orsak. Bedömningen av om en särskild orsak föreligger hör till marknadsdomstolen.

Eftersom det ska vara frivilligt att ge en förbindelse, är det i sig också möjligt att återkalla en förbindelse. Om förhållandena i den upphandlande enheten ger anledning att återkalla en förbindelse, ska den upphandlande enheten underrätta marknadsdomstolen om att förbindelsen har återkallats. Marknadsdomstolen ska för sin del delge ändringssökanden att förbindelsen har återkallats. För marknadsdomstolen undanröjs också grunden enligt 2 mom. att låta bli att ge beslut om ett temporärt förbud att verkställa beslutet om upphandling, om ändringssökanden har framfört ett sådant krav i sina besvär. Då ska marknadsdomstolen ge ett beslut om kravet på ett temporärt verkställighetsförbud, om inte ändringssökanden uttryckligen återkallar sitt krav.

Paragrafen motsvarar till övriga delar 92 § i upphandlingslagen, men termen upphandlingsbeslut har i denna lag ändrats till formen beslut om upphandling. Genom detta eftersträvar man att beakta att de temporära beslut som marknadsdomstolen avger kan gälla också andra beslut som fattas i samband med ett upphandlingsförfarande och inte bara det egentliga upphandlingsbeslutet. I synnerhet det etappvisa genomförandet av försvars- och säkerhetsupphandlingar med användning av selektivt förfarande eller förhandlat förfarande gör att den upphandlande enheten har ett behov att fatta också andra beslut än det egentliga upphandlingsbeslutet i samband med upphandlingsförfarandet. Med en formulering som avviker från upphandlingslagens försöker man uppmärksamma detta faktum.

95 §. Temporär organisering av upphandling. I paragrafen bestäms om den upphandlande enhetens rätt att temporärt organisera upphandlingen under den tid överklagandet pågår. Det har i rättspraxis som gäller upphandlingslagen konstaterats att sådan temporär organisering som upphör när domstolen ger sitt avgörande i saken inte äventyrar sö-

kandens rättsskydd. I detta fall har marknadsdomstolen fortfarande tillgång till de primära påföljdsalternativen, bl.a. möjlighet att ålägga den upphandlande enheten att rätta till sitt felaktiga förfarande eller möjlighet att helt eller delvis upphäva den upphandlande enhetens beslut (t.ex. MD 129–130/09 och MD 534/08). Enligt rättspraxis kan den upphandlande enheten ordna en upphandling utan anbuds förfarande ända tills man har hunnit genomföra ett nytt anbuds förfarande enligt ett beslut som har getts med anledning av ändringssökande i en situation där de tjänster som den upphandlande enheten ordnar används av kunder vars intresse har förutsatt att tjänsterna ordnas utan avbrott (t.ex. MD 308/09).

Syftet med bestämmelsen är att klarlägga praxis för i hur stor utsträckning en upphandlande enhet kan organisera en upphandling som är föremål för ändringssökande under den tid ändringssökandet pågår. Avsikten med bestämmelsen är inte att ändra regleringen av direktupphandling. För direktupphandling har i lagen föreskrivits strikta förbehåll och direktupphandling genomförs oftast helt utan konkurrensutsättning. Av denna orsak föreslås striktare förutsättningar för direktupphandling än de som nu ska föreskrivas för temporär organisering av upphandling. Om förutsättningarna för direktupphandling dock uppfylls, kan den upphandlande enheten om den så vill alternativt genomföra upphandlingen som direktupphandling.

Enligt 1 mom. kan den upphandlande enheten organisera upphandlingen för den tid ändringssökandet pågår, om upphandlingen på grund av sin art inte kan skjutas upp för den tid som ärendet behandlas i domstolen. En organisering av upphandlingen förutsätter en bedömning av om det finns ett omedelbart behov av upphandling eller om upphandlingen kan skjutas upp för den tid ändringssökandet pågår. Ett behov av att organisera upphandlingen föreligger i regel i t.ex. en sådan situation där den upphandlande enheten har en lagstadgad skyldighet att ordna en tjänst eller det vid upphandlingen är fråga om en sådan varu- eller tjänstenyttighet som den upphandlande enheten behöver för att sköta sina uppgifter. Värdet av upphandlingen har i

regel inte någon betydelse för bedömningen. Utöver den upphandlande enhetens egen verksamhet kan under motsvarande förutsättningar beaktas de behov som den upphandlande enhetens kunder har t.ex. då en sådan inköpscentral som avses i 10 § i lagen ansvarar för konkurrensutsättningen.

Den upphandlande enheten kan temporärt organisera upphandlingen endast för sådana kandidater eller anbudsgivare eller tidigare leverantörer som har deltagit i upphandlingsförfarandet, även om dessa inte har deltagit i det upphandlingsförfarande som är föremål för ändringssökandet. Det föreslås att temporär organisering av en upphandling inte regleras i övrigt. Den upphandlande enheten kan i varje enskilt fall med beaktande av upphandlingens karaktär välja leverantör på det mest ändamålsenliga sättet. Alternativt kan den upphandlande enheten överväga att ordna upphandlingen som direktupphandling, om de förutsättningar för direktupphandling som har bestämts i lagen uppfylls.

I 2 mom. begränsas den temporära organiseringen av en upphandling så att de temporära arrangemangen inte får hindra att de primära rättsmedel som marknadsdomstolen har till sitt förfogande används på det sätt som anges i 96 § 1 mom. 1–3 punkten. I praktiken innebär bestämmelsen att den upphandlande enheten begränsar de temporära arrangemangen så att de upphör i och med domstolens avgörande eller senast då ett fel i ett tidigare upphandlingsförfarande har rättats till följd av ett avgörande om ändringssökandet. Det rekommenderas att de avtalsvillkor som gäller temporär organisering ska kunna sägas upp så att de upphör till följd av marknadsdomstolens avgörande.

Paragrafen har samma innehåll som 93 § i upphandlingslagen.

96 §. Påföljder som bestäms av marknadsdomstolen. I 1 mom. fastställs de rättsmedel som hör till marknadsdomstolens behörighet. För att rättsmedlen ska kunna tillämpas förutsätts att vid en upphandling har förfarits i strid med denna lag eller med de bestämmelser som utfärdats med stöd av den eller med Europeiska unionens lagstiftning. Marknadsdomstolen kan enligt 1 mom. 1–3 punkten helt eller delvis upphäva ett beslut av den upphandlande enheten, förbjuda den upp-

handlande enheten att tillämpa en oriktig punkt i ett dokument som gäller upphandlingen eller att annars iaktta ett oriktigt förfarande eller ålägga den upphandlande enheten att korrigera sitt oriktiga förfarande. I 4 punkten nämns gottgörelse och i 5—7 punkten ett upphandlingskontrakts ogiltighet, påföljdsavgift samt förkortning av kontraktsperioden. De sist nämnda påföljderna grundar sig på artikel 60 och 61 i försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet.

Enligt 2 mom. ska de påföljder som avses i 1 mom. 4—7 punkten kunna bestämmas endast, om de förutsättningar som föreslagits för dessa påföljder i 97—100 § uppfylls. Innan de påföljder som föreskrivs i 4—7 punkten påförs är det viktigt att klarlägga om ett avtalsförhållande har uppstått. Om ett skriftligt kontrakt inte har slutits, bör tillkomsten av ett avtal bedömas utifrån omständigheterna. Med tanke på en effektiv användning av rättsmedel och prövningen av påföljder bör man med ett skriftligt kontrakt jämställa sådana situationer i vilka man av omständigheterna kan sluta sig till att den upphandlande enheten och anbudsgivaren uttryckligen har börjat genomföra upphandlingen. Fastställandet av förekomsten av ett tyst avtal utifrån omständigheterna är inte helt entydigt. Vid prövningen bör det fästas särskild uppmärksamhet vid om den upphandlande enheten efter upphandlingsbeslutet har gett sitt uttryckliga samtycke till genomförandet av upphandlingen eller om anbudsgivaren har börjat genomföra upphandlingen för den upphandlande enheten i den utsträckningen att det inte längre är fråga om vanliga förberedande åtgärder i anslutning till den aktuella upphandlingen. Den bedömning av omständigheterna som gäller tillkomsten av ett upphandlingskontrakt får dock inte hindra att den upphandlande enheten och den anbudsgivare som vunnit upphandlingsförfarandet inleder sitt samarbete genom att förhandla om ett kontrakt och genom att vidta vanliga förberedande åtgärder för upphandlingen.

Marknadsdomstolen ska inom ramen för lagstiftningen ha prövningsrätt vid bestämmandet av påföljder. Marknadsdomstolen ska dock vid användningen av sin prövningsrätt beakta ett effektivt förverkligande av rättsskyddet och målen för försvars- och säker-

hetsupphandlingslagstiftningen. På så sätt ska ett oriktigt upphandlingsförfarande primärt åtgärdas genom de primära påföljder eller realmedel som förtecknas i 1 mom. 1—3 punkten. När marknadsdomstolen bestämmer en påföljd ska den också ta i beaktande i vilken utsträckning som felet i förfarandet har påverkat förverkligandet av ett effektivt rättsskydd för parterna. Ett fel som inte påverkar slutresultatet av den upphandlande enhetens upphandlingsförfarande kan alltså inte leda till att en påföljd bestäms. Ovan nämnda principer har också styrt tillämpningen av upphandlingslagen i domstolarna.

Konsekvensen av den upphandlande enhetens fel kan också försvinna t.ex. för att den upphandlande enheten själv beslutar att avbryta upphandlingsförfarandet. Den rättsfråga som då ska avgöras av marknadsdomstolen är om den upphandlande enheten har haft sådana grunder att avbryta förfarandet enligt 75 §, där det centrala är att pröva om den upphandlande enhetens förfarande har påverkat ett jämlikt och icke-diskriminerande bemötande av anbudssökande eller anbudsgivare. I praktiken ska en påföljd inte heller bestämmas i en sådan situation där den upphandlande enheten inte på det sätt som förutsätts i försvars- och säkerhetsupphandlingslagen har motiverat sitt upphandlingsbeslut, men den upphandlande enheten vid en senare tidpunkt under förfarandets gång framför en godtagbar motivering.

Enligt 3 mom. kan ett upphandlingskontrakts ogiltighet som nämns i 1 mom. 5 punkten tillämpas endast vid varuupphandling som överstiger EU-tröskelvärdet, tjänsteupphandling enligt bilaga A och byggentreprenader. Förutom vid ovan nämnda upphandlingsslag kan marknadsdomstolen bestämma en påföljdsavgift och förkorta kontraktsperioden enligt vad som nämns i 1 mom. 6 och 7 punkten vid sådan tjänsteupphandling enligt bilaga B som överstiger EU-tröskelvärdet. Vid upphandling som understiger ett EU-tröskelvärde kan som alternativ till realmedel tillämpas gottgörelse, om förutsättningarna för detta uppfylls.

Enligt 4 mom. ska marknadsdomstolen endast kunna påföra den upphandlande enheten en gottgörelseavgift i sådan upphandling som avses i 68 § 2 mom. i denna lag. Upphand-

ling som avses i 68 § 2 mom. är sådan försvarsupphandling där förutsättningarna enligt artikel 346.1 b i EUF-fördraget uppfylls.

Avgränsningen av de påföljder som marknadsdomstolen har till sitt förfogande enligt 4 mom. baserar sig på den särskilda betydelse för Finlands försvarsförmåga som upphandling enligt 68 § 2 mom. har. Uteslutandet av användningen av realmedel begränsar de rättsmedel som anbudsgivaren och anbudssökanden har till sitt förfogande. När det övervägs hur betydelsefull avgränsningen och statens väsentliga säkerhetsintressen som sammanhänger med dessa upphandlingar är, kan det dock anses att avgränsningen är motiverad. Genom att realmedlen eller de påföljder som inverkar på upphandlingskontraktet utesluts, säkerställs att det inte uppkommer ett sådant dröjsmål med genomförandet av upphandlingen som kan äventyra Finlands förmåga att helt och fullt sköta sitt nationella försvar och sin säkerhet. Avgränsningen kan inte heller anses strida mot andan i 21 § i grundlagen, eftersom en anbudssökande eller anbudsgivare som upplever att hans eller hennes rätt har kränkts i upphandlingsförfarandet kan få sitt ärende behandlat i domstol. Marknadsdomstolen kan genom att påföra en gottgörelse sanktionera den upphandlande enhetens felaktiga förfarande eller försummelse och den anbudssökande eller anbudsgivare som anfört besvär har möjlighet att få ekonomisk ersättning för den skada den lidit. Också i fråga om dessa upphandlingar bör anbudssökanden eller anbudsgivaren dock alltid kunna bevisa att denne vid ett felfritt förfarande hade haft en verklig chans att bli vald till leverantör i upphandlingen.

Jämfört med nuläget förbättrar den föreslagna modellen anbudsgivarnas rättsskydd. I fråga om de försvars- och säkerhetsupphandlingar som ställts utanför upphandlingslagens tillämpningsområde (7 § 1 mom. 1 och 2 punkten i upphandlingslagen) har inga särskilda rättsmedel föreskrivits i dagens läge. I dessa upphandlingar har en anbudssökande och en anbudsgivare kunnat lämna in sitt ärende till behandling i domstol genom att anföra förvaltningsbesvär enligt förvaltningsprocesslagen. Genom den lag som det nu föreslås att ska bli stiftad definieras de rättsmedel klart som anbudssökanden och

anbudsgivaren har till sitt förfogande också i fråga om de upphandlingar som står utanför EU-regleringen enligt försvars- och säkerhetsupphandlingslagen. Till dessa delar kan det anses att rättssäkerhetsprincipen, som säger att bestämmelser ska vara så klara och exakta att rättssubjekten kan få information om sina rättigheter och skyldigheter utan att något förblir oklart om detta, uppfylls bättre än i dagens läge.

Paragrafen motsvarar till övriga delar 94 § i upphandlingslagen, men den i 4 mom. ingående avgränsningen av de påföljder som står till marknadsdomstolens förfogande är i användning endast i försvars- och säkerhetsupphandlingslagen.

97 §. Gottgörelse. Gottgörelse är den sekundära påföljd som marknadsdomstolen kan använda sig av och som i regel endast tillämpas då marknadsdomstolen inte kan ingripa mot ett olagligt förfarande av den upphandlande enheten genom de påföljder som fastställs i 96 § 1 mom. 1–3 punkten i lagen. Marknadsdomstolen ska kunna besluta att den inte påför någon gottgörelse, om den upphandlande enheten har avstått från att verkställa upphandlingsbeslutet under den tid ärendet behandlas i marknadsdomstolen. Dessutom bestäms ett maximibelopp för gottgörelsen.

Enligt 1 mom. kan gottgörelse i regel påföras när det är omöjligt att tillämpa marknadsdomstolens primära påföljder, dvs. realmedel, eftersom upphandlingskontraktet redan har slutits. I stället för realmedel kan även gottgörelse påföras, om realmedlen kan orsaka större skada för den upphandlande enheten, för övriga aktörers rättigheter, för statens säkerhetsintressen eller för det allmänna intresset än de fördelar som åtgärden skulle medföra. Om den upphandlande enheten har slutit ett upphandlingskontrakt i en upphandling som överstiger EU-tröskelvärdet utan att iaktta väntetiden eller trots ett ändringssökande som skjuter upp upphandlingskontraktet eller om den upphandlande enheten har slutit upphandlingskontraktet utan konkurrensutsättning, är ogiltighet, påföljdsavgift och förkortning av kontraktperioden de primära rättsmedlen. Om det i fråga om en upphandling som överstiger det nationella tröskelvärdet har slutits ett upphandlingskontrakt

innan besvären har anhängiggjorts i marknadsdomstolen, kan i upphandlingen gottgörelse påföras.

En förutsättning för gottgörelse är i enlighet med 96 § 1 mom. 4 punkten att det har skett ett fel vid upphandlingsförfarandet och att sökanden om förfarandet hade varit felfritt skulle ha haft en realistisk möjlighet att bli vald till leverantör vid upphandlingen. För att gottgörelse ska kunna påföras ska båda dessa villkor uppfyllas. Gottgörelse kan åläggas att betalas till en sådan part som skulle ha haft en realistisk möjlighet att vinna anbudsförfarandet. Ändringssökanden ska kunna visa detta.

I rättspraxis som gäller upphandlingslagen har det visat sig att bedömning i efterhand av slutresultatet av sådana anbudstävlingar som inte har slutförts har varit förknippad med vissa osäkerhetsfaktorer, t.ex. av vilka företag anbud skulle ha begärts, vilka företag som skulle ha lämnat ett anbud, hurudana anbud som skulle ha lämnats och hurudana lämplighetskrav och grunder för anbuden som skulle ha tillämpats. Därför har högsta förvaltningsdomstolen i sitt avgörande HFD 2006:49 bedömt att det i målet (entreprenad för reparation av byggnadsfasad) på grundval av de anbudskalkyler som företetts i efterhand eller andra i målet framlagda bevis inte med tillräcklig säkerhet hade kunnat klarläggas om de sökande, som inte hade kunnat lämna anbud men som vid inlämnandet av ansökan till marknadsdomstolen hade känt till entreprenadpriset, vid ett felfritt förfarande skulle ha haft ett reellt tillfälle att vinna anbudstävlan. I den rättspraxis som gällde under konkurrensrådets tid (KR 27.2.2002 diarienummer 143/690/2001) har gottgörelse påförts en sökande i en situation av direktupphandling när sökanden tidigare hade vunnit två upphandlingsförfaranden som anordnats av samma upphandlande enhet.

Marknadsdomstolen ska dock kunna låta bli att påföra gottgörelse i en situation där den upphandlande enheten har avstått från att verkställa det upphandlingsbeslut som är föremål för besvär under den tid ändringssökandet pågår. Genom bestämmelsen utökas marknadsdomstolens prövningsrätt vid påförande av gottgörelse jämfört med den gällande lagen. I upphandlingar som hör till till-

lämningsområdet för upphandlingslagen har den långvariga behandlingen i marknadsdomstolen lett till situationer där primära rättsmedel inte längre har stått till förfogande, eftersom kontraktperioden för upphandlingen till stor del eller helt har hunnit löpa ut medan ändringssökandet pågick. Den upphandlande enheten har då ålagts att betala sökanden en gottgörelse, om de grunder för påförande av gottgörelse som gäller sökanden har uppfyllts. Genom att avhålla sig från att verkställa upphandlingsbeslutet har den upphandlande enheten dock genom sitt eget handlande försökt säkerställa att marknadsdomstolen har primära rättsmedel till sitt förfogande i ärendet. I en situation där behandlingen av ärendet i marknadsdomstolen har räckt länge av orsaker som inte beror på den upphandlande enheten, kan marknadsdomstolen i fortsättningen låta bli att påföra gottgörelse.

I 2 mom. ställs en gräns för hur stor gottgörelsen får vara. Gottgörelsebeloppet får utgöra högst 10 procent av upphandlingens värde. Den uppställda gränsen ska få överskridas endast av särskild orsak. Som särskilda orsaker kan anses t.ex. en skada som orsakas av ändringssökanden på grund av en försummelse eller oriktighet av den upphandlande enheten, inklusive beloppet av den rörelsevinst som ändringssökanden har förlorat, samt arten av den upphandlande enhetens fel och hur klandervärdt enhetens förfarande har varit. Behovet att fastställa ett högsta värde baserar sig på att med beaktande av bestämmelserna i 2 § 3 mom. i grundlagen ska grunderna för fastställande av en sanktion vid administrativa sanktioner fastställas på motsvarande sätt som vid straffrättsliga sanktioner. Vid administrativa sanktioner ska åtminstone maximibeloppet av sanktionen fastställas. Gränsvärdet på 10 procent, som det föreskrivs om, hänför sig sålunda uttryckligen till gottgörelsens karaktär av sanktion.

Vid bedömningen av gottgörelsens belopp ska marknadsdomstolen i första hand beakta de faktorer som hänför sig till det oriktiga förfarandet, såsom oriktighetens eller försummelsens art, det totala värdet av den upphandling som är föremål för besvär och de kostnader och den skada som anbudssökanden orsakats. Sökanden är skyldig att styrka

beloppet av den skada som det oriktiga förfarandet orsakat.

Påförande av gottgörelse utgör inget hinder för sökanden att söka skadestånd vid en allmän underrätt, om den skada som orsakats sökanden överskrider den gottgörelse som utdömts. Påförande av gottgörelse ska inte heller hindra ändringssökanden från att kräva påföljdsavgift vid upphandling som överstiger EU-tröskelvärdet. Gottgörelsen ska dock beaktas vid bedömningen av ersättningskyldigheten och ersättningsbeloppet i fråga om skadestånd och påföljdsavgift.

Paragrafen motsvarar till övriga delar 95 § i upphandlingslagen, men till 1 mom. har som grund för påförande av gottgörelse fogats en eventuell större skada för statens säkerhetsintressen som orsakas av en annan påföljd.

98 §. Ogiltighetspåföljd. I paragrafen bestäms om förutsättningarna för att tillämpa ogiltighetspåföljd. Paragrafen motsvarar artikel 60 i försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet. Bestämmelserna om ogiltighet ska endast tillämpas på varuupphandling som överstiger EU-tröskelvärdet, tjänsteupphandling enligt bilaga A samt byggtreprenader. Ogiltighet ska dock inte tillämpas på sekundär tjänsteupphandling enligt bilaga B och inte heller på upphandling enligt 68 § 2 mom. i denna lag.

Enligt 1 mom. 1 punkten kan marknadsdomstolen konstatera att upphandlingskontraktet är ogiltigt om den upphandlande enheten i strid med lagen har gjort en direktupphandling som avses i 22 och 23 §, och den upphandlande enheten inte har sänt en annons om direktupphandling för publicering i enlighet med 81 §. Marknadsdomstolen kan inte förklara ett upphandlingskontrakt ogiltigt om den upphandlande enheten har sänt en i 81 § avsedd annons om direktupphandling för publicering och iakttagit väntetiden på 14 dagar innan upphandlingskontraktet slöts. Genom att iaktta annonsförfarandet kan den upphandlande enheten säkerställa att upphandlingskontraktets bindande verkan inte kan påverkas genom sökande av ändring.

Enligt 1 mom. 2 punkten kan en ogiltighetspåföljd på föras också i sådana fall där den upphandlande enheten har slutit ett upphandlingskontrakt, fastän den väntetid som

föreskrivs i 79 § måste iakttas vid upphandlingen.

Enligt 1 mom. 3 punkten kan marknadsdomstolen konstatera att upphandlingskontraktet är ogiltigt, om den upphandlande enheten i strid med 92 § har slutit ett upphandlingskontrakt, fastän upphandlingsärendet har förts till marknadsdomstolen för avgörande. Förbudet att sluta ett upphandlingskontrakt i strid med ändringssökandets uppskjutande effekt samt att på denna grund påföra en ogiltighetspåföljd avses gälla situationer där den upphandlande enheten är skyldig att iaktta väntetiden.

I 2 mom. föreskrivs det om en ytterligare förutsättning som gäller 1 mom. 2 och 3 punkten och enligt vilken marknadsdomstolen kan konstatera att upphandlingskontraktet är ogiltigt endast om den upphandlande enheten har begått ett annat fel som strider mot denna lag och som har påverkat sökandens möjligheter att få upphandlingskontraktet. Om den upphandlande enheten har låtit bli att iaktta väntetiden eller slutit ett upphandlingskontrakt i strid med 92 §, men inte har begått något annat fel som strider mot upphandlingslagen, ska påföljden vara en i 100 § avsedd påföljdsavgift.

I 3 mom. föreskrivs det om ogiltighetspåföljd vid konkurrensutsättning som grundar sig på ramavtal vid upphandling som överstiger EU-tröskelvärdet. Bestämmelsen grundar sig på artikel 58 c och 60.1 c i försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet.

Vid upphandling som grundar sig på ramavtal kan den upphandlande enheten med stöd av 80 § välja om den vid upphandlingen ska iaktta väntetiden innan upphandlingskontraktet sluts eller inte. Trots denna prövningsrätt förutsätter försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet att domstolen vid konkurrensutsättning som grundar sig på ramavtal och som överstiger EU-tröskelvärdet ska kunna bestämma en ogiltighetspåföljd för upphandlingskontraktet, om vid konkurrensutsättningen inte har iakttagits de krav som har ställts på förfarandet. Konkurrensutsättning som grundar sig på ramavtal ska ske med iakttagande av de förfaranden som föreskrivs i 27 § 2 och 3 mom. i lagen. Om man inte har gått tillväga på det sättet vid upphandlingen, kan upphandlingskontraktet för-

klaras ogiltigt. I detta skede av förfarandet kan man dock inte undersöka ramavtalets lagenlighet i större utsträckning, eftersom leverantörerna har haft möjlighet att använda rättsmedel till denna del redan då ramavtalet upprättades.

Enligt 4 mom. kan en ogiltighetspåföljd endast gälla sådana kontraktsförpliktelser som är uppfyllda i det ögonblick marknadsdomstolen ger sitt beslut. Marknadsdomstolen kan rikta ogiltigheten också till sådana kontraktsförpliktelser som är uppfyllda i det ögonblick upphandlingsärendet anhängiggörs och som det är förbjudet att uppfylla med stöd av 92 § i lagen eller för vilkas vidkommande den upphandlande enheten har gett en förbindelse som avses i 94 §. Eftersom ogiltighetspåföljden innebär att man på ett betydande sätt ingriper i ett kontrakts bindande verkan, ska marknadsdomstolen då den ålägger ogiltighetspåföljder klart fastställa vilka kontraktsförpliktelser den förklarar ogiltiga.

Om upphandlingskontraktet förklarar ogiltigt, blir det upphandlingsbeslut som gäller kontraktet i praktiken utan verkan. Därför kan marknadsdomstolen när den bestämmer en ogiltighetspåföljd samtidigt använda realmedel enligt 96 § 1 mom. 1—3 punkten, t.ex. helt eller delvis undanröja upphandlingsbeslutet.

Det föreslås att ogiltighetspåföljden är en från den avtalsrättsliga ogiltigheten separat upphandlingsrättslig påföljdsform som ska komma på fråga endast vid upphandling som överstiger EU-tröskelvärdet. Trots vissa likheter mellan de eventuella verkningarna av ogiltighet är syftet med den föreslagna bestämmelsen inte att försöka ändra den vedertagna avtalsrättsliga läran om ett avtals ogiltighet, och därför är det här inte fråga om en ny avtalsrättslig ogiltighetsgrund. Det föreslås att ogiltighet ska vara en till sin rättsliga karaktär administrativ påföljd, som riktar sig till en upphandlande enhet som har försummat sin förpliktelse enligt försvars- och säkerhetsupphandlingslagstiftningen och till dennas avtalspart.

När marknadsdomstolen förklarar ett upphandlingsavtal ogiltigt ska den beakta motsvarigheten i verkställandet av kontraktsparternas förpliktelser. Ogiltighetspåföljden ska jämnt hänföras till parternas motsvarande

uppfyllda förpliktelser, även om parternas praktiska fullgörande av kontraktsförpliktelserna förläggs på olika sidor om tidpunkten för domstolens beslut. Om det inte är möjligt att få prestationerna att stämma överens, kan en grundlös förmån som den ena kontraktsparten har fått återbetalas enligt allmänna förmögenhetsrättsliga läror. Vid fastställandet av hur kontraktsförpliktelserna ska uppfyllas bör också överföring av äganderätt ges en mera avgörande vikt än överföring av besittningsrätt.

Då marknadsdomstolen fastställer en ogiltighetspåföljd ska den enligt 100 § 1 mom. bestämma att den upphandlande enheten samtidigt ska betala staten en påföljdsavgift som avses i 96 § 1 mom. 6 punkten.

Paragrafen motsvarar till innehållet 96 § i upphandlingslagen.

99 §. När ogiltighetspåföljd inte bestäms. I paragrafen föreskrivs om sådana situationer där marknadsdomstolen kan bestämma att ett upphandlingskontrakt inte ska förklarar ogiltigt. Paragrafen motsvarar artikel 60 i försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet.

Enligt 1 mom. kan marknadsdomstolen bestämma att ogiltighetspåföljd inte ska bestämmas, om det med hänsyn till det allmänna intresset eller statens säkerhetsintressen finns tvingande skäl att hålla kontraktet i kraft. Marknadsdomstolen ska undersöka alla väsentliga synpunkter för att kunna fastställa om verkningarna av kontraktet ska hållas gällande av skäl som gäller det som nämns ovan. Dylika exceptionella situationer kan vara exempelvis sådana hotande situationer som äventyrar folkhälsan eller den allmänna säkerheten. Statens säkerhetsintressen kan för sin del motivera att en ogiltighetspåföljd inte bestäms i sådana situationer där ogiltighet i fråga om ett kontrakt som gäller en försvarsupphandling kan försvaga eller äventyra Finlands försvarsförmåga eller utvecklandet av den på lång sikt. I praktiken kan det vara frågan om t.ex. en situation där det om ett kontrakt konstateras vara ogiltigt orsakar antingen vid upphandlingstidpunkten eller med beaktande av behandlingstiderna för besvär i framtiden en sådan brist i prestationsförmågan som kan anses äventyra det nationella försvaret. På samma sätt bör en ogiltighetspåföljd inte bestämmas t.ex. vid en sådan

upphandling där det är ytterst viktigt med tanke på den nationella säkerheten att driften i föremålet för upphandlingen kan fortgå utan störningar. Det kan t. ex. vara fråga om upphandling med anknytning till informations- och signalsystem eller upphandling av materiel, en service-, reservdels- eller underhållstjänst som är viktig med tanke på tryggandet av gränserna och som utförs av försvarsmakten eller den myndighet som svarar för statens inre säkerhet. I paragrafen avses med uttrycket tvingande hänsyn till allmänintresset i första hand andra än kontraktsparternas ekonomiska intressen. Sådana ekonomiska intressen som hänför sig direkt till kontraktet, såsom kostnader som orsakas parterna på grund av ogiltighet, kan tillgodose det allmänna intresset endast under sådana exceptionella förhållanden där kostnaderna är oskäliga. Fastän försvars- och säkerhetsintresset i sig är en del av det allmänintresset som nämns i momentet, är det dock motiverat att nämna dessa särskilt i paragrafen, eftersom det i enlighet med 1 § i den föreslagna lagen särskilt måste eftersträvas att genomföra försvars- och säkerhetsupphandlingarna så att de inte äventyrar statens väsentliga säkerhetsintressen.

Enligt 2 mom. ska marknadsdomstolen inte kunna påföra en ogiltighetspåföljd, ifall detta skulle äventyra genomförandet av ett med tanke på statens säkerhetsintressen väsentligt försvars- eller säkerhetsprojekt. I praktiken kan det i ett sådant fall komma i fråga t.ex. upphandling av en byggtreprenad som gäller speciallagerutrymmen för ett nytt robotsystem eller en byggtreprenad som gäller utrymmen för informations- och kommunikationssystem som är centrala för statens säkerhet. I ett sådant fall skulle det dröjsmål i byggtreprenaden som ogiltighetspåföljden medför inte direkt äventyra statens säkerhet. Påförandet av ogiltighetspåföljd skulle emellertid äventyra genomförandet av ett viktigt försvars- och säkerhetsprojekt och härigenom indirekt medföra en risk också för statens säkerhetsintressen.

Paragrafens 1 mom. motsvarar i huvudsak 97 § i upphandlingslagen. Det andra momentet är förknippat med försvars- och säkerhetssektorns särdrag och ingår endast i försvars- och säkerhetsupphandlingslagen.

100 §. Påföljdsavgift och förkortning av kontraktperioden. I paragrafen föreskrivs om påföljdsavgift och om förkortning av kontraktperioden. Paragrafen grundar sig på artikel 60 och 61 i försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet. De påföljder som nämns i 1 och 2 mom. ska tillämpas på varuupphandling som överstiger EU-tröskelvärdet, tjänsteupphandling enligt bilaga A och B samt byggtreprenader. Paragrafens 3 och 4 mom. ska tillämpas endast på sådan tjänsteupphandling enligt bilaga B till denna lag som överstiger EU-tröskelvärdet. Påföljderna enligt paragrafen tillämpas inte alls på tjänstekoncessioner och inte heller på upphandling som avses i 68 § 2 mom. i denna lag.

Enligt 1 mom. 1 punkten ska marknadsdomstolen då den bestämmer ogiltighetspåföljder på grund av uppfyllda förpliktelse enligt kontraktet dessutom bestämma att den upphandlande enheten ska betala staten en påföljdsavgift. I situationer där kontraktsförpliktelse helt eller delvis har uppfyllts då en påföljd påförs kan verkningarna av enbart en ogiltighetspåföljd förlora sin betydelse. I lagen föreslås därför bestämmelser om en påföljdsavgift som ska betalas till staten såsom en särskild påföljd till följd av ogiltighet.

Enligt 1 mom. 2 punkten kan det bestämmas att en påföljdsavgift ska betalas till staten även i situationer där den upphandlande enheten oriktigt har låtit bli att iaktta den väntetid som föreskrivs i 79 § och enligt 1 mom. 3 punkten i situationer där den upphandlande enheten i strid med 92 § har slutit ett upphandlingskontrakt, fastän upphandlingsärendet har förts till marknadsdomstolen för avgörande. I dylika situationer ska påförandet av en påföljdsavgift inte förutsätta att den upphandlande enheten har begått ett annat fel i strid med försvars- och säkerhetsupphandlingslagen. En påföljdsavgift ska emellertid inte kunna påföras om den upphandlande enheten har en i 80 § föreskriven grund att låta bli att iaktta väntetiden.

Enligt 1 mom. 4 punkten ska påföljdsavgift kunna bestämmas i stället för ogiltighetspåföljd, om inte ogiltighetspåföljd med stöd av 99 § bestäms av tvingande hänsyn till allmänintresset eller statens säkerhetsintressen. I stället för en påföljdsavgift eller utöver den

kan marknadsdomstolen då enligt 2 mom. förkorta upphandlingskontraktets giltighetstid så att det upphör efter en tid som bestäms av marknadsdomstolen.

I 3 mom. bestäms om tillämpning av påföljdsavgift och förkortning av kontraktperioden på sådan tjänsteupphandling enligt bilaga B som överstiger EU-tröskelvärdet och på vilken en ogiltighetspåföljd inte kan tillämpas. Förutsättningarna för att tillämpa dessa påföljder motsvarar i regel de förutsättningar för att fastställa ogiltighet som anges i 98 §.

Påföljdsavgift eller förkortning av kontraktperioden är de alternativa påföljderna då en upphandlande enhet har gjort en direktupphandling i strid med 22 §, den upphandlande enheten inte har iakttagit väntetiden enligt 81 § eller den upphandlande enheten efter väntetiden i strid med 92 § har slutit ett upphandlingskontrakt, fastän upphandlingsärendet har förts till marknadsdomstolen för avgörande. Dessutom ska en påföljdsavgift eller förkortning av kontraktperioden kunna bestämmas vid konkurrensutsättning som grundar sig på ramavtal och som gäller B-tjänster analogt med att upphandlingskontraktet i andra situationer förklaras ogiltigt på det sätt som föreslås i 98 § 3 mom.

I 4 mom. förutsätts i fråga om ett upphandlingskontrakt som slutits i strid med 92 §, som gäller försummelse att iaktta väntetiden och den uppskjutande effekten av ett ändringssökande, dessutom att den upphandlande enheten har begått ett annat fel som strider mot försvars- och säkerhetsupphandlingslagen och som har påverkat sökandens möjligheter att få ett upphandlingskontrakt. Om en upphandlande enhet vid sådan tjänsteupphandling enligt bilaga B som överstiger EU-tröskelvärdet har låtit bli att iaktta väntetiden eller slutit ett upphandlingskontrakt i strid med 92 §, men inte har begått något annat fel som strider mot upphandlingslagen, är marknadsdomstolens alternativ till påföljd endast en påföljdsavgift. I fråga om sådana tjänster enligt bilaga B som överstiger EU-tröskelvärdet är påföljdsavgiften sålunda ett påföljdsalternativ både vid väntetidsförseelser och i situationer där nämnda försummelse är förknippad med något annat fel i förfarandet. Sådana eventuella andra fel i förfarandet

som begåtts vid sidan av försummelse att iaktta väntetiden eller bestämmelserna i 92 § kan beaktas vid fastställande av beloppet av påföljdsavgiften.

I 5 mom. bestäms om de omständigheter som marknadsdomstolen ska beakta då den fastställer en påföljdsavgift eller förkortar kontraktperioden för ett upphandlingskontrakt. Då marknadsdomstolen bestämmer en påföljd ska den ta hänsyn till arten av det fel eller den försummelse som den upphandlande enheten gjort sig skyldig till och värdet av den upphandling som är föremål för besvär. Sådana omständigheter kan i praktiken vara t.ex. förhållandet mellan uppfyllda och icke uppfyllda kontraktsförpliktelser eller sådana i strid med försvars- och säkerhetsupphandlingslagen begångna fel i förfarandet som den upphandlande enheten begått vid sidan av att den har låtit bli att iaktta väntetiden och som ändå inte har påverkat ändringssökandens möjligheter att få ett upphandlingskontrakt. Påföljdsavgiftens belopp får inte överstiga 10 procent av upphandlingskontraktets värde. Då en påföljdsavgift bestäms i anslutning till andra påföljder ska hänsyn dessutom tas till lagens 101 §, enligt vilken den sammanlagda effekten av påföljderna inte får bli oskälig för den upphandlande enheten eller dess kontraktspart.

Till övriga delar har paragrafen samma innehåll som 98 § i upphandlingslagen, men hänvisningen till lagen om dynamiska upphandlingssystem och elektronisk auktion saknas.

101 §. Inriktningen och den sammanlagda effekten av påföljderna. I paragrafen föreskrivs det om inriktning av påföljderna och om den sammanlagda effekten av dem. Behovet att reglera den sammanlagda effekten av påföljderna betonas, eftersom påföljderna är flera och den sammanlagda effekten av dem i enstaka tillämpningssituationer kan bli oskälig med tanke på antingen den upphandlande enheten eller dess kontraktspart.

Enligt 1 mom. kan en påföljd inriktas på en upphandlande enhet som agerat på andra upphandlande enheters vägnar. För att marknadsdomstolens behandlingstid i varje konkret tillämpningssituation inte på ett oskäligt sätt ska inriktas på att klarlägga beställarparten, ska man vid prövningen av hur påfölj-

derna inriktas utgå från att påföljden riktas mot den upphandlande enhet som i praktiken har ansvarat för upphandlingsförfarandet. Det rekommenderas att beställarparterna på förhand genom inbördes kontraktsarrangemang ska komma överens om fördelningen av den påföljds- och kostnadsrisk som följer av en rättegång.

Denna utgångspunkt utesluter likväl inte den möjligheten att marknadsdomstolen även kan inrikta påföljderna solidariskt på alla de upphandlande enheter som har deltagit i upphandlingen.

Det föreslås att marknadsdomstolens prövningsrätt i fråga om inriktningen ska preciseras på motsvarande sätt även vid fastställandet av vite och ersättningskyldighet för rättegångskostnader.

I 2 mom. fastställs det inte närmare vad som avses med oskäligen påföljder. Med beaktande av påföljdernas ekonomiska karaktär är det främst fråga om att den sammanlagda effekten av påföljdernas ekonomiska verkningar inte får vara oskäligen i förhållande till den upphandlande enhetens eller dess kontraktsparts ekonomiska bärkraft eller övriga verksamhetsförutsättningar. Enligt förslaget kan de aktörer som är föremål för påföljdsprövningen ge akt på om den sammanlagda effekten av påföljderna blir oskäligen. När marknadsdomstolen upptäcker en oskälighet ska den också på eget initiativ beakta den. Eftersom parterna i upphandlingsförfarandet kan påföras påföljder även i olika skeden och vid olika förfaranden, kan beaktandet av oskälighet vid de senare förfarandena endast riktas mot de påföljder som då behandlas.

Vid prövningen av den sammanlagda effekten av påföljderna beaktas endast sådana påföljder enligt lagen som direkt hänför sig till upphandlingsförfarandet. Vid prövningen av påföljder ska ersättningskyldigheten i fråga om rättegångskostnader eller eventuella vitespåföljder sålunda inte prövas som en del av bedömningen av oskälighet.

Paragrafen har samma innehåll som 99 § i upphandlingslagen till övriga delar, men i 1 mom. har hänvisningen till en sådan upphandlande enhet som inte är en myndighet eller en juridisk person strukits. Enligt 4 § i försvars- och säkerhetsupphandlingslagen

ska en upphandlande enhet alltid vara en myndighet eller en juridisk person.

102 §. Vite. I paragrafen föreskrivs det om de befogenheter som marknadsdomstolen har till sitt förfogande när det gäller att förelägga vite i situationer där marknadsdomstolen förbjuder eller avbryter verkställigheten av ett beslut eller bestämmer om tillgripande av ett i lagen avsett realmedel. Enligt den gällande lagen ska på vite som föreläggs av marknadsdomstolen i övrigt tillämpas viteslagen (1113/1990).

Ordalydelsen i 1 mom. ska vara allmän och i det ska inte räknas upp de olika faserna i marknadsdomstolens beslutfattande. Det föreslås att hot om vite ska kunna användas i alla sådana situationer där marknadsdomstolen förelägger ett förbud eller en förpliktelse enligt lagen. På föreläggande och utdömande av vite ska i övrigt viteslagen tillämpas.

I 2 mom. preciseras dessutom prövningen av hur vitet ska riktas i situationer där en upphandlande enhet har ansvarat för beslutfattandet eller en annan åtgärd som gäller upphandlingen för de övriga upphandlande enheternas räkning. Eftersom det i situationer med samordnad upphandling förekommer stora variationer beträffande t.ex. den omständigheten huruvida de övriga som har deltagit i upphandlingen har delegerat sin beslutanderätt till den upphandlande enhet som i praktiken ansvarar för upphandlingen eller inte, ska det fortfarande vara möjligt att rikta vite även mot de upphandlande enheter som deltar i upphandlingen. Preciseringarna motsvarar den tolkningsmässiga utgångspunkt som avses i 7 § 1 mom. i viteslagen, enligt vilken vite får riktas endast mot en part som har rättslig och faktisk möjlighet att uppfylla huvudförpliktelsen.

Utöver på enheter vid samordnad upphandling ska vite i andra situationer kunna riktas mot den upphandlande enhet som på en annan grund agerar för de övriga upphandlande enheternas räkning.

Paragrafen har till övriga delar samma innehåll som 100 § i upphandlingslagen, men i 2 mom. har hänvisningen till en sådan upphandlande enhet som inte är en myndighet eller juridisk person strukits. Enligt 4 § i försvars- och säkerhetsupphandlingslagen ska

en upphandlande enhet alltid vara en myndighet eller en juridisk person.

103 §. Delgivning av marknadsdomstolens beslut. Bestämmelsen om marknadsdomstolens möjligheter att delge sina egna beslut på elektronisk väg hänför sig till den i lagen även annars föreslagna möjligheten att man i syfte att påskynda förfarandena övergår till att använda elektronisk delgivning med hjälp av elektronisk kontaktinformation. Det föreslås att som ett alternativ till elektronisk delgivning av marknadsdomstolens beslut fortfarande ska tillämpas bevislig delgivning av beslutet enligt vad som föreskrivs i förvaltningsprocesslagen. Bestämmelser om detta primära alternativ finns i 1 mom.

I 2 mom. anges att med ändringssökandens och den upphandlande enhetens samtycke kan marknadsdomstolens beslut med besvärsanvisning delges med användning av den elektroniska kontaktinformation som dessa parter har meddelat marknadsdomstolen. I fråga om meddelandet ska det anses vara tillräckligt att ändringssökanden i sina besvär meddelar att beslutet kan delges elektroniskt med hjälp av den elektroniska kontaktinformation som meddelas i detta syfte. På motsvarande sätt ska den upphandlande enheten i sitt bemötande kunna meddela den elektroniska kontaktinformation som ska användas för att beslutet ska kunna delges elektroniskt.

I praktiken är elektronisk delgivning nödvändigt i situationer där marknadsdomstolen är tvungen att avbryta eller förbjuda verkställigheten av ett upphandlingsbeslut. Trots detta ska elektronisk delgivning även i dessa fall grunda sig på parternas samtycke till att tillämpa detta delgivningssätt.

I paragrafens 3 mom. föreskrivs om när elektronisk delgivning anses ha ägt rum. På motsvarande sätt som i 77 § anses delgivningen ha ägt rum den dag då handlingen har sänts och då det elektroniska meddelande i vilket handlingen ingår har anlänt till mottagarens mottagarapparat så att meddelandet kan hanteras. I annat fall ska motbevis kunna läggas fram om ankomsttidpunkten på motsvarande sätt som då ett upphandlingsbeslut delges elektroniskt enligt 77 §.

Paragrafen har samma innehåll som 101 § i upphandlingslagen.

104 §. Besvärshöjningsförbud. I paragrafen föreskrivs om besvärshöjningsförbud. Enligt 1 mom. ska sådana allmänna förvaltningsrättsliga rättsmedel som överlappar marknadsdomstolens förfarande inte kunna tillämpas i ett upphandlingsärende där marknadsdomstolen har behörighet. I ett ärende som hör till marknadsdomstolens behörighet ska ändring inte få sökas med stöd av kommunallagen eller förvaltningsprocesslagen. I 2 mom. ska det föreskrivas om besvärshöjningsförbud i de upphandlingar som med stöd av lagens 6 § 2 mom., 7, 8 eller 13 § helt har ställts utanför lagens tillämpningsområde. Inte heller i ett beslut eller avgörande som gäller dessa upphandlingar ska ändring få sökas med stöd av kommunallagen eller förvaltningsprocesslagen.

I 1 mom. avses besvärshöjningsförbud att ett upphandlingsärende som hör till marknadsdomstolens behörighet inte mera kan hänskjutas till separat rättsskydds förfarande med stöd av kommunallagen eller förvaltningsprocesslagen. Med tanke på kommunallagen innebär besvärshöjningsförbudet både förbud mot att framställa rättelseyrkande i ärendet och förbud mot att anföra besvär. I speciallagstiftningen har uttrycket ”får ändring inte sökas med stöd av kommunallagen” tolkats så att uttrycket täcker både rättelseyrkande och anförande av besvär. Det föreslås att ett motsvarande uttryck också ska användas i försvars- och säkerhetsupphandlingslagen. Uttrycket medför emellertid inte några begränsningar i fråga om de andra möjligheterna enligt kommunallagen att ta upp ett ärende som avgjorts av en kommunal upphandlande enhet till ny behandling i kommunen. Begränsningen utesluter sålunda inte användningen av den rätt att överta ärenden som grundar sig på kommunallagen.

Begränsningen innebär att en kommuninvånare inte kan framställa ett rättelseyrkande eller anföra besvär om ett beslut som fattats av en kommunal upphandlingsenhet. På basis av marknadsdomstolspraxis som gäller upphandlingslagen kan det konstateras att i nästan alla sådana fall där ett och samma ärende har förts till två olika domstolar för behandling, har den som framställt rättelseyrkandet eller anfört besvären varit en aktör som har deltagit i upphandlingsförfarandet och oftast uttryckligen den aktör som har anhängiggjort

ansökan om rättsskydd för förfarandena i marknadsdomstolen.

Därför bedöms det att begränsningen i praktiken har föga betydelse för kommuninvånarnas allmänna besvärsmätt. Kommunerna gör inga försvarsupphandlingar och de säkerhetsupphandlingar de genomför är sannolikt få till antalet. Dessutom förbättras rättsläget klart till följd av begränsningen eftersom samma ärende inte längre behandlas vid två olika domstolar. Exempelvis kan tidpunkten för när ett upphandlingsbeslut vinner laga kraft nu fastställas entydigt, eftersom endast en domstol ger sitt slutliga avgörande i ärendet.

Begränsningen inskränker inte möjligheterna att åberopa sådana i upphandlingsförfarandet begångna fel i beslutsfattandet som inte grundar sig på försvars- och säkerhetsupphandlingslagen. Till marknadsdomstolens behörighet hör att även i upphandlingsärenden som en prejudicerande fråga ta ställning till påståenden om att ett beslut som fattats i ett upphandlingsärende även på andra grunder strider mot lag. På grund av möjligheten att behandla ett ärende som en prejudicerande fråga är det inte heller ändamålsenligt att ärendet delas upp i två olika rättsskydds-förfaranden.

Enligt 2 mom. får ändring inte sökas med stöd av kommunallagen eller förvaltningsprocesslagen i ett beslut eller avgörande som fattats i en sådan upphandling som med stöd av 6 § 2 mom., 7, 8 eller 13 § har ställts utanför tillämpningsområdet för lagen. Besvär-förbudet innebär att om besvär inte kan anföras över en upphandling hos marknadsdomstolen, ska besvär över den inte heller kunna anföras hos förvaltningsdomstolen med stöd av kommunallagen eller förvaltningsprocesslagen. Begränsningen inskränker möjligheten att åberopa andra felaktigheter i beslutsfattandet än sådana som grundar sig på försvars- och säkerhetsupphandlingslagen i de förfaranden som nämns ovan. I fråga om dessa felaktigheter är det rättsmedel som kvarstår upphandlingsrättelse enligt 85 §. Vidare ska inte heller en underleverantör enligt 2 mom. ha möjlighet att med stöd av kommunallagen eller förvaltningsprocesslagen söka ändring i ett beslut av anbudsgivaren el-

ler den upphandlande enheten, vilket gäller underentreprenad.

De upphandlingar som med stöd av 6 § 2 mom., 7, 8 eller 13 § har ställts utanför lagens tillämpningsområde är till sin art sådana att det inte har ansetts ändamålsenligt att inbegripa dem i tillämpningsområdet för försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet. De avviker till sina realiseringsprinciper och sin karaktär på ett väsentligt sätt från de upphandlingar som omfattas av lagens tillämpningsområde. Inbegripandet av möjligheten till allmänna förvaltningsrättsliga besvär t.ex. i upphandlingar som i sin helhet är sekretessbelagda eller anknyter till underrättelseverksamheten kan inte över huvud taget anses förnuftigt när man beaktar det betydande sekretessintresset som sammanhänger med dessa upphandlingar eller deras betydelse för statens säkerhet.

I grundlagsutskottets utlåtan-depraxis har rätten att söka ändring i ett beslut av en myndighet granskats som en rätt som tryggas i 21 § 1 mom. i grundlagen. Enligt utlåtan-depraxis som ska anses hävdvunnen förutsätter 21 § 1 mom. i grundlagen att ändringssökande tryggas i ett sådant ärende där en myndighets beslut eller annat ställningstagande gäller någons rättighet eller skyldighet som på något sätt har definierats exakt i lagstiftningen (av utlåtan-depraxis under den senaste tiden t.ex. GrUU 18/2007 rd och GrUU 51/2006 rd). I praktiken kan det bedömas att de besvär som gäller upphandling som har ställts utanför lagens tillämpningsområde grundar sig på sådana allmänna förvaltningsrättsliga motiveringar som är överlappande i förhållande till försvars- och säkerhetsupphandlingslagens procedurregler. På grund av detta är det inte motiverat med rättsmedel när man beaktar begränsningarna i tillämpningsområdet för lagens procedurregler.

På de upphandlingar som har ställts utanför lagens tillämpningsområde med stöd av 6 § 2 mom., 7, 8 eller 13 § kan som rättsmedel tillämpas upphandlingsrättelse på det sätt som föreskrivs i 85 § i lagen. Detta gör det möjligt att granska ärendet på nytt uttryckligen ur upphandlingsrättslig synvinkel. Detta förfarande, som är enklare och snabbare än egentlig domstolsbehandling, kan anses vara

väl lämpat som rättsmedel i ovan nämnda upphandlingar.

Paragrafens 1 mom. motsvarar 102 § i upphandlingslagen. Någon bestämmelse av det slag som finns i 2 mom. ingår inte i upphandlingslagen.

105 §. Att överklaga marknadsdomstolens beslut. I paragrafen föreskrivs om sökande av ändring i marknadsdomstolens beslut. Det föreslås att ändringssökandet inskränks så att ändring inte får sökas i marknadsdomstolens avgörande som gäller avbrytande av, förbud mot eller tillåtande av verkställighet. Dessutom förutsätter sökande av ändring hos högsta förvaltningsdomstolen i ett ärende som gäller upphandling som grundar sig på ramavtal eller upphandling enligt 68 § 2 mom. i lagen besvärstillstånd i situationer där marknadsdomstolen inte som första instans har beviljat behandlingstillstånd i ärendet.

I 1 mom. anges huvudregeln för ändringssökande, dvs. att ändring söks genom besvär hos högsta förvaltningsdomstolen. På ändringssökandet tillämpas bestämmelserna i förvaltningsprocesslagen.

Enligt 2 mom. får ett sådant beslut av marknadsdomstolen som gäller förbud mot, avbrytande eller tillåtande av verkställighet av ett upphandlingsbeslut inte överklagas genom besvär hos högsta förvaltningsdomstolen. Syftet med besvärsförbudet är att påskynda marknadsdomstolens behandling genom att hindra att samma ärenden överklagas interimistiskt under den tid behandlingen av ärendet pågår. Eftersom man i samband med avgörandet av förutsättningarna för att förbjuda, avbryta eller tillåta verkställighet ännu inte kan avgöra om besvären har förutsättningar att bli godkända, är utgångspunkten den att ändringssökande i ett separat beslut om verkställighet sällan utfaller på önskat sätt.

Om besvären godkänns är orsaken i allmänhet den att det i ärendet eller förhållandena har skett någon sådan förändring på grund av vilken förutsättningarna för verkställighet måste omprövas efter marknadsdomstolens beslut. Med tanke på en effektiv behandling av ärendet ska en sådan prövning dock verkställas vid den domstol där ärendet är anhängigt, och inte genom ett separat ändringssökande vid fullföljdsdomstolen. Sålun-

da föreslås det att det i momentet för tydlighetens skull samtidigt ska föreskrivas att ett ärende om förbud mot, avbrytande av eller tillåtande av verkställighet trots marknadsdomstolens tidigare avgörande kan tas upp till ny behandling, om grunderna för det tidigare beslutet har ändrats. Till dessa delar avsluter sig regleringen samtidigt till den författningsrättsliga tolkningstraditionen enligt vilken avslagsbeslut inte har negativ rättskraftsverkan.

I 3 mom. anges att i ett ärende som gäller en upphandling som grundar sig på ramavtal eller en upphandling enligt 68 § 2 mom. i lagen får marknadsdomstolens avgörande att inte bevilja behandlingstillstånd inte överklagas genom besvär, om inte högsta förvaltningsdomstolen beviljar besvärstillstånd. I sådana ärenden baserar sig grunderna för besvärstillstånd på 13 § 2 mom. i förvaltningsprocesslagen. Med beaktande av dem är det i detta fall fråga om en upphandling vars genomförande inte har varit felaktigt eftersom upphandlingen grundar sig på ett ramavtal eller på 68 § 2 mom.. Upphandlingen har inte heller omfattats av faktorer som är viktiga med hänsyn till den allmänna tillämpningen av lagen. Sålunda gäller prövningen av besvärstillstånd sådana omständigheter som inte ens med tanke på fortsatta besvär är i behov av ett särskilt rättsskydd.

Paragrafen har samma innehåll som 103 § i upphandlingslagen.

106 §. Tillämpning av förvaltningsprocesslagen. I paragrafen konstateras att på marknadsdomstolens förfarande tillämpas i kompletterande syfte också förvaltningsprocessen. Eftersom hänvisningsbestämmelsen till förvaltningsprocesslagen även täcker de situationer av hörande som iakttas då ett temporärt förbud utfärdas och som särskilt anges i den gällande lagen samt bestämmelser om åläggande av en part att infinna sig till ett sammanträde och lägga fram behövliga handlingar, föreslås det inga särskilda bestämmelser om detta.

Paragrafen har samma innehåll som 105 § i upphandlingslagen.

107 §. Verkställighet av beslut. I paragrafen bestäms om verkställighet av de påföljder som bestäms av marknadsdomstolen med stöd av 96 § 1 mom. i förslaget till försvars-

och säkerhetsupphandlingslag. Marknadsdomstolens samtliga beslut ska kunna verkställas omedelbart, om inte högsta förvaltningsdomstolen bestämmer något annat. Det påföljdssystem som marknadsdomstolen ska bestämma om är mångsidigt och möjliggör samtidigt bestämmande av ekonomiskt grövre påföljder. På grund av ogiltighetspåföljden och den alternativa påföljden om förkortning av kontraktperioden kommer påföljderna utöver den upphandlande enheten även att riktas mot dess kontraktsparter. Av påföljderna är påföljdsavgiften en administrativ sanktion som fastställs i pengar och av de gamla påföljderna kan gottgörelse delvis också ha karaktären av en administrativ sanktion.

I 1 mom. har man utifrån de senaste riktlinjerna för grundlagsutskottets utlåtanden (t.ex. GrUU 4/2004 och GrUU 32/2005 rd) omfattat den utgångspunkten att bland de påföljder som bestäms av marknadsdomstolen kan realmedel verkställas omedelbart trots ändringssökande, om inte högsta förvaltningsdomstolen bestämmer något annat. Frågan om omedelbar verkställighet hänför sig särskilt till den omständigheten att upphandlingsförfarandet är förknippat med krav på brådskande behandling när det gäller både den upphandlande enheten och de andra aktörer som deltar i upphandlingsförfarandet. Om t.ex. marknadsdomstolen fattar beslut om att upphäva ett upphandlingsbeslut och ålägger den upphandlande enheten att genomföra en ny anbudsjämförelse eller en helt ny anbudstävling och beslutet inte omedelbart kan verkställas, kan dröjsmålet i det fortsatta upphandlingsförfarandet orsaka betydande skada.

Sådana beslut av marknadsdomstolen där marknadsdomstolen bestämmer en påföljd som avses i 96 § 1 mom. 4—7 punkten är däremot i en annan ställning. Sådana påföljder kan också ha tämligen stor ekonomisk betydelse. Eftersom bestämmandet av påföljder ohjälpligen är förknippat med både prövning i enskilda fall och helhetsprövning, är det inte förenligt med kraven i 21 § i grundlagen att sådana beslut kan verkställas omedelbart. Därför föreslås det att marknadsdomstolens beslut om gottgörelse, påföljdsavgift, ogiltighetspåföljd och förkortning av

kontraktperioden ska kunna verkställas först efter att marknadsdomstolens beslut har vunnit laga kraft, antingen på grund av att ändring inte har sökts i beslutet eller för att ärendet till följd av ändringssökande har avgjorts slutligt av högsta förvaltningsdomstolen.

I en situation där marknadsdomstolen bestämmer såväl realmedel som gottgörelse, påföljdsavgift, ogiltighetspåföljd eller förkortning av kontraktperioden, kan beslutet i fråga om realmedlen, trots ändringssökandet, omedelbart verkställas. I fråga om de övriga påföljderna kan beslutet verkställas först efter att det har fått laga kraft.

I 2 mom. bestäms att Rättsregistercentralen är skyldig att sörja för verkställandet av ett beslut som gäller påföljdsavgift. Rättsregistercentralen svarar också för administreringen av andra motsvarande påföljder som tilldöms staten. I momentet bestäms dessutom att Rättsregistercentralen ska underrättas om marknadsdomstolens och högsta förvaltningsdomstolens beslut att bestämma en påföljdsavgift.

Paragrafen har samma innehåll som 106 § i upphandlingslagen.

108 §. Skadestånd. I paragrafen föreskrivs om skyldighet att ersätta skada. Rätt att få ersättning ska en sådan anbudssökande, anbudsgivare eller leverantör ha som har orsakats skada genom ett förfarande i strid med bestämmelser i eller med stöd av försvars- och säkerhetsupphandlingslagen eller Europeiska unionens lagstiftning. Definitioner på anbudssökande, anbudsgivare och leverantör finns i 3 § i den föreslagna lagen.

Med skada avses alla slags förluster, inte enbart kostnaderna för deltagande i ett upphandlingsförfarande. För att ersättning ska utdömas räcker att anbudsgivaren eller anbudssökanden visar ett felaktigt förfarande som strider mot upphandlingslagen eller de bestämmelser som utfärdats med stöd av den och att han eller hon hade haft en realistisk möjlighet att vinna anbudstävlingen.

Det bör observeras att försvars- och säkerhetsupphandlingslagen och de författningar på lägre nivå som utfärdats med stöd av den endast reglerar ett förfarande som leder till ett offentligt försvars- och säkerhetsupphandlingskontrakt och att i lagen inte alls ingår bestämmelser om kontraktsförhållandet mel-

lan den upphandlande enheten och den leverantör som valts. Den bestämmelse i lagen som gäller skadestånd gäller följaktligen inte sådana fall där det är fråga om ersättningsansvar mellan den upphandlande enheten och den kontraktspart som valts. För sådana fall gäller de allmänna skadeståndsbestämmelserna. En skada som ger rätt till ersättning kan uppkomma för anbudssökanden eller anbudsgivaren främst som kostnader orsakade av deltagande i anbudstävlan och i form av den vinst som inte erhöles.

I 2 mom. ska det föreskrivas om påvisande av skada. Bevisbördan för den som lidit skada har lättats till den del som ersättningsyrkandet gäller utgifter förorsakade av anbudsförfarandet. Eftersom det i allmänhet är svårt att visa en ekonomisk skada, har de lindringar som anknyter till bevisbördan breddats till att gälla alla upphandlingar på vilka försvars- och säkerhetsupphandlingslagen tillämpas oberoende av upphandlingens värde och den upphandlande enhetens bransch.

I 3 mom. ska det konstateras att behörig domstol är den tingsrätt som bestäms i enlighet med 10 kap. i rättegångsbalken.

Paragrafen har samma innehåll som 107 § i upphandlingslagen.

16 kap. Särskilda bestämmelser

109 §. Att lämna uppgifter. I paragrafen föreskrivs om de upphandlande enheternas skyldighet att lämna statistiska och andra uppgifter som gäller en upphandling. Paragrafen grundar sig på artikel 65 och 66 i försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet.

I 1 mom. ska det föreskrivas om den upphandlande enhetens skyldighet att ge de finska myndigheterna och Europeiska unionens organ statistikuppgifter samt uppgifter om upphandlingens olika faser och genomförda upphandlingar. Dessutom ska det föreskrivas om arbets- och näringsministeriets rätt att till Europeiska unionens myndigheter lämna de uppgifter ministeriet fått på grund av denna lag.

I paragrafens 2 mom. ska det föreskrivas om den upphandlande enhetens skyldighet att utarbeta en skriftlig utredning över upphandlingskontraktet och ramavtalet, vilken på begäran ska sändas till Europeiska kommissio-

nen. I momentet ska det också föreskrivas om att en särskild utredning ska dock inte behöva sändas in i en situation där motsvarande uppgifter framgår av upphandlingsbeslutet eller övriga handlingar.

I 3 mom. ska det föreskrivas om den upphandlande enhetens skyldighet att försäkra sig om en tillräcklig dokumentation av upphandlingsförfarandets förlopp också när upphandlingen har genomförts i elektronisk form.

I paragrafens 4 mom. ska ingå en bestämmelse om bemyndigande att utfärda förordning av statsrådet.

110 §. Ikraftträdande och övergångsbestämmelser. Lagen föreslås träda i kraft den 1 januari 2012.

Åtgärder som krävs för verkställigheten av denna lag får vidtas innan lagen träder i kraft.

Lagen ska tillämpas på sådana upphandlingsförfaranden som har inletts efter att lagen har trätt i kraft. I momentet bestäms närmare vad som avses med inledande av ett upphandlingsförfarande. Inledandet av ett upphandlingsförfarande definieras på samma sätt som när upphandlingslagen trädde i kraft. Regleringen innebär att t.ex. ogiltighetspåföljd för ett kontrakt inte kan påföras förrän i samband med en sådan upphandling som har inletts efter att lagen har trätt i kraft.

I sådana upphandlingsbeslut eller andra motsvarande överklagbara beslut om åtgärder som fattas efter att lagen har trätt i kraft kan ändring inte sökas genom rättelseyrkande och efterföljande besvär med stöd av de rättsmedel som anges i kommunallagen. Det samma gäller anförandet av förvaltningsbesvär. På försvars- och säkerhetsupphandlingsförfaranden som inletts tidigare och där upphandlingsbeslutet fattas sedan lagen trätt i kraft tillämpas inte bestämmelserna i denna lag eller i upphandlingslagen.

1.2 Lagen om offentlig upphandling

7 §. Allmänna undantag från tillämpningsområdet i fråga om upphandling. Enligt 1 mom. ska upphandlingslagen inte tillämpas på sådan upphandling på vilken lagen om försvars- och säkerhetsupphandling tillämpas. Genom bestämmelsen verkställs artikel 71 i försvars- och säkerhetsupphandlingsdi-

rektivet, enligt vilken artikel 10 i upphandlingsdirektivet ändras så att de upphandlingar, på vilka försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet tillämpas, ställs utanför tillämpningen av upphandlingsdirektivet. Lika så ställs sådana upphandlingar utanför tillämpningen av upphandlingsdirektivet, vilka ställs utanför tillämpningsområdet för försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet till följd av att EU-tröskelvärdet inte överskrids eller för vilka gäller särskilda procedurregler eller vilka annars har ställts utanför tillämpningen av försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet.

Upphandlingslagen ska inte heller tillämpas på de försvars- och säkerhetsupphandlingar som i sig uppfyller definitionen på försvars- och säkerhetsupphandling men som står utanför tillämpningsområdet för försvars- och säkerhetsupphandlingslagen. Sådana är de upphandlingar som inte överskrider de nationella tröskelvärdena enligt 13 § i försvars- och säkerhetsupphandlingslagen. Dessutom står sådana upphandlingar utanför upphandlingslagens tillämpningsområde vilka med stöd av 6 § 2 mom., 7 § 1 mom. eller 8 § i försvars- och säkerhetsupphandlingslagen har ställts utanför tillämpningen av lagen.

I paragrafens 2 mom. ska det föreskrivas om andra allmänna undantag från lagens tillämpningsområde. Momentet motsvarar gällande 1 mom. i paragrafen, dock så att i det stryks omnämmandet om centrala statliga säkerhetsintressen i 1 punkten samt 2 punkten i sin helhet. På sådana upphandlingar som särskilt lämpar sig för militärt bruk ska lagen om försvars- och säkerhetsupphandling tillämpas på det sätt som föreskrivs i 5 § i lagen.

I paragrafens 3 mom. ska det föreskrivas om tillämpningen av lagen på utrikesförvaltningens upphandlingar när de grundar sig på utvecklingsamarbetsavtal. Momentet motsvarar 2 mom. i gällande paragraf.

83 §. Tillämpningen av upphandlingsrättelsen på andra upphandlingar. Enligt 1 mom. tillämpas upphandlingsrättelse också för att korrigera ett sådant beslut eller avgörande i ett upphandlingsförfarande på vilket upphandlingslagen i övrigt inte tillämpas.

Momentet motsvarar 1 mom. i gällande paragraf.

Enligt 2 mom. ska det föreskrivas om upphandlingsrättelse som gäller försvars- och säkerhetsupphandling i lagen om försvars- och säkerhetsupphandling.

Momentet är nytt och syftet med det är att klargöra situationen i fråga om upphandlingsrättelse för de försvars- och säkerhetsupphandlingar som står utanför tillämpningsområdet för upphandlingslagen. Med tanke på juridisk klarhet vore det motiverat att i sin helhet föreskriva om de rättsmedel som gäller försvars- och säkerhetsupphandlingar i en enda lag.

I praktiken ska paragrafens tillämpningsområde fortsättningsvis omfatta alla andra upphandlingar som står utanför upphandlingslagens tillämpningsområde utom försvars- och säkerhetsupphandlingarna. Den mest betydelsefulla gruppen av dessa är fortsättningsvis småskalig upphandling, dvs. den upphandling vars värde inte når upp till de nationella tröskelvärdena.

1.3 Lagen om upphandling inom sektorerna vatten, energi, transporter och posttjänster

17 §. Allmänna undantag från tillämpningsområdet i fråga om upphandling. I paragrafen ska det föreskrivas om begränsningar i lagens tillämpningsområde i enlighet med försörjningsdirektivet.

Enligt 1 mom. ska försörjningslagen inte tillämpas på sådana upphandlingar på vilka lagen om försvars- och säkerhetsupphandlingar tillämpas. Genom bestämmelsen genomförs artikel 70 i försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet. Enligt artikeln ska sådana upphandlingar på vilka försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet tillämpas uteslutas ur tillämpningen av försörjningsdirektivet. Om dessa upphandlingar föreskrivs i 5 § i försvars- och säkerhetsupphandlingslagen. Försörjningsdirektivet ska inte heller tillämpas på sådana upphandlingar som ställs utanför försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivets tillämpningsområde till följd av att EU-tröskelvärdena enligt försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet inte överskrids, eller för vilka gäller särskilda

förfarandeprocuderer eller vilka annars har ställts utanför tillämpningen av försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet.

Utanför tillämpningen av försörjningslagen står därmed de upphandlingar som underskrider EU-tröskelvärdena enligt försvars- och säkerhetsupphandlingslagen samt sådana upphandlingar som har ställts utanför tillämpningen av försvars- och säkerhetsupphandlingslagen med stöd av 6 § 2 mom., 7 § eller 8 § i lagen.

I 2 mom. ska det föreskrivas om andra allmänna undantag som gäller tillämpningsområdet för lagen. Momentet ska till övriga delar motsvara 17 § i gällande lag, men hänvisningen till centrala statliga säkerhetsintressen i 6 punkten i momentet ska strykas.

1.4 Lag om internationella förpliktelser som gäller informationssäkerhet

1 §. Lagens tillämpningsområde. Det föreslås att paragrafens 3 moment ska ändras så att 12–14 § samt 16 § 2 mom. i lagen också ska tillämpas på en näringsidkare som deltar i försvars- och säkerhetsupphandling som anbudsgivare eller underleverantör och då får, upprättar eller annars hanterar klassificerad information för genomförande av upphandlingen.

I lagen om internationella förpliktelser som gäller informationssäkerhet föreskrivs om myndigheternas åtgärder för att uppfylla internationella förpliktelser som gäller informationssäkerhet. I 12 § i lagen föreskrivs om säkerhetsutredningar som gäller sammanslutningar samt bedömningar, i 13 § om förbindelse om att vidta säkerhetsåtgärder och i 14 § om säkerhetsintyg. I enlighet med 1 § 2 mom. i lagen tillämpa lagen också på en näringsidkare och dennas anställda i sådana fall då näringsidkaren är part i ett säkerhetsklassificerat avtal eller deltar i ett upphandlingsförfarande innan ett sådant avtal sluts eller är underleverantör för en sådan näringsidkare. Med ett säkerhetsklassificerat avtal avses ett avtal mellan en inhemsk näringsidkare och en utländsk aktör (myndighet, företag, organisation eller ett organ), som har ingåtts på det sätt som avses i den internationella förpliktelse som gäller informationssäkerhet. I enlighet med 3 mom. i samma pa-

ragraf tillämpas lagens 12–14 § samt 16 § 2 mom. också på en näringsidkare som begär en utredning över sin tillförlitlighet och en bedömning på basis av utredningen för att kunna delta i ett anbuds-förfarande som ordnas av en myndighet i en annan stat eller av ett företag som har sin hemvist i den andra staten.

I propositionen föreslås det att 1 § 3 mom. i lagen om internationella förpliktelser som gäller informationssäkerhet ska ändras så att det efter ändringen blir möjligt att göra en säkerhetsutredning som gäller sammanslutning och en bedömning också när upphandlingen utförs av en finsk myndighet eller annan upphandlande enhet och anbudsgivare är en finsk näringsidkare. Ändringen behövs för att näringsidkarna ska behandlas lika och för att säkerställa att finska näringsidkare i fortsättningen kan delta i anbuds-förfaranden i enlighet med försvars- och säkerhetsupphandlingslagen på lika grunder vad gäller förpliktelserna om informationssäkerhet. Utan ändringen skulle en finsk näringsidkare som deltar i ett anbuds-förfarande som en finsk upphandlande enhet arrangerar i enlighet med försvars- och säkerhetsupphandlingslagen inte kunna lämna in en säkerhetsutredning som gäller sammanslutning eller bedömning, som utarbetats av myndigheten och definieras i lagstiftningen, för att uppfylla de informationssäkerhetskrav som ställts vid upphandlingen. En utländsk näringsidkare, vars etableringsland har ingått ett informationssäkerhetsfördrag med Finland, kunde igen i en sådan situation lämna in en korrekt förbindelse eller uppgifter som informations-säkerhetsmyndigheten i näringsidkarens land har gett.

Vid justitieministeriet bereds just nu en regeringsproposition med förslag till lagstiftning om utredning av personers och företags bakgrund. I den nya lagen ska det bl.a. föreskrivas om säkerhetsutredningar som gäller företag. I samband med denna reform blir de nu föreslagna ändringarna onödiga och de kommer att upphävas.

1.5 Marknadsdomstolslagen

1 §. Marknadsdomstolens behörighet och verksamhetsställe. Paragrafen ska ändras så

att till marknadsdomstolens behörighet också ska höra de ärenden om vilka föreskrivs i lagen om offentlig försvars- och säkerhetsupphandling.

2 Närmare bestämmelser

Med stöd av 80 § 1 mom. i grundlagen kan republikens president, statsrådet och ett ministerium meddela förordningar med stöd av ett bemyndigande i grundlagen eller i en annan lag.

I regeringens proposition ingår en del bestämmelser som bemyndigar att utfärda förordningar. I 28 § i förslaget till försvars- och säkerhetsupphandlingslag föreslås det att närmare bestämmelser om de i denna lag avsedda och i försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet förutsatta skyldigheterna att annonsera, om vilka kommunikationsmedel som ska användas vid sändandet av annonserna, om annonsernas innehåll, publicering av dem samt om andra faktorer som sammanhänger med annonseringsskyldigheten ska utfärdas genom förordning av statsrådet.

Med stöd av 45 § 4 mom. i den föreslagna försvars- och säkerhetsupphandlingslagen ska närmare bestämmelser om de tekniska och andra förutsättningar som ska tillämpas på elektronisk kommunikation kunna meddelas genom förordning av statsrådet.

I 64 § i förslaget till försvars- och säkerhetsupphandlingslag föreslås det att det ska föreskrivas att den anbudsgivare som valts till kontraktspart ska lämna in för publicering en underentreprenadsannons om de underentreprenader för vilka gäller konkurrensutställningsskyldighet enligt 62 § 3 mom. och vilkas uppskattade värde utan mervärdesskatt motsvarar minst de EU-tröskelvärden som nämns i 12 §.

I 109 § 2 mom. i förslaget till försvars- och säkerhetsupphandlingslag föreslås ett bemyndigande om att genom förordning av statsrådet ska ges närmare bestämmelser om de skyldigheter gällande statistikföring som avses i 1 mom. och förutsätts i artikel 65 och 66 i försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet samt om den upphandlande enhetens skyldighet att utarbeta de utredningar och annan information som gäller de upphandlingsförfaranden och upphandlingsbeslut som

förutsätts i artikel 37 i försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet för att sändas till Europeiska unionens institutioner.

3 Ikraftträdande

De föreslagna lagarna avses träda i kraft den 1 januari 2012.

De nya förfaranden om vilka föreskrivs i lagen ska i sin helhet tillämpas på sådana upphandlingsförfaranden som har inletts efter att lagen har trätt i kraft.

4 Förhållande till grundlagen samt lagstiftningsordning

Allmänt

Den lag om offentlig försvars- och säkerhetsupphandling som föreslås är av betydelse med tanke på 12 § 2 mom. i grundlagen. I den föreslagna lagen ingår bestämmelser som gäller bemyndiganden att utfärda förordningar, varför också 80 § i grundlagen är av betydelse när propositionen bedöms.

Å andra sidan innehåller förslaget till försvars- och säkerhetsupphandlingslag reglering, som begränsar en del grundläggande fri- och rättigheter. Lagen har en sådan verkan på det rättsskydd om vilken föreskrivs i 21 § i grundlagen. Dessutom bör den föreslagna lagen bedömas med tanke på 15 samt 98 och 99 § i grundlagen.

Handlingars offentlighet

Enligt 12 § 2 mom. i grundlagen är handlingar och upptagningar som innehas av myndigheterna offentliga, om inte offentligheten av tvingande skäl särskilt har begränsats genom lag. Var och en har rätt att ta del av offentliga handlingar och upptagningar. Grundlagsutskottet har i sin bedömning av en myndighets rätt att få sekretessbelagda uppgifter av andra myndigheter diskuterat när den uppgiftsbegärande myndighetens intresse att få uppgifter kan åsidosätta andra sekretessintressen. Utskottet har i sin bedömning uppmärksammat bl.a. att vad och vem de uppgifter gäller som myndigheten ska få tillgång till och hur rätten att få uppgifter kopp-

las ihop med nödvändighetskriteriet (GrUU 7/2000 rd, s. 4, GrUU 7a/2000 rd, s. 2–3, GrUU 23/2006 rd, s. 3). I ett mycket vagt och till omfattningen brett regleringssammanhang är det enligt grundlagsutskottet speciellt viktigt att rätten att få uppgifter avgränsas till att gälla endast nödvändiga upplysningar (GrUU 14/2002 rd, s. 2).

I 109 § 1 mom. i den föreslagna försvars- och säkerhetsupphandlingslagen föreskrivs om givandet av uppgifter till finska myndigheter och Europeiska unionens institutioner. För övervakning av och informationsutbyte om upphandlingen ska den upphandlande enheten ge finska myndigheter och Europeiska unionens institutioner statistikuppgifter och andra uppgifter om de olika faserna i upphandlingen och om företagna upphandlingar i den omfattning som förutsätts i unionens lagstiftning. Arbets- och näringsministeriet ska trots sekretessbestämmelserna ha rätt att till Europeiska unionens myndigheter överlåta de uppgifter ministeriet fått utgående från denna lag.

De uppgifter som avses i 109 § 1 mom. i den föreslagna lagen kan innehålla också sådana uppgifter som ska hemlighållas, t.ex. affärs- och yrkeshemligheter, eller en omständighet som gäller en enskilds näringsverksamhet.

Enligt grundlagsutskottets utlåtanedpraxis kan genom lag föreskrivas att överlåtelse av sekretessbelagda uppgifter till en annan myndighet är tillåten, om det är nödvändigt att få en sådan uppgift för att myndigheten ska kunna sköta sina uppgifter. När strävan varit att i lagen inta en uttömmande förteckning över det avsedda uppgiftsinnehållet, kan överlåtelser av uppgifter också anknyta till behövliga uppgifter för visst syfte (GrUU 14/2002 rd, s. 2/II).

Enligt förslaget kan de uppgifter som behövs inte överlåtas till någon annan än en myndighet. Överlåtelse av uppgifterna ska vara nödvändig för att myndigheten ska kunna sköta sina övervakningsuppgifter. Den föreslagna bestämmelsen om att ge uppgifter till finska myndigheter och Europeiska unionens organ är inget problem med tanke på de grundläggande fri- och rättigheterna om vilka föreskrivs i grundlagen.

Rättsskydd

För offentliga försvars- och säkerhetsupphandlingar föreslås ett rättsskyddssystem, där ett beslut av en upphandlande enhet eller något annat avgörande av den upphandlande enheten i upphandlingsförfarandet, vilket påverkar anbudssökandens eller anbudsgivarens ställning, genom besvär ska kunna föras till marknadsdomstolen (88 § i förslaget till försvars- och säkerhetsupphandlingslag). De bestämmelser som gäller rättsskyddsförfaranden och som föreslås i försvars- och säkerhetsupphandlingslagen i upphandlingar som hör till tillämpningsområdet för försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet ska motsvara dem som finns i upphandlingslagen.

I sådana upphandlingar som avses i 68 § 2 mom. i förslaget till försvars- och säkerhetsupphandlingslag följs de nationella upphandlingsförfaranden som avses i del III i den föreslagna lagen. För dessa upphandlingar föreslås speciallagstiftning, som anknyter bl.a. till slutandet av ett upphandlingskontrakt samt ändringssökande och påföljder. I upphandlingarna ska väntetid (80 §) inte följas, i dem får ändring inte sökas genom besvär, om inte marknadsdomstolen beviljar behandlingstillstånd (88 § 3 mom.) och ändring får inte heller sökas i ett beslut av marknadsdomstolen som gäller behandlingstillstånd, om inte högsta förvaltningsdomstolen beviljar besvärstillstånd (105 § 3 mom.), marknadsdomstolen kan inte besluta om en temporär åtgärd (93 § 3 mom.) samt marknadsdomstolen ska kunna förordna endast gottgörelse som påföljd (96 § 4 mom.).

I beslut som marknadsdomstolen har fattat separat och som gäller temporärt förbud mot eller avbrytande av ett upphandlingsförfarande eller tillåtande av att ett upphandlingsförfarande verkställs, ska ändring inte kunna sökas genom besvär hos högsta förvaltningsdomstolen. I försvars- och säkerhetsupphandlingslagen ska det däremot särskilt föreskrivas att marknadsdomstolen trots sitt tidigare beslut ska kunna ta upp ett sådant ärende till ny behandling (105 § 2 mom. i förslaget till försvars- och säkerhetsupphandlingslag).

I upphandlingsbeslut som fattas i ett sådant ramavtal som avses i 27 § i försvars- och sä-

kerhetsupphandlingslagen får ändring inte sökas genom besvär hos marknadsdomstolen, om inte marknadsdomstolen i ett sådant fall tar upp ärendet till behandling och beviljar ändringssökanden sådant behandlingstillstånd som avses i försvars- och säkerhetsupphandlingslagen. I ett ärende på vilket tillämpas behandlingstillstånd i marknadsdomstolen ska ändring inte få sökas genom besvär, om inte högsta förvaltningsdomstolen för sin del beviljar besvärstillstånd på de grunder som avses i 13 § 2 mom. i förvaltningsprocesslagen i de fall där marknadsdomstolen inte har beviljat behandlingstillstånd.

I försvars- och säkerhetsupphandlingar som inte hör till marknadsdomstolens behörighet och som står utanför lagens tillämpningsområde ska rättsmedlet vara upphandlingsrättelse (85 §).

I ett upphandlingsärende ska det inte vara möjligt att samtidigt använda både sådana metoder för ändringssökande som grundar sig på upphandlingslagen och sådana som grundar sig på den allmänna förvaltningsrättsliga lagstiftningen. I 104 § i försvars- och säkerhetsupphandlingslagen ska det föreskrivas om besvärsförbud som gäller detta, vilket gäller utöver förvaltningsbesvär också kommunalbesvär.

I fråga om kommunalbesvär sträcker sig besvärsförbudet både till rättelseyrkande och till ändringssökande. Begränsningen av metoderna för ändringssökande inverkar inte på det att kommunen har möjlighet att använda sin upptagningsrätt i ett upphandlingsärende och fatta ett nytt beslut.

Besvärsförbudet gäller både upphandlingar som hör till försvars- och säkerhetsupphandlingslagens tillämpningsområde och sådana som står utanför det med stöd av 6 § 2 mom., 7, 8 eller 13 § i lagen. Förbud att söka ändring innebär att i enlighet med ovan nämnda 6 § 2 mom., 7, 8 eller 13 § i lagen får ändring inte sökas med stöd av förvaltningsprocesslagen eller kommunallagen i ett försvars- och säkerhetsupphandlingsärende som annars skulle höra till marknadsdomstolens behörighet.

En underleverantör ska inte heller ha möjlighet att med stöd av förvaltningsprocesslagen söka ändring i ett beslut som anbudsgi-

varen eller den upphandlande enheten har fattat och som gäller underentreprenad.

För de olika parterna i upphandlingsförfaranden och för de upphandlande enheterna ska föreskrivas om en korrigeringsmetod av rättelsetyp med benämningen upphandlingsrättelse, som ska kunna användas också i sådan upphandling som står utanför försvars- och säkerhetsupphandlingslagens tillämpningsområde. Då ska i ett beslut som fattats med anledning av en upphandlingsrättelse dock inte kunna göras ändring genom besvär hos marknadsdomstolen eller förvaltningsdomstolen.

Upphandlingsrättelse ska tidsmässigt kunna användas samtidigt med det ändringssökande som avses i försvars- och säkerhetsupphandlingslagen varvid det kan uppkomma situationer där den upphandlande enheten till följd av en upphandlingsrättelse häver sitt eget felaktiga beslut. För dessa situationer ska det föreskrivas om en möjlighet för marknadsdomstolen att avsluta behandlingen av ett sådant ärende utan att ge ett motiverat avgörande i saken.

En förutsättning för att upphandlingsrättelse ska få användas ska vara vilket som helst fel som har skett i ett upphandlingsförfarande. Eftersom det nya beslut som ska fattas med anledning av en upphandlingsrättelse i allmänhet är ett nytt upphandlingsbeslut i vilket ändring kan sökas, är en förutsättning för användningen av upphandlingsrättelse inte samtycke av den som saken gäller och vars intressen eller rättigheter det nya beslutet kommer att påverka på ett ofördelaktigt sätt.

Enligt 21 § 1 mom. i grundlagen har var och en rätt att få sin sak behandlad på behörigt sätt och utan ogrundat dröjsmål av en domstol eller någon annan myndighet som är behörig enligt lag samt att få ett beslut som gäller hans eller hennes rättigheter och skyldigheter behandlat vid domstol eller något annat oavhängigt rättskipningsorgan. Enligt 21 § 2 mom. i grundlagen ska offentligheten vid handläggningen, rätten att bli hörd, rätten att få motiverade beslut och rätten att söka ändring samt andra garantier för en rättvis rättegång och god förvaltning tryggas genom lag.

I grundlagsutskottets utlåtandep Praxis har rätten att söka ändring i en myndighets beslut granskats som en rättighet som har tryggats i 21 § 1 mom. i grundlagen. Enligt utlåtandep Praxis som ska anses vedertagen förutsätter 21 § 1 mom. i grundlagen att möjligheten att överklaga tryggas i ett sådant ärende där en myndighets beslut eller annat ställningstagande på ett eller annat sätt gäller någons rätt eller skyldighet som har definierats exakt i lagstiftningen (av utlåtandep Praxis under den senaste tiden, se t.ex. GrUU 18/2007 rd och GrUU 51/2006 rd).

På ändringssökande i första instans inriktas förbudet att använda överlappande allmänna förvaltningsrättsliga rättsmedelsförfaranden (104 § 1 mom. i förslaget till försvars- och säkerhetsupphandlingslag) samt förbudet att överklaga ett avgörande av marknadsdomstolen som gäller verkställighet och som den har utfärdat i första instans i ett ärende som lämnats till den i form av ett ändringssökande (105 § 2 mom. i förslaget till försvars- och säkerhetsupphandlingslag). En begränsning av ändringssökandet i första instans är det också fråga om i den mån att i separata upphandlingsbeslut som anknyter till statens väsentliga säkerhetsintressen vilka grundar sig på de ramavtal som avses i 27 § i försvars- och säkerhetsupphandlingslagen och på 68 § 2 mom. ska ändring inte kunna sökas genom besvär utom i det fall att marknadsdomstolen i ett sådant ärende beviljar behandlingstillstånd (88 § 3 mom. i förslaget till försvars- och säkerhetsupphandlingslag).

Med en begränsning av ändringssökandet ska till sin faktiska betydelse också jämföras den föreslagna bestämmelsen i 84 § 3 mom. i försvars- och säkerhetsupphandlingslagen om att marknadsdomstolen ska kunna avskriva ett sådant ärende, som den upphandlande enheten själv har korrigerat i ett särskilt upphandlingsrättsförfarande, från vidare behandling utan att fälla ett avgörande. I den senare begränsningen är det också fråga om den rätt att få ett motiverat beslut som avses i 21 § 2 mom. i grundlagen.

Begränsning av ändringssökandet är det också fråga om i 85 § i den föreslagna försvars- och säkerhetsupphandlingslagen, enligt vilken ett sådant beslut som ska fattas med anledning av en upphandlingsrättelse

som gäller upphandling som med stöd av 6 § 2 mom., 7, 8 eller 13 § i försvars- och säkerhetsupphandlingslagen har ställts utanför lagens tillämpningsområde inte kan anföras hos marknadsdomstolen eller förvaltningsdomstolen genom besvär.

I grundlagsutskottets tolkningspraxis har ansetts att 21 § 2 mom. i grundlagen inte hindrar att det lagstiftas om mindre undantag från rätten att överklaga ett beslut eller rätten att få ett motiverat beslut så länge undantagen inte rubbar rättighetens ställning som huvudregel och äventyrar den enskildes rätts-säkerhet i enskilda fall (t.ex. GrUU 48/2006 rd, GrUU 10/2006 rd och GrUU 8/2008 rd).

Begränsningen av rättsskyddet för de upphandlingar som står utanför lagens tillämpningsområde kan granskas med tanke på begränsningen av de grundläggande fri- och rättigheterna. I sitt utlåtande GrUU 21/1997 rd över regeringens proposition med förslag till lag om ändring av lagen om försvarsmakten (RP 118/1997 rd) har utskottet ansett att restriktionerna enligt propositionen avser att skydda försvarsmaktens verksamhet i anknytning till den nationella säkerheten. Detta syfte är enligt utskottet ett acceptabelt kriterium för att skriva in en inskränkning av de grundläggande fri- och rättigheterna i lag (se också GrUU 14/1998 rd). Begränsningen enligt 85 § i lagen kan anses vara exakt avgränsad och föreskriven i lag och därmed uppfylla de förutsättningar som ställs på en begränsning av grundläggande fri- och rättigheter. Begränsningen gäller sådana upphandlingar på vilka det har ansetts att förutsättningarna för en öppen och icke-diskriminerande konkurrens enligt försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet inte lämpar sig. Därför har dessa upphandlingar ställts utanför tillämpningsområdet för direktivet. Till exempel vid sekretessbelagd upphandling eller sådan upphandling som anknyter till underrättelseverksamhet kan det nationella säkerhetsintresset bedömas vara så pass högt att det samhälleliga intresset står i en rimlig proportion till det rättsgoda som ska begränsas.

I 13 § i lagen föreskrivs om nationella tröskelvärden. De upphandlingar som inte når upp till det föreslagna tröskelvärdet hör inte till lagens tillämpningsområde. Begränsning-

en har betydelse också med tanke på rättsmedlen. Besvär hos marknadsdomstolen kan endast anföras när en upphandling omfattas av lagens tillämpningsområde. Den begränsning av rätten att överklaga som stämmer överens med 85 § i lagen i fråga om upphandling som inte når upp till tröskelvärdet grundar sig först och främst på att när dessa upphandlingar och realiserandet av dem står utanför lagen, gäller för dem inte de exakt definierade rättigheter eller skyldigheter som ingår i lagstiftningen. I fråga om unionsrätten är det av betydelse att när man särskilt beaktar den större storlek och finansiella betydelse som de upphandlingar som hör till tillämpningsområdet för denna lag har jämfört med civila upphandlingar, kan det anses att inget gränsoverskridande intresse gäller för de försvars- och säkerhetsupphandlingar som inte når upp till tröskelvärdet. På ovan nämnda grunder kan det bedömas att den begränsning av överklagandet som grundar sig på 85 § och gäller upphandling som med stöd av 13 § står utanför lagen är förenlig med grundlagsutskottets tolkningspraxis.

I sitt utlåtande GrUU 2/2009 rd på regeringens proposition (RP 233/2008 rd) med förslag till lag om gottgörelse för dröjsmål vid rättegång och till vissa lagar som har samband med den har utskottet betonat bl.a. att vid bedömningen av hur liten en begränsning av överklagandet är kan uppmärksamhet fästas på huruvida begränsningen av överklagandet förhindrar att ärendet tas upp till ny behandling i den domstol där ärendet fortsättningsvis är anhängigt. Av de begränsningar av möjligheten att överklaga som nu föreslås är den begränsning av besvär som gäller avgöranden i fråga om verkställighet just av detta slag, dvs. ärendet kan tas upp på nytt i marknadsdomstolen. På grundval av förvaltningsprocesslagen ska det tolkas att marknadsdomstolen också har en sådan skyldighet ex officio, om det till marknadsdomstolens kännedom kommer en sådan omständighet som kan påverka innehållet i ett tidigare avgörande som gäller verkställighet.

Vid förbud mot användning av överlappande rättsmedel är det igen frågan om att behandlingen av ett upphandlingsärende inte ska dröja till följd av att ärendet har lämnats in till två olika domstolsinstanser (till mark-

nadsdomstolen i den behandlingsordning som gäller för ett upphandlingsärende och till förvaltningsdomstolen som kommunalbesvär eller förvaltningsbesvär). I praktiken har besvär i civil upphandling förts på förvaltningsdomstolslinjen i allmänhet på den formella grunden att i behandlingen av ärendet i den kommunala upphandlande enheten har deltagit personer som varit jäviga. Jäv kan dock bedömas i marknadsdomstolens process som en förhandsfråga med tillämpning direkt av jävsbestämmelserna i fråga eller som en fråga om huruvida upphandlingsförfarandet har varit icke-diskriminerande och jämlikt. Därmed är det onödigt med en särskild process. Motsvarande aspekt gäller också alla andra förhandsfrågor om proceduren vid upphandlingsförfarandet vilka anknyter till det kommunala beslutsfattandet. Dessa förhandsfrågor kan i sista hand bedömas utgående från de aspekter som gäller upphandlingsförfarandets jämlikhet och icke-diskriminering.

I praktiken är de som använder särskild allmän förvaltningsrättslig besvärsmöjlighetens kopplingar till kommunernas självbestämmanderätt (121 § i grundlagen) och till kommunalbesvär som besvärssystem som i väsentlig grad anknyter till denna rätt, vilka även de tryggas i grundlagen, är små. I denna fråga måste det dessutom beaktas att enligt kommunallagen kan i ett beslut av en kommunal upphandlande enhet ändring inte sökas på ändamålsenlighetsgrund, t.ex. på den grunden att upphandlingsförfarandet inte alls borde ha fått inledas.

Utgående från vad som sägs ovan kan besvärsförbud, med vilket användningen av allmänna förvaltningsrättsliga rättsmedel utsluts vid upphandling som hör till tillämpningsområdet för försvars- och säkerhetsupphandlingslagen samt vid upphandling som med stöd av 6 § 2 mom., 7, 8 eller 13 § står utanför lagens tillämpningsområde, anses uppfylla kraven i 21 § 2 mom. i grundlagen.

Enligt 88 § 3 mom. i förslaget till försvars- och säkerhetsupphandlingslag begränsas rätten att besvara sig i upphandling som grundar sig på ett ramavtal enligt 27 § och i upphandling som avses i 68 § 2 mom. genom att be-

handlingstillstånd som beviljas av marknadsdomstolen tas i bruk. I upphandling som grundar sig på ramavtal och för vilken behandlingstillstånd ska krävas är det frågan om sådan upphandling som genomförs särskilt och grundar sig på ett ramavtal som konkurrensutsatts redan tidigare. Med upphandling som grundar sig på ramavtal sammanhänger i den föreslagna försvars- och säkerhetsupphandlingslagen också andra undantag som ska göras från upphandlingsförfarandet, vilka gäller fattandet av ett särskilt upphandlingsbeslut och motivering av ett sådant beslut. I 68 § 2 mom. i förslaget till försvars- och säkerhetsupphandlingslag föreslås att det ska föreskrivas om nationella förfaranden i försvarsupphandlingar, när de förutsättningar som ställs i artikel 346.1 b i EUF-fördraget uppfylls.

I rättsmedelsdirektivet, som gäller upphandlingar som överskrider EU-tröskelvärdena, har rättsmedlen för upphandlingar som grundar sig på ramavtal inte begränsats. I EG-domstolens rättspraxis (t.ex. C-26/03, Stadt Halle och RPL Lochau, avgörande 11.1.2005, REG s. I-1 punkterna 22–41) har det ansetts att domstolsövervakningen bör omfatta de beslut av den upphandlande myndigheten med anknytning till upphandlingsförfarandena vilka kan ha rättsverkningar, utan åtskillnad av dessa beslut på grund av art, innehåll eller tid då de fattades.

Av den på detta sätt uttryckta tolkningsavisningen kan man sluta sig till att också i upphandling som grundar sig på ramavtal måste det ordnas en möjlighet att föra ärendet till avgörande i domstol, om den som saken gäller anser att upphandlingen inte har genomförts korrekt på basis av ramavtalet. Det föreslagna behandlingstillståndet uppfyller kravet på att garantera tillträde till domstol, vilket grundar sig på 21 § 1 mom. i grundlagen och på gemenskapsrätten. Med beaktande av gemenskapsrättens effektivitets- och motsvarighetsprinciper ska den föreslagna bestämmelsen om behandlingstillstånd gälla alla upphandlingar som grundar sig på ramavtal. Behandlingstillstånd ger samtidigt domstolen möjlighet att besluta i saken utan fullständig undersökning i en situation där den upphandling som ska genom-

föras och som har lämnats in till den för behandling stämmer överens med ramavtalet.

I upphandlingar som avses i 68 § 2 mom. i den föreslagna försvars- och säkerhetsupphandlingslagen föreslås också att det ska ordnas en möjlighet att lämna in ett ärende till domstol för avgörande via systemet med behandlingstillstånd. Med avvikelse från ramavtalet härrör kravet på rättsskydd inte från unionens rätt, eftersom det vid upphandling enligt 68 § 2 mom. är frågan om ett allmänt undantag från artikel 346.1 b i EUF-fördraget, för vilket grunden utgörs av skyddandet av statens väsentliga säkerhetsintressen. De ovan nämnda upphandlingarna har därmed ställts utanför tillämpningsområdet för försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet med stöd av en bestämmelse i grundfördraget. Varken direktivet eller unionens allmänna rättsskyddsbestämmelser ställer någon förpliktelse till att föreskriva om rättsmedel för de upphandlingar det är fråga om. När det granskas hur förenligt med grundlagen det föreslagna systemet med behandlingstillstånd är, bör ovan nämnda unionsrättsaspekt beaktas.

Det föreslagna systemet med behandlingstillstånd för upphandlingar som är förenliga med 68 § 2 mom. i lagen kan anses vara av betydelse med tanke på den rätt som tryggas i 21 § 1 mom. i grundlagen. Grunden för systemet med behandlingstillstånd är de nämnda upphandlingarnas speciella karaktär och exceptionellt stora betydelse för Finlands försvarsförmåga och nationella säkerhet. Grund för en begränsning av en grundläggande fri- eller rättighet är den nationella säkerheten, som i grundlagsutskottets utlåtandepraxis har ansetts vara ett acceptabelt kriterium för att inskränka de grundläggande fri- och rättigheterna (GrUU 21/1997 rd och GrUU 14/1998 rd). Målet med systemet med behandlingstillstånd ska vara att gallra ut de besvär som anförs på klart otillräckliga grunder eller enbart i avsikt att göra skada samtidigt som det möjliggör en bedömning av om det beslut som gäller upphandlingen är juridiskt korrekt när man kan anse det befogat att göra en bedömning med tanke på rättsskyddet för den som söker ändring i beslutet.

Det föreslagna systemet med behandlingstillstånd bör granskas också med tanke på de allmänna förutsättningarna att begränsa grundläggande fri- och rättigheter. Begränsningen kan anses vara exakt avgränsad, eftersom den gäller endast vissa exakt avgränsade upphandlingar. Det kan också bedömas att begränsningen är acceptabel, eftersom med den sammanhänger ett vägande samhällligt skäl – den nationella säkerheten. Det föreslagna behandlingstillståndet i upphandlingar enligt 68 § 2 mom. kan också anses uppfylla proportionalitetskravet. Med behandlingstillståndet försöker man trygga en snabb och störningsfri realisering av de upphandlingar som är nödvändiga med tanke på satens externa säkerhet och försvarsförmåga. Möjligheten att gallra bort onödiga besvär eller besvär som anförts med enkla motiveringar eller i syfte att göra skada är allmänt taget acceptabel med beaktande också av de långa behandlingstiderna för besvär som gäller offentlig upphandling. Detta kan anses stå lika mycket i den upphandlande enhetens som i den anbudsgivares intresse som har vunnit anbudstävlingen. Begränsningen kan dessutom anses inriktad på ett sådant vägande samhällligt intresse, eftersom det är fråga om den nationella säkerheten och statens suveränitet.

Marknadsdomstolens undersökningsbefogenhet och samtidigt möjligheten för parterna i ett upphandlingsförfarande att föra ett avgörande som fattats i ett upphandlingsförfarande till en domstol för undersökning ska begränsas genom nationella tröskelvärden. Begränsningen innebär dock inte att anbudssökande och anbudsgivare inte alls skulle ha rättsmedel till sitt förfogande. I upphandlingar som inte når upp till det nationella tröskelvärdet ska upphandlingsrättelse stå till förfogande. I och med att upphandlingsrättelsen är ett snabbt och enklare förfarande än domstolsbehandling kan den anses lämpa sig väl som rättsmedel vid upphandling som inte når upp till det nationella tröskelvärdet. Inte heller med tanke på unionsrätten kan det bedömas att ovan nämnda begränsning skulle vara problematisk, eftersom man till följd av försvars- och säkerhetsupphandlingarnas större storlek än civila upphandlingar kan bedöma att i de upphandlingar som inte når upp till

det nationella tröskelvärdet inte ingår något egentligt gränsöverskridande intresse. Med beaktande av motiveringarna ovan är de begränsningar av ändringssökande i första instans som presenterats till sin rättsliga natur sådana att de kan anses uppfylla de synpunkter som grundlagsutskottet fört fram i sin utlåtandep Praxis gällande tolkningen av 21 § 1 mom. i grundlagen.

I propositionen föreslås också att besvärstillstånd ska tas i bruk när ändring söks på marknadsdomstolens beslut i ett ärende där marknadsdomstolen inte har beviljat behandlingstillstånd i ett ärende som gäller upphandling som grundar sig på ett ramavtal eller upphandling som avses i 68 § 2 mom. Till denna del ska förslaget granskas i förhållande till 21 § 2 mom. i grundlagen.

Grundlagsutskottet har i sin utlåtandep Praxis inte ansett besvärstillståndsmekanismen i sig strida mot 21 § i grundlagen. Däremot har utskottet påpekat att besvärstillstånd är ett exceptionellt förfarande i förvaltningsprocessen och rekommenderat återhållsamhet vid en utsträckning till nya ärendegrupper (t.ex. GrUU 19/2002 rd, GrUU 4/2004 rd, GrUU 4/2005 rd och GrUU 37/2005 rd).

I sitt utlåtande GrUU 33/2006 rd har grundlagsutskottet uppmärksammat synpunkter på huruvida det genom bestämmelser om besvärstillstånd går att minska antalet besvär som leder till avgörande i sak vid högsta förvaltningsdomstolen i de ärendekategorier där de metoder för överklagande som föregår högsta förvaltningsdomstolen i de flesta fall kan anses vara tillräckliga med avseende på rättssäkerheten. Som exempel kan nämnas ärenden som är av förhållandevis liten ekonomisk betydelse och som ur juridiskt perspektiv är relativt enkla eller där det finns en vedertagen rättspraxis (t.ex. GrUU 37/2005 rd).

Typiskt för upphandlingsärenden är att de gäller i första hand ekonomiska intressen hos dem som deltar i upphandlingsförfarandet. Ur den upphandlande enhetens synvinkel kan frågan likaså i stor utsträckning bedömas som ekonomisk verksamhet, med vilken dock sammanhänger flera frågor om den upphandlande enhetens myndighetsförpliktelser eller förpliktelse som annan offentlig aktör att trygga eller producera vissa tjänster.

Av dessa skäl inriktas på behandlingen av upphandlingsärenden särskilda krav på skyndsamhet, vilka inte blir väl beaktade, om ett beslut som fattats i ett upphandlingsförfarande i en ärendegrupp vars juridiska betydelse är liten behandlas fullskaligt i två domstolsinstanser. Utgående från detta ska en begränsning av det fortsatta ändringsökandet via besvärstillståndssystemet i upphandlingar som grundar sig på ett ramavtal anses vara acceptabla skäl i relation till de allmänna principer som gäller begränsning av grundläggande fri- och rättigheter.

Påföljder

Påföljder om vilka föreskrivs i försvars- och säkerhetsupphandlingslagen ska vara att kontraktet är ogiltigt, en förkortning av kontraktperioden och förordnande av en påföljdsavgift. I fråga om kontraktens ogiltighet ska påföljden inriktas på upphandlingar som överskrider EU-tröskelvärdet i enlighet med försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet på de förutsättningar som i övrigt bestäms i direktivet. En förkortning av kontraktperioden och förordnande av en påföljdsavgift grundar sig också de på försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet som alternativa påföljder som avses i direktivet.

Den påföljd som gäller kontraktens ogiltighet och en förkortning av kontraktperioden måste granskas i förhållande till det egendomsskydd som avses i 15 § i grundlagen. Enligt vedertagen praxis i unionens domstol är egendomen skyddad som en grundläggande rättighet i de allmänna rättsliga principer som domstolen omfattar. Vad gäller primärrätten kan artikel 6.2 i EU-fördraget nämnas, där det hänvisas till Europakonventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och medlemsstaternas gemensamma konstitutionella traditioner (GrUU 25/2005 rd).

Eftersom de påföljder det är frågan om blir påförda i den ordning som sägs i förvaltningsprocessen som administrativa sanktioner måste de också granskas i förhållande till de krav på exakthet för en påföljd, vilka anknyter till administrativa sanktioner. Kravet på exakthet i fråga om påföljder kan igen härledas ur grundlagens kriminalrättsliga le-

galitetsprincip. Kravet på exakthet i lagstiftningen sammanhänger särskilt med det att ekonomiska aktörer bör ha en möjlighet att på förhand bedöma en påföljd också när det är fråga om administrativa sanktioner.

I tolkningspraxis gällande 15 § i grundlagen har det ansetts att det egendomsskydd grundlagen garanterar också omfattar avtalsförhållandens fortbestånd, även om det inte är en absolut regel i utskottspraxis att retroaktiva ingrepp inte får göras i avtalsförhållandena (t.ex. GrUU 28/1994 rd, GrUU 37/1998 rd, GrUU 63/2002 rd). Tanken bakom skyddet för förmögenhetsrättsliga rättshandlingars fortbestånd är att rättssubjekten har grundade förväntningar på skydd i ekonomiska frågor (t.ex. GrUU 48/1998 rd, GrUU 33/2002 rd, GrUU 21/2004 rd). Skyddet för sådana grundade förväntningar har i utskottets praxis ansetts omfatta rätten att lita på att den lagstiftning som reglerar rättigheter och skyldigheter som är viktiga med avseende på att avtalsförhållandet består och att denna typ av frågor inte kan regleras på ett sätt som i oskäligt hög grad försämrar parternas rättsliga ställning (t.ex. GrUU 21/2004 rd). Utskottet har också bedömt denna typ av bestämmelser som ingriper i egendomsskyddet med avseende på de generella villkoren för begränsningar i de grundläggande fri- och rättigheterna, som kravet på acceptans och proportionalitet (t.ex. GrUU 13/2003 rd, GrUU 56/2005 rd och GrUU 42/2006 rd).

Den föreslagna reglering som påverkar kontraktförhållandenas varaktighet måste bedömas med tanke på de allmänna förutsättningarna att begränsa grundläggande fri- och rättigheter. Ogiltighetspåföljden i försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet och i förslaget till försvars- och säkerhetsupphandlingslag och den påföljd som bl.a. gäller förkortning av kontraktperioden och som är alternativ till ogiltighetspåföljden är påföljder genom vilka man strävar efter att förhindra i synnerhet att olagliga direktupphandlingar görs samt att trygga att s.k. realmedel används under tiden för behandling i marknadsdomstolen. Förhindrande av direktupphandling och tryggande av användningen av realmedel måste anses som ett acceptabelt skäl med tanke på de allmänna förutsättning-

arna att begränsa grundläggande fri- och rättigheter.

Med tanke på proportionalitetsprincipen måste det beaktas att den upphandlande enheten har möjlighet att med sin egen verksamhet utesluta förordnandet av en ogiltighetspåföljd genom att publicera en förhandsannons som avses i 81 § i den föreslagna försvars- och säkerhetsupphandlingslagen om sin upphandling. I andra tillämpningssituationer visar sig proportionalitetsprincipen på så sätt att ogiltighet inte heller kan påföras i alla situationer där det har brutits mot väntetiden, även om det är fråga om en upphandling som överskrider EU-tröskelvärdena, om det för den upphandlande enhetens förfarande finns sådana skäl som nämns i 80 § i förslaget till upphandlingslag. I situationer där det har brutits mot väntetiden förutsätts dessutom att den upphandlande enheten i upphandlingsförfarandet har gjort ett annat fel, som har påverkat den ändringsökandes möjligheter att få upphandlingskontraktet.

Med tanke på ogiltighetspåföljdens exaktitet och samtidigt proportionaliteten måste det dessutom beaktas att enligt 98 § i förslaget till försvars- och säkerhetsupphandlingslag inriktar sig verkningarna av ogiltighetspåföljden på sådana kontraktsförpliktelser som inte har uppfyllts. Med tanke på proportionalitetsprincipen har ännu den faktorn sin egen betydelse att i lagen ska föreskrivas att domstolen ska ha prövningsrätt vid förordnandet av påföljder för att det ska kunna förhindras att den sammanlagda verkan av de olika påföljderna blir oskälig (101 § 2 mom. i den föreslagna försvars- och säkerhetsupphandlingslagen). Samverkans oskälighet ska dessutom bedömas både med tanke på den upphandlande enheten och enhetens kontraktsparter.

Av de påföljder som avses i förslaget till försvars- och säkerhetsupphandlingslag är gottgörelse (97 §) en nationell påföljd som grundar sig på den tidigare lagstiftningen och som har drag av både skadestånd och administrativ sanktion.

I grundlagsutskottets utlåtandepraxis har som en administrativ påföljd med karaktär av sanktion ansetts bl.a. den påföljdsavgift som avses i lagen om förhindrande av miljöförorenning från fartyg (GrUU 32/2005 rd). Ef-

tersom avgiften enligt utskottet inbegriper utövande av offentlig makt i betydande utsträckning måste grunderna för den enligt 2 § 3 mom. i grundlagen föreskrivas genom lag. I nämnda utlåtande ansågs detta förutsätta att lagen innehåller klara och specifika bestämmelser om bl.a. betalningsskyldighet och grunderna för avgiftsbeloppet samt om den betalningsskyldiges rättsskydd. Också grunderna för lagens verkställighet ska skrivas in i lagen.

Till följd av gottgörelsepåföljdens drag av administrativ sanktion föreslås det i regeringens proposition att för gottgörelse ska föreskrivas om en övre gräns som ställs i relation till värdet av den upphandling som den förordnas för, men av särskilda skäl ska denna övre gräns dock kunna överskridas. Den föreslagna övre gränsen (10 procent av upphandlingens värde) motsvarar upphandlingslagen. Också förutsättningarna för att påföra en gottgörelse samt möjligheten att använda rättsmedel ska vara av samma typ som i gällande upphandlingslag.

Med beaktande av gottgörelsepåföljdens juridiska karaktär är det inte möjligt att föreskriva om en fast övre gräns för gottgörelsepåföljden. Sålunda ska det med tanke på 2 § 3 mom. i grundlagen anses som ett tillräckligt regleringssätt att en övre gräns fastslås men att det samtidigt tillåts att den överskrids av ett särskilt skäl. Med tanke på rätt proportion för regleringen är det dessutom av betydelse att det beaktas att påföljdernas sammanlagda verkan är skälig, vilket redan refererades i bestämmelser ovan.

De beslut som gäller s.k. realmedel som marknadsdomstolen har förordnat med stöd av 96 § 1 mom. 1–3 punkten i förslaget till försvars- och säkerhetsupphandlingslag ska vara verkställbara omedelbart. Övriga påföljder vid ett upphandlingsförfarande, vilka marknadsdomstolen förordnar och vilka avses i 96 § i försvars- och säkerhetsupphandlingslagen – gottgörelse, ogiltighet, förkortning av kontraktsperioden och påföljdsavgift – ska vara verkställbara först när de är grundade på ett lagakraftvunnet beslut.

Verkställbarheten hos de påföljder som marknadsdomstolen förordnar ska utgående från utskottets utlåtandepraxis bedömas utifrån 21 § i grundlagen (t.ex. GrUU 4/2004

rd och GrUU 32/2005 rd). I utskottets utlå-
tandepraxis har huruvida de administrativa
sanktionerna är omedelbart verkställbara be-
dömts bl.a. ur den synvinkeln hur flexibla
bestämmelser eller vilket slags helhetspröv-
ning utgående från i synnerhet omständighe-
terna eller fallets särdrag påförandet av på-
följden grundar sig på i lagen. I sitt utlåtande
GrUU 4/2004 rd ansåg utskottet att lagför-
slaget kunde behandlas i vanlig lagstiftnings-
ordning, om det som villkor för att ta ut på-
följdsavgift föreskrivs att beslutet om att på-
föra avgift har vunnit laga kraft. På detta sätt
fick man enligt utskottet genom rättsmedel
adekvata garantier för att rättssäkerheten bli-
vit tillbörligen tillgodosedd.

Den omedelbara verkställbarheten hos
marknadsdomstolens beslut ska bedömas ur
den synvinkeln att för upphandlingsförfaran-
det gäller särskilda skyndsamhetskrav både
med tanke på dem som deltar i upphandlings-
förfarandet och på den upphandlande enhe-
ten. Således står sådana avgöranden av
marknadsdomstolen där den upphandlande
enheten åläggs att korrigera upphandlingsför-
farandet eller att konkurrensutsätta en upp-
handling på nytt i en annan ställning än de
beslut av marknadsdomstolen med vilka den
upphandlande enheten påförs ekonomiska
administrativa påföljder eller där de ekono-
miska administrativa påföljderna kommer att
gälla också den vinnande parten i ett upp-
handlingsförfarande. Betydelsen av dylika
ekonomiska påföljder kan också vara synner-
ligen stor. Eftersom med förordnandet av på-
följder oundvikligen sammanhänger både ett
övervägande i det enskilda fallet och ett
övervägande av helheten, skulle omedelbar
verkställbarhet för dessa beslut inte stå i
samklang med kraven i 21 § i grundlagen.
Med tanke på kraven i 21 § i grundlagen
måste det föreslagna verkställighetssystemet
med tanke på den föreslagna lagen som hel-
het därmed anses godtagbart.

Den ogiltighetspåföljd som avses i proposi-
tionen är en administrativ påföljd som grun-
dar sig på rättsmedeldirektivet och unionens
domstols rättspraxis, vilken i sig riktar sig
mot kontraktsförhållandet. Förordnandet av
en sådan påföljd ska ske i normal behand-
lingsordning för upphandlingsärenden vid
marknadsdomstolen, dvs. i den ordning som

förvaltningsprocessen föreskriver. I den ord-
ning som förvaltningsprocessen föreskriver
ska också alla andra påföljder som kan klas-
sificeras som administrativa påföljder be-
handlas, dvs. också de alternativa påföljderna
till ogiltighetspåföljden, förkortning av kon-
traktsperioden och förordnande av påföljds-
avgift. Till denna del ska propositionen be-
dömas i förhållande till 21, 98 och 99 § i
grundlagen.

Grundlagsutskottet har betonat att besvär
över en förvaltningsmyndighets beslut att
förordna om en administrativ påföljdsavgift
till sin juridiska art är ett sådan ärende som
ska behandlas i förvaltningsprocessordning
till följd av att förordnandet av påföljdsavgift
baserar sig på utövandet av offentlig makt
(GrUU 47/2005 rd). I det föreslagna systemet
ska förordnandet av administrativa påföljder
i första instans ankomma på marknadsdom-
stolen i ett förfarande som blir anhängigt som
ett överklagande av den upphandlande myn-
dighetens beslut eller åtgärd. I fråga om ad-
ministrativa påföljder ska överklagandet av
ett beslut av marknadsdomstolen göras hos
högsta förvaltningsdomstolen. När de be-
stämmelser som ska tillämpas i förfarandet
samt ett fullständigt trygghande av överkla-
gandet beaktas, sammanhänger med behand-
lingsordningen för administrativa påföljder
inga statsförfattningsrättsliga problem med
tanke på ett korrekt förfarande som tryggas i
21 § i grundlagen eller arbetsfördelningen
mellan domstolarna som avses i 98 eller 99 §
i grundlagen.

Bestämmelser om bemyndiganden

Genom förordning av statsrådet ska med
stöd av 28, 45, 64 och 109 § i förslaget till
lag om offentlig försvars- och säkerhetsupp-
handling kunna meddelas närmare bestäm-
melser om annonseringsförfaranden, de för-
faringsätt som anknyter till kommunikation,
förpliktelser som anknyter till statistikföring
och utredningar som ska ges till Europeiska
unionens institutioner.

De bemyndiganden att utfärda förordning
som föreslås bli inbegripna i lagen om of-
fentlig försvars- och säkerhetsupphandling
kan anses grunda sig på tillräckligt exakta
och noggrant avgränsade bestämmelser om

grunderna för individens rättigheter och skyldigheter. Bemyndigandena att utfärda förordning kan anses uppfylla kraven i 80 § 1 mom. i grundlagen.

Behandlingsordning

De lagförslag som ingår i propositionen kan enligt regeringens uppfattning behandlas

i vanlig lagstiftningsordning. Till följd av de statsförfattningsrättsliga aspekter som sammanhänger med propositionen kan det dock anses motiverat att begära grundlagsutskottets utlåtande över propositionen.

Med stöd av vad som anförts ovan föreläggs Riksdagen följande lagförslag:

Lag

om offentlig försvars- och säkerhetsupphandling

I enlighet med Riksdagens beslut föreskrivs:

DEL I

2 §

Gemensamma bestämmelser om principer och tillämpningsområde

Principer för offentlig försvars- och säkerhetsupphandling

1 kap.

Syfte och principer

1 §

Lagens syfte

I denna lag föreskrivs om statens och kommunernas myndigheters samt andra upphandlande enheters skyldighet att konkurransutsätta sin försvars- och säkerhetsupphandling samt om de principer och förfaranden som ska tillämpas på dessa upphandlingar.

Syftet med lagen är att, utan att det äventyrar statens viktiga säkerhetsintressen, effektivisera användningen av allmänna medel, främja upphandling av hög kvalitet och garantera jämlika möjligheter för företag och andra sammanslutningar att erbjuda varor, tjänster och byggtreprenader vid anbuds-förfaranden för offentlig försvars- och säkerhetsupphandling.

Genom denna lag genomförs Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/81/EG om samordning av förfarandena vid tilldelning av vissa kontrakt för byggtreprenader, varor och tjänster av upphandlande myndigheter och enheter på försvars- och säkerhetsområdet, nedan *försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet*.

Den upphandlande enheten ska utnyttja befintliga konkurrensförhållanden, behandla deltagarna i upphandlingsförfarandet på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt förfara öppet och med beaktande av proportionalitetskraven, om inget annat följer av statens viktiga säkerhetsintressen enligt artikel 346.1 b i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt, nedan *EUF-fördraget*.

De upphandlande enheterna ska sträva efter att ordna sin upphandling så att den kan genomföras på ett så ekonomiskt och systematiskt sätt som möjligt samt i form av så ändamålsenliga helheter som möjligt med beaktande av miljöaspekterna. För att minska de administrativa uppgifterna i anslutning till upphandlingen kan de upphandlande enheterna utnyttja ramavtal samt genomföra gemensamma upphandlingar eller utnyttja andra samarbetsmöjligheter vid anbuds-förfaranden för offentlig försvars- och säkerhetsupphandling.

Om en anbudssökande eller anbudsgivare i anbuds-förfarandet är en sammanslutning eller en inrättning som ägs av den upphandlande enheten eller är en annan upphandlande enhet ska denna behandlas på samma sätt som övriga anbudssökande och anbudsgivare.

3 §

Definitioner

I denna lag och i bestämmelser som utfärdats med stöd av den avses med

1) *upphandlingskontrakt* ett skriftligt kontrakt som slutits mellan en eller flera upphandlande enheter och en eller flera leverantörer och som avser utförande av byggentreprenad, upphandling av varor eller utförande av tjänster mot ekonomisk ersättning,

2) *byggentreprenadkontrakt* ett upphandlingskontrakt som gäller utförande eller både projektering och utförande av sådana byggarbeten eller byggentreprenader som kan hänföras till en verksamhet som avses i bilaga C; med byggentreprenadkontrakt avses även utförande, oavsett form, av byggentreprenader som uppfyller de krav som den upphandlande enheten ställer; med byggentreprenad kan avses en entreprenad för hus-, jord- eller vattenbyggnadsarbeten som bildar en ekonomisk eller teknisk helhet,

3) *varuupphandlingskontrakt* ett upphandlingskontrakt som avser annat än byggentreprenader; ett varuupphandlingskontrakt syftar till köp, leasing, hyra eller upphandling på avbetalning med eller utan köpoption av en vara; som varuupphandlingskontrakt anses även ett sådant upphandlingskontrakt som utöver upphandling av varor även omfattar monterings- och installationsarbeten,

4) *tjänsteupphandlingskontrakt* ett kontrakt som avser annat än byggentreprenader och varuupphandling och som syftar till utförande av tjänster; som tjänsteupphandlingskontrakt anses även ett sådant upphandlingskontrakt som utöver tjänster även omfattar varor, om tjänsternas värde överstiger varornas värde; som tjänsteupphandlingskontrakt anses dessutom ett upphandlingskontrakt som utöver tjänster även omfattar byggarbeten enligt bilaga C, om dessa endast är supplement till upphandlingens huvudsakliga föremål,

5) *underleverantörskontrakt* ett skriftligt kontrakt som slutits mellan en anbudsgivare som valts ut för ett kontrakt och en eller flera leverantörer, och som avser utförande av byggentreprenad, leverans av varor eller tillhandahållande av tjänster enligt kontraktet mot ekonomisk ersättning,

6) *leverantör* en fysisk eller juridisk person, offentlig enhet eller en grupp av sådana som på marknaden erbjuder varor, tjänster, byggarbeten eller byggentreprenader,

7) *anbudssökande* en leverantör som anmält intresse för att delta i ett selektivt eller förhandlat förfarande eller en konkurrenspräglad dialog,

8) *anbudsgivare* en leverantör som lämnar ett anbud,

9) *selektivt förfarande* ett upphandlingsförfarande där den upphandlande enheten publicerar en upphandlingsannons om upphandlingen och i vilket intresserade leverantörer kan begära att få delta; endast de anbudssökande som den upphandlande enheten utser får lämna anbud,

10) *förhandlat förfarande* ett upphandlingsförfarande där den upphandlande enheten publicerar en upphandlingsannons om upphandlingen och i vilket intresserade leverantörer kan begära att få delta; den upphandlande enheten förhandlar om villkoren för upphandlingskontraktet med de leverantörer som den utser,

11) *direktupphandling* ett upphandlingsförfarande där den upphandlande enheten utan att publicera någon upphandlingsannons utser en eller flera leverantörer att delta i förfarande och förhandlar om villkoren för kontraktet med dem,

12) *konkurrenspräglad dialog* ett upphandlingsförfarande där den upphandlande enheten publicerar en upphandlingsannons om upphandlingen och i vilket alla leverantörer kan begära att få delta; den upphandlande enheten för en dialog med de godkända anbudssökandena för att nå fram till en eller flera lösningar som kan tillgodose enhetens behov och som utgör grunden för de anbud som de utvalda anbudssökandena inbjuds att lämna,

13) *ramavtal* ett avtal som ingås mellan en eller flera upphandlande enheter och en eller flera leverantörer i syfte att fastställa villkoren för upphandlingskontrakt som ingås under en viss tidsperiod, såsom priser och planerade kvantiteter,

14) *säkerhetsklassificerad handling* en handling eller uppgifter i en handling, som i enlighet med lag eller en bestämmelse som

utfärdats med stöd av lag har försetts med en anteckning om säkerhetsklass,

15) *kris* en situation i Finland eller i ett annat land då en händelse med skadliga konsekvenser inträffar som tydligt går utöver omfattningen av en allvarlig händelse under vanliga omständigheter och som i hög grad hotar eller inskränker människors liv och hälsa eller i hög grad påverkar betydande egendomsvärden eller kräver åtgärder för att tillhandahålla befolkningens livsförnödenheter; en kris ska också anses ha uppstått om det föreligger överhängande risk för att en sådan allvarlig händelse kommer att inträffa; väpnade konflikter, och krig ska betraktas som kriser när denna lag tillämpas,

16) *forskning och utveckling* all verksamhet som omfattar grundforskning, tillämpad forskning och experimentell utveckling; det senare kan omfatta utformning av tekniska verktyg för att demonstrera ett nytt koncept eller en ny tekniks funktion i en relevant eller typisk miljö,

17) *teknisk specifikation* fastställda egenskaper hos den vara, den tjänst eller det material som är föremål för upphandlingen; sådana egenskaper är bland annat kvalitetsnivå och miljöskyddsnivå, projektering, överensstämmelse med krav och ändamålsenlighet samt bedömning av produktens bruksegenskaper, produktens säkerhet och mått, beteckning under vilken produkten saluförs, terminologi, symboler, provning och provningsmetoder samt krav på förpackning, märkning, etiketter, bruksanvisningar, produktionsprocesser och produktionsmetoder samt krav beträffande förfaranden vid bedömning av överensstämmelse; egenskaper som vid offentliga byggtreprenader fastställs genom tekniska specifikationer är dessutom bestämmelser om projektering, kostnadsberäkning, provning och kontroll, villkoren för att arbetet ska godkännas, byggmetoder samt byggt teknik och andra tekniska villkor som hänför sig till det färdiga arbetet och material eller delar som ingår i det,

18) *standard* en teknisk definition som godkänts av ett erkänt standardiseringsorgan för upprepad och kontinuerlig tillämpning och som har offentliggjorts som standard och

med vilken överensstämmelse inte är obligatorisk; en standard kan vara

a) *internationell*, dvs. antagen av ett internationellt standardiseringsorgan och tillgänglig för allmänheten, eller

b) *européisk*, dvs. antagen av ett europeiskt standardiseringsorgan och tillgänglig för allmänheten,

c) *nationell*, dvs. antagen av ett nationellt standardiseringsorgan och tillgänglig för allmänheten, eller

d) *försvarsområdets*, varvid den har godkänts av ett internationellt, regionalt eller nationellt standardiseringsorgan, som har specialiserat sig på att upprätta tekniska specifikationer för upprepad och kontinuerlig tillämpning, och det inte är obligatoriskt att följa standarden,

19) *européiskt tekniskt godkännande* en positiv teknisk bedömning av en för ett visst ändamål avsedd byggprodukts lämplighet för detta ändamål vilken lämnats av ett godkännandeorgan utsett av en medlemsstat i Europeiska unionen; godkännandet grundar sig på uppfyllandet av de väsentliga kraven beträffande byggnadsverket, på basis av vilka de för produkten kännetecknande egenskaperna har fastställts, samt på en definition av användningsförhållandena,

20) *officiell teknisk definition* en teknisk definition som har erkänts av medlemsstaterna i Europeiska unionen och som har offentliggjorts i Europeiska unionens officiella tidning,

21) *teknisk referens* vilken som helst annan teknisk definition än en officiell standard, som har tagits fram av ett europeiskt standardiseringsorgan i enlighet med förfaranden som beaktar marknadens behov,

22) *erkänt organ* provnings- eller kalibreringslaboratorier och kontroll- och certifieringsorgan som uppfyller tillämpliga europeiska standarder; den upphandlande enheten ska också godta intyg utfärdade av erkända organ i andra medlemsstater i Europeiska unionen,

23) *livscykel* en varas samtliga stadier, det vill säga forskning och utveckling, industriell utveckling, tillverkning, reparation, modernisering, ändring, underhåll, service och ordnande av service, lagring, transport, utbildning, testning, återkallande och förstöring,

24) *gemensam terminologi vid offentlig upphandling (CPV)* den tillämpliga nomenklatur som avses i Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 2195/2002 om en gemensam terminologi vid offentlig upphandling (CPV),

25) *skriftlig* varje enhet av ord eller siffror som kan läsas, återges och sedan meddelas; denna enhet kan innehålla uppgifter som går att överföra eller lagra med elektroniska medel.

Vad som i denna lag förskrivs om en säkerhetsklassificerad handling tillämpas också på en handling där det för skyddande av ett nationellt säkerhetsintresse, som enligt lag är sekretessbelagt, har gjorts en anteckning om den skyddsnivå som ska iakttas vid hanteringen av handlingen i enlighet med vad som föreskrivs särskilt.

2 kap.

Tillämpningsområde

4 §

Upphandlande enheter

Upphandlande enheter som avses i denna lag är

1) statens, kommunernas och samkommunernas myndigheter,

2) affärsverk enligt lagen om statliga affärsverk (1062/2010),

3) offentligrättsliga organ; med *offentligrättsligt organ* avses en juridisk person som särskilt har inrättats för att tillgodose sådana behov i det allmännas intresse som inte har industriell eller kommersiell karaktär, och

a) som till största delen finansieras av en upphandlande enhet som avses i 1—3 punkten,

b) vars ledning står under kontroll av en upphandlande enhet som avses i 1—3 punkten, eller

c) i vars förvaltnings-, styrelse- eller kontrollorgan mer än hälften av ledamöterna utses av en upphandlande enhet som avses i 1—3 punkten, samt

4) de upphandlande enheter som avses i 5 § i lagen om upphandling inom sektorerna vat-

ten, energi, transporter och posttjänster (349/2007), nedan *försörjningslagen*.

5 §

Försvars- och säkerhetsupphandling

Om inget annat följer av 36, 51, 52 eller 62 artikeln i EUF-fördraget, tillämpas denna lag på försvars- och säkerhetsupphandling som de upphandlande enheter som avses i 4 § gör.

Försvarsupphandling är upphandling som gäller

1) försvarsmateriel, tillhörande komponenter eller komponenthelheter,

2) byggtreprenader, varor eller tjänster som direkt hänför sig till materiel som avses i 1 punkten under något stadium av dess livscykel, eller

3) byggtreprenader eller tjänster särskilt för militära ändamål.

Säkerhetsupphandling är upphandling som gäller

1) varor som är avsedda för säkerhetssyften och där det för att genomföra upphandlingen av dem ges, upprättas eller annars behandlas säkerhetsklassificerade handlingar samt komponenter eller komponenthelheter till dessa varor,

2) byggtreprenader, varor eller tjänster som direkt hänför sig till de varor som avses i 1 punkten under något stadium av deras livscykel, eller

3) byggtreprenader eller tjänster som är avsedda att användas för säkerhetsändamål och där det för att genomföra upphandlingen av dem ges, upprättas eller annars behandlas säkerhetsklassificerade handlingar.

Med försvarsmateriel avses varor som är särskilt planerade eller anpassade för militära ändamål och avsedda att användas som vapen, ammunition eller försvarsförnödenheter.

6 §

Blandade upphandlingskontrakt och tillämpning av upphandlingslagen

Om upphandlingen av en byggtreprenad, vara eller tjänst omfattas delvis av tillämpningsområdet för denna lag och delvis av tillämpningsområdet för lagen om offentlig

upphandling (348/2007), nedan *upphandlingslagen*, eller försörjningslagen samtidigt som upphandlingen bara kan göras med ett enda kontrakt, ska upphandlingen göras i enlighet med denna lag.

Om upphandlingen av en byggentreprenad, vara eller tjänst endast delvis omfattas av tillämpningsområdet för denna lag och varken upphandlingslagen eller försörjningslagen ska tillämpas på upphandlingen och upphandlingen bara kan göras med ett enda kontrakt, ska inte heller denna lag tillämpas på den med undantag av det som föreskrivs om upphandlingsrättelse i 85 § och besvärslösa bud i 104 § 2 mom.

En upphandling får inte genomföras med ett enda kontrakt i syfte att undvika tillämpning av bestämmelserna i denna lag, upphandlingslagen eller försörjningslagen.

En upphandlande enhet får också besluta att i stället för denna lag tillämpa upphandlingslagen på upphandling av en byggentreprenad, vara eller tjänst som omfattas av tillämpningsområdet för denna lag. I ett sådant fall tillämpas upphandlingslagen på upphandlingen i sin helhet. På delgivningen av den upphandlande enhetens beslut tillämpas dock 77 § 3 mom. i denna lag.

7 §

Allmänna undantag från lagens tillämpningsområde

Med undantag av det som föreskrivs om upphandlingsrättelse i 85 § och besvärslösa bud i 104 § 2 mom., tillämpas denna lag inte på

1) försvars- och säkerhetsupphandling, som omfattas av sekretess eller där tillämpningen av denna lag skulle kräva att den upphandlande enheten lämnar ut information, vars avslöjande strider mot statens väsentliga säkerhetsintressen,

2) försvars- och säkerhetsupphandling mellan myndigheter,

3) försvars- och säkerhetsupphandling, för vilken gäller

a) särskilda förfaranderegler med stöd av ett internationellt avtal eller arrangemang mellan Finland och minst en stat som står

utanför Europeiska ekonomiska samarbetsområdet,

b) särskilda förfaranderegler med stöd av ett internationellt avtal eller arrangemang, som gäller stationering av styrkor,

c) en internationell organisations särskilda förfaranderegler när den internationella organisationen gör upphandling för egna syften, eller

d) en internationell organisations särskilda förfaranderegler när den upphandlande enheten måste genomföra upphandlingen i enlighet med dem,

4) försvars- och säkerhetsupphandling som hänför sig till ett forsknings- och utvecklingsprojekt som gäller en gemensam ny produkt mellan minst två stater som hör till Europeiska ekonomiska samarbetsområdet och inte heller på upphandling som har gjorts i senare stadier av denna produkts livscykel, eller

5) upphandling som genomförs när styrkor sänds till områden utanför Europeiska ekonomiska samarbetsområdet och vilken görs i något tredje land, när upphandlingen av operativa behov måste ingås med en sådan leverantör som är verksam i området i fråga.

Denna lag tillämpas inte heller på försvars- och säkerhetsupphandling som

1) görs av en upphandlande enhet som avses i 4 § 1 mom. 4 punkten och där värdet på upphandlingen inte överstiger EU-tröskelvärdet enligt 12 §,

2) görs för att utföra en sådan verksamhet som i enlighet med 11 § i försörjningslagen genom ett beslut av Europeiska kommissionen har fastställts vara en direkt konkurrensetsatt verksamhet på marknader med fritt tillträde.

Om endast stater som är medlemmar i Europeiska unionen deltar i ett forsknings- och utvecklingsprojekt enligt 1 mom. 4 punkten, ska forsknings- och utvecklingsprojektet anmälas till Europeiska kommissionen. Anmälan ska göras när forsknings- och utvecklingsprojektet inleds och den ska innehålla uppgifter om kostnadsfördelningsavtal som ingåtts mellan projektets parter, forsknings- och utvecklingsutgifternas andel i förhållande till projektets totala kostnader samt, om upphandling har planerats hos medlemsstaterna, deras andelar.

8 §

Särskilda undantag från lagens tillämpningsområde

Med undantag av det som föreskrivs om upphandlingsrättelse i 85 § och besvärshöjning i 104 § 2 mom., tillämpas denna lag inte på försvars- och säkerhetsupphandling som sammanhänger med underrättelseverksamhet.

Med undantag av det som föreskrivs om upphandlingsrättelse i 85 § och besvärshöjning i 104 § 2 mom. tillämpas denna lag inte heller på försvars- och säkerhetsupphandling när det är fråga om

- 1) tjänsteupphandlingar som gäller förvärv eller hyra, oavsett finansieringsform, av mark, befintliga byggnader eller annan fast egendom eller rättigheter till sådana,
- 2) skiljemanna- och förlikningstjänster,
- 3) finansiella tjänster med undantag av försäkringstjänster,
- 4) anställningskontrakt,
- 5) forsknings- och utvecklingstjänster, utom de som uteslutande är till nytta för en upphandlande enhet i dess egen verksamhet, förutsatt att den tillhandahållna tjänsten helt betalas av den upphandlande enheten.

9 §

Upphandling hos enheter anknutna till den upphandlande enheten

Denna lag tillämpas inte på försvars- och säkerhetsupphandling som den upphandlande enheten företar hos en enhet som är formellt fristående från den och självständig med tanke på beslutsfattandet, om den upphandlande enheten ensam eller tillsammans med andra upphandlande enheter övervakar enheten på samma sätt som den övervakar egna verksamhetsställen och om enheten bedriver huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med de upphandlande enheter som utövar ett bestämmande inflytande över den.

10 §

Upphandling hos inköpscentral

En upphandlande enhet som anskaffar varor, tjänster eller byggtreprenader som omfattas av denna lags tillämpningsområde via en inköpscentral anses ha följt denna lag, om inköpscentralen har följt den.

Med inköpscentral avses en upphandlande enhet eller ett europeiskt offentligt organ som anskaffar varor eller tjänster åt de upphandlande enheterna eller sluter upphandlingskontrakt eller ramavtal om varor, tjänster eller byggtreprenader för dessa.

11 §

Reservering av upphandling för arbetscentraler

En upphandlande enhet kan reservera rätten att delta i ett anbudsförfarande för arbetscentraler eller motsvarande enheter eller föreskriva att kontrakten ska fullgöras inom ramen för program för skyddad anställning, om majoriteten av de berörda arbetstagarna är personer med funktionshinder som på grund av funktionshindrets art eller svårighet inte kan utöva yrkesverksamhet på normala villkor. Av upphandlingsannonserna ska framgå att kontraktet är reserverat för arbetscentraler eller för fullgörande inom ramen för program för skyddad anställning.

3 kap.

Tröskelvärden och tillämpningsbestämmelser som anknyter till upphandlingsformerna

12 §

EU-tröskelvärden

De EU-tröskelvärden som baserar sig på kommissionens förordning (EG) nr 1177/2009 om ändring av europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG, 2004/18/EG och 2009/81/EG avseende de

tröskelvärden som ska tillämpas vid upphandlingsförfaranden är

1) 387 000 euro vid upphandling av varor och tjänster samt

2) 4 845 000 euro vid byggtreprenader.

Europeiska kommissionen reviderar tröskelvärdena vartannat år genom en förordning i enlighet med förfarandet i artikel 68 i försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivet och offentliggör de reviderade tröskelvärdena i Europeiska unionens officiella tidning, varvid värdena i 1 mom. ersätts med de reviderade värden som Europeiska kommissionen har beslutat om. Arbets- och näringsministeriet ska utan dröjsmål i officiella tidningen informera om ändringar av EU-tröskelvärdena i enlighet med de revideringar som Europeiska kommissionen har gjort.

13 §

Nationella tröskelvärden

Med undantag av det som föreskrivs om upphandlingsrättelse i 85 § och besvärsförbud i 104 § 2 mom. tillämpas denna lag inte på följande försvars- och säkerhetsupphandlingar:

1) varu- och tjänsteupphandling, vars uppskattade värde exklusive mervärdesskatt understiger 100 000 euro,

2) byggtreprenad, vars uppskattade värde exklusive mervärdesskatt understiger 500 000 euro.

14 §

Bestämmelser som ska tillämpas på varu- och tjänsteupphandling samt på byggtreprenader

Med undantag av bestämmelserna i del III, tillämpas denna lag på sådan varuupphandling, tjänsteupphandling enligt bilaga A och byggtreprenad som överstiger det EU-tröskelvärde som avses i 12 § 1 mom. Lagen tillämpas även på upphandling av tjänster enligt bilaga A tillsammans med tjänster enligt bilaga B, om värdet av tjänsterna enligt bilaga A överstiger värdet av tjänsterna enligt bilaga B och upphandlingens totala värde överstiger EU-tröskelvärdet.

På sådan varuupphandling, tjänsteupphandling enligt bilaga A och byggtreprenader som understiger det EU-tröskelvärde som avses i 12 § 1 mom. men överstiger det nationella tröskelvärde som avses i 13 § tillämpas inte del II.

På tjänsteupphandlingar enligt bilaga B tillämpas inte del II. På sådan tjänsteupphandling enligt bilaga B som överstiger det EU-tröskelvärde som avses i 12 § 1 mom. tillämpas dock det som i 28 § föreskrivs om annonseringsskyldighet i efterhand och om anmälan om direktupphandling, i 37 § om tekniska specifikationer och i 38 § om tekniska specifikationer som gäller miljöegenskaper samt i 44 § om bevis som anbudsgivaren lägger fram.

15 §

Bestämmelser som ska tillämpas på vissa andra upphandlingar

På upphandling vars förutsättningar enligt artikel 346.1 b i EUF-fördraget är uppfyllda och vars värde överstiger det nationella tröskelvärdet enligt 13 § tillämpas inte del II.

Om upphandlingen av en byggtreprenad, vara eller tjänst omfattas av tillämpningsområdet för denna lag, men endast en del av upphandlingen samtidigt uppfyller förutsättningarna enligt artikel 346.1 b i EUF-fördraget och upphandlingen bara kan göras med ett enda kontrakt, tillämpas del II inte på upphandlingen.

4 kap.

Beräkning av det uppskattade värdet på en upphandling

16 §

Beräkning av det uppskattade värdet på en upphandling

Det uppskattade värdet på en upphandling ska beräknas utifrån den största totala ersättning som ska betalas, exklusive mervärdesskatt. Också eventuella alternativa sätt för genomförande av upphandlingen samt op-

tions- och förlängningsklausuler som ingår i upphandlingskontraktet ska beaktas vid beräkning av värdet.

Vid beräkning av det uppskattade värdet av en byggentreprenad ska hänsyn tas till entreprenadens värde samt till det uppskattade totala värdet av de varor som är nödvändiga för att entreprenaden ska kunna utföras och som den upphandlande enheten tillhandahåller entreprenören.

Om en upphandling genomförs samtidigt genom olika delkontrakt, ska det uppskattade totala värdet av samtliga motsvarande delkontrakt beaktas då det uppskattade värdet av upphandlingskontraktet beräknas. Om det sammanlagda värdet av delkontrakten är minst detsamma som EU-tröskelvärdet enligt 12 § eller det nationella tröskelvärdet enligt 13 §, ska de bestämmelser som gäller upphandling som överstiger tröskelvärdet i fråga iaktas vid upphandlingen av varje del så som föreskrivs i 3 kap.

På delkontrakt vid varu- eller tjänsteupphandling vars uppskattade värde understiger 80 000 euro samt på delkontrakt vid byggentreprenader vars uppskattade värde är minst 1 miljon euro tillämpas inte denna lag, om det sammanlagda värdet av dessa delar inte överstiger 20 procent av det sammanlagda värdet av samtliga delar. Om det uppskattade värdet av en del av en byggentreprenad överstiger det nationella tröskelvärdet enligt 13 §, ska den upphandlande enheten dock iakta denna lag så som föreskrivs i 14 § 2 mom.

Det uppskattade värdet ska gälla då den upphandlande enheten skickar ut upphandlingsannonsen för publicering eller på annat sätt inleder upphandlingsförfarandet.

17 §

Beräkning av det uppskattade värdet på viss tjänsteupphandling

Vid beräkning av det uppskattade värdet på en upphandling ska som utgångspunkt när det gäller

1) försäkringstjänster användas de försäkringspremier som ska betalas och andra ersättningar,

2) tjänsteupphandling som gäller projektering användas de avgifter och provisioner som ska betalas och andra ersättningar.

18 §

Beräkning av det uppskattade värdet för en kontraktperiod

Om ett varuupphandlingskontrakt avser leasing, hyra eller upphandling på avbetalning, ska beräkningen av det uppskattade värdet av kontraktet grundas på

1) det uppskattade totala värdet för hela giltighetstiden av ett tidsbundet kontrakt som gäller högst 12 månader eller det totala värdet, inklusive det uppskattade restvärdet, av ett tidsbundet kontrakt som gäller längre än 12 månader, eller

2) det uppskattade månadsvärdet multiplicerat med 48, om kontraktet gäller tills vidare eller för obestämd tid.

I fråga om varu- eller tjänsteupphandlingskontrakt som regelbundet återkommer eller som ska förnyas inom en viss period ska beräkningen av det uppskattade värdet grundas på

1) det totala värdet av en följd av liknande upphandlingar som gjorts under de föregående 12 månaderna eller under den föregående räkenskapsperioden med beaktande av ändringar i kvantitet eller värde under de följande 12 månaderna, eller

2) det uppskattade totala värdet av en följd av upphandlingar som gjorts under loppet av de 12 månader som följer på den första varuleveransen eller, om det är fråga om ett kontrakt på mer än 12 månader, under loppet av därpå följande räkenskapsperiod.

När det gäller tjänsteupphandlingskontrakt där totalpriset inte anges ska beräkningen av det uppskattade värdet grundas på

1) det uppskattade totala värdet under kontraktstiden, om kontraktet har en bestämd löptid om högst 48 månader, eller

2) månadsvärdet multiplicerat med 48, om upphandlingskontraktet löper på obestämd tid eller om kontraktet har en längre löptid än 48 månader.

När det gäller ramavtal ska det uppskattade värdet av upphandlingen beräknas utifrån det uppskattade totala värdet av samtliga plane-

rade upphandlingskontrakt under ramavtalets löptid.

19 §

Förbud mot att dela upp upphandling eller kombinera upphandlingar på ett artificiellt sätt

En upphandling får inte delas upp eller beräknas med exceptionella metoder i syfte att undgå tillämpning av bestämmelserna i denna lag. En varuupphandling eller en tjänstepphandling får inte heller kombineras med en byggtreprenad eller upphandlingar anars kombineras på ett artificiellt sätt i syfte att undgå tillämpning av bestämmelserna i denna lag.

DEL II

Bestämmelser om varuupphandlingar, upphandlingar av primära tjänster enligt bilaga A och byggtreprenader vilka överstiger EU-tröskelvärdet

5 kap.

Upphandlingsförfaranden

20 §

Val av upphandlingsförfarande

De konkurrensförfaranden som används vid upphandlingar definieras i 3 § 9—13 punkten. Vid upphandling ska i första hand selektivt eller förhandlat förfarande användas. Direktupphandling, konkurrenspräglad dialog och ramavtal kan användas under de förutsättningar som anges i 22—27 §.

Vid selektivt förfarande, förhandlat förfarande och konkurrenspräglad dialog kan den upphandlande enheten på förhand begränsa antalet anbudssökande som inbjuds att delta i anbudsförfarandet. Det lägsta antal anbudssökande som inbjuds att delta i förfarandet samt vid behov det högsta antalet anbudssökande ska uppges i upphandlingsannonsen. De anbudssökande som godkänns som anbudsgivare ska väljas utifrån de minimikrav

på anbudssökandenas lämplighet som anges i upphandlingsannonsen samt utifrån objektiva och icke-diskriminerande kriterier.

Det antal anbudssökande som inbjuds att delta i anbudsförfarandet ska med hänsyn till upphandlingens omfattning och art vara tillräckligt stort för att säkerställa verklig konkurrens. Vid selektivt förfarande, förhandlat förfarande och konkurrenspräglad dialog ska minst tre anbudssökande inbjudas, om inte antalet lämpliga sökande är lägre.

Till anbudsförfarandet ska inbjudas minst så många anbudssökande som den upphandlande enheten fastställt på förhand. Om antalet lämpliga sökande är lägre, kan den upphandlande enheten fortsätta upphandlingsförfarandet genom att be lämpliga sökande lämna anbud eller inleda förhandlingar. Endast de anbudssökande som uppfyller minimikraven och som har lämnat in en anbudsansökan får delta i anbudsförfarandet.

Om den upphandlande enheten anser att det inte finns tillräckligt många lämpliga anbudssökande för att säkerställa verklig konkurrens, kan enheten publicera den ursprungliga upphandlingsannonsen på nytt och sätta ett nytt datum för när ansökningarna om deltagande ska vara inlämnade. De anbudssökande som inbjuds till anbudstävlan ska väljas bland de sökande som anmält sig utgående från den ursprungliga och den nya upphandlingsannonsen. Publiceringen av den nya upphandlingsannonsen begränsar inte den upphandlande enhetens möjlighet att avbryta upphandlingsförfarandet i enlighet med vad som föreskrivs i 75 §.

21 §

Det förhandlade förfarandets gång

Den upphandlande enheten ska förhandla med anbudsgivarna i syfte att anpassa anbudet till de krav som angetts i upphandlingsannonsen eller anbudsförfrågan. Syftet med förhandlingarna är att i enlighet med 57 § välja det bästa anbudet.

Förhandlingarna kan ske i successiva steg så att antalet anbud som deltar i förhandlingarna under förhandlingen minskas på grundval av kriterier för jämförelse av anbudet. En förutsättning för detta är att det i upphand-

lingsannonsen eller anbudsfrågan har angetts att förhandlingen sker i successiva steg och vilka kriterier som tillämpas vid förhandlingarna.

I den sista fasen av ett förhandlat förfarande ska det finnas ett tillräckligt antal anbudsgivare för att verklig konkurrens ska kunna säkerställas, om det finns tillräckligt många anbudsgivare eller anbud som uppfyller kraven.

Den upphandlande enheten ska behandla anbudssökande och anbudsgivare likvärdigt i förhandlingarna. Den upphandlande enheten får inte lämna ut information på ett sätt som äventyrar den likvärdiga behandlingen av anbudsförfarandets deltagare.

22 §

Direktupphandling

Den upphandlande enheten kan välja direktupphandling, om

1) det vid selektivt eller förhandlat förfarande eller konkurrenspräglad dialog inte har kommit in några ansökningar eller anbud eller inte har kommit in några lämpliga anbud och om de ursprungliga villkoren i anbudsfrågan inte ändras väsentligt,

2) det vid selektivt eller förhandlat förfarande eller konkurrenspräglad dialog har erhållits anbud som till sitt innehåll inte motsvarar anbudsfrågan, eller om anbudet inte kan godkännas enligt 39, 41—43, 45—56, 60 och 62 §; en förutsättning är dessutom att villkoren i anbudsfrågan inte ändras väsentligt och att med i direktupphandlingen tas alla de anbudsgivare som uppfyller de minimikrav som ställs i 46—54 § och som i det föregående förfarandet har lämnat in ett anbud som stämmer överens med formkraven i anbudsförandet,

3) upphandlingen av tekniska skäl eller av skäl som anknyter till skydd av ensamrätt bara kan genomföras av en viss leverantör,

4) det på grund av brådska som beror på en kris inte är möjligt att iaktta tidsfristerna i ett selektivt eller förhandlat förfarande eller tidsfristerna för ett påskyndat förfarande enligt 30 §,

5) det är absolut nödvändigt att sluta kontraktet och det är omöjligt att iaktta de före-

skrivna tidsfristerna på grund av synnerlig brådska som orsakats av omständigheter som inte beror på den upphandlande enheten och som inte kunnat förutses,

6) det är fråga om luft- och sjöfartstjänster till vapenmakter eller säkerhetstrupper som flyttats eller ska flyttas utomlands och tjänsterna endast kan upphandlas av sådana leverantörer vilkas anbud gäller endast en så kort tid att det inte är möjligt att iaktta föreskrivna tidsfrister,

7) den vara som ska upphandlas enbart tillverkas för forskning eller vetenskapliga ändamål och om det inte är fråga om massproduktion i syfte att säkerställa att det är ekonomiskt lönsamt att tillverka varan eller i syfte att täcka forsknings- och utvecklingskostnader,

8) det är fråga om en annan forsknings- och utvecklingstjänst än de som avses i 8 §,

9) upphandlingen gäller varor som noteras och upphandlas på en råvarumarknad, eller om

10) varorna köps in särskilt förmånligt, antingen hos en leverantör som lägger ner sin affärsverksamhet eller hos en boförvaltare eller en utredare vid insolvensförfarande, akord eller motsvarande förfarande.

23 §

Direktupphandling vid tilläggsbeställningar

Den upphandlande enheten kan göra en direktupphandling när varuupphandlingen hos den ursprungliga leverantören är en tilläggsbeställning vars syfte är att delvis ersätta eller utvidga en tidigare leverans eller utrustning. En förutsättning för detta är att ett byte av leverantör skulle leda till upphandling av material med annorlunda tekniska egenskaper, vilket skulle medföra oförenlighet eller oproportionerligt stora tekniska svårigheter vid användning och underhåll. Giltighetstiden för sådana kontrakt och för kontrakt som ska förnyas får vara högst fem år, om inte den förväntade livscykeln för de levererade varorna, utrustningarna eller systemen och de tekniska problem som byte av leverantör orsakar undantagsvis förutsätter en längre giltighetstid.

Den upphandlande enheten kan förutom i de fall som avses i 1 mom. göra en direktupphandling när det är fråga om en sådan tilläggstjänst eller tilläggsentreprenad utanför det ursprungliga upphandlingskontraktet som anskaffas av den ursprungliga leverantören och som av oförutsedda skäl har visat sig nödvändig för att tjänsten ska kunna utföras eller entreprenaden genomföras i enlighet med vad som ursprungligen fastställts. En förutsättning för detta är att tilläggstjänsten eller tilläggsentreprenaden av tekniska eller ekonomiska skäl inte kan avskiljas från huvudkontraktet utan stora olägenheter för den upphandlande enheten, eller att tilläggstjänsten eller tilläggsentreprenaden, också om den kan avskiljas från genomförandet av det ursprungliga kontraktet, är absolut nödvändig för att slutföra det ursprungliga kontraktet. Dessutom förutsätts att det totala värdet av tilläggstjänsterna eller tilläggsentreprenaderna är högst 50 procent av den ursprungliga upphandlingens värde.

Den upphandlande enheten kan förutom i de fall som avses i 1 och 2 mom. göra en direktupphandling när det är fråga om ett nytt byggentreprenadkontrakt eller en ny tjänsteupphandling som sluts med den ursprungliga leverantören och som motsvarar en tidigare byggentreprenad eller tjänsteupphandling genom selektivt förfarande. En förutsättning är att en eventuell senare direktupphandling har nämnts i den ursprungliga upphandlingsannonsen och att det uppskattade värdet av en tilläggstjänst eller en ny byggentreprenad har beaktats vid beräkning av det totala värdet av det ursprungliga kontraktet. En direktupphandling ska göras inom fem år från det att det ursprungliga kontraktet ingicks, om inte den förväntade livscykeln för de levererade varorna, utrustningarna eller systemen och de tekniska problem som byte av leverantör orsakar undantagsvis förutsätter en längre giltighetstid.

24 §

Konkurrenspräglad dialog

Den upphandlande enheten kan tillämpa konkurrenspräglad dialog vid särskilt komplicerad upphandling där

1) den upphandlande enheten inte objektivt på förhand kan definiera de rättsliga eller finansiella villkoren för en upphandling eller de tekniska medlen för att tillgodose sina behov eller mål i enlighet med 37 § 2 mom. 2—4 punkten, och

2) grunden för valet är att anbudet ska vara det totalekonomiskt mest fördelaktiga.

Den upphandlande enheten ska behandla anbudssökande och anbudsgivare likvärdigt vid förfarandet. Den upphandlande enheten får inte lämna ut information på ett sätt som äventyrar den likvärdiga behandlingen av anbudsförfarandets deltagare.

Den upphandlande enheten får inte utan anbudssökandens eller anbudsgivarens samtycke under anbudsförfarandets gång för de övriga anbudsgivarna röja lösningar som en anbudsgivare har föreslagit eller konfidentiell information som lämnats vid dialogen.

Den upphandlande enheten får dela ut pengar eller andra arvoden eller pris till deltagarna i den konkurrenspräglade dialogen.

25 §

Den konkurrenspräglade dialogens gång

Den upphandlande enheten ska i upphandlingsannonsen definiera sina behov och krav beträffande upphandlingen. Den upphandlande enheten kan dessutom utarbeta en beskrivning som preciserar målen och innehållet i upphandlingen.

Den upphandlande enheten inleder en dialog med de anbudssökande som valts ut i enlighet med 46—54 §. Syftet med dialogen är att fastställa en eller flera alternativa lösningar för genomförande av upphandlingen. Den upphandlande enheten får förhandla med anbudssökandena om alla aspekter av upphandlingskontraktet.

Dialogen kan ske i successiva steg så att antalet lösningar som inkluderas i dialogen begränsas under dialogen på grundval av kriterierna för valet av anbud. I upphandlingsannonsen eller beskrivningen ska anges att dialogen sker i successiva steg och vilka kriterier som tillämpas.

Den upphandlande enheten ska avsluta dialogen när den har valt de lösningsalternativ med vilka upphandlingen kan genomföras.

Deltagarna ska underrättas om att dialogen har avslutats.

Den upphandlande enheten ska av anbudssökandena begära slutliga anbud på grundval av de lösningar som lagts fram och precisrats under dialogen. Anbudena ska följa i anbudsförfrågan angivna krav som föremålet för projektet ställer. Anbud ska begäras av ett tillräckligt antal anbudssökande för att verklig konkurrens ska kunna säkerställas, om det finns tillräckligt många anbudssökande eller lösningar som uppfyller kraven.

Vid valet av anbud ska de jämförelsegrunder tillämpas som meddelats i upphandlingsannonsen eller beskrivningen. Bestämmelser om fastställande av jämförelsegrunder och om valet av anbud finns i 57 §.

De slutliga anbudena kan på begäran av den upphandlande enheten göras exaktare och tydligare, förutsatt att detta inte leder till ändringar av väsentliga delar av anbudet eller anbudsförfrågan på ett sätt som leder till diskriminering eller snedvriden konkurrens. Under samma förutsättningar kan även det anbud som vunnit ett anbudsförfarande göras exaktare eller tydligare eller åtaganden som ingår i det bekräftas.

26 §

Ramavtal

Den upphandlande enheten ska välja leverantörer för ramavtal genom selektivt eller förhandlat förfarande. Den upphandlande enheten kan välja leverantörer för ramavtal genom direktupphandling under de förutsättningar som föreskrivs i 22 §. Vid valet av leverantörer som ska inkluderas i ett ramavtal iakttas 8 kap. För ramavtal som ingås med flera leverantörer ska det utses minst tre leverantörer, om inte antalet anbudsgivare som uppfyller villkoren och antalet godtagbara anbud är lägre.

Upphandlingskontrakt som grundar sig på ramavtal ska slutas mellan ramavtalets ursprungliga parter. I villkoren för ramavtalet får inte några betydande ändringar göras under dess giltighetstid. Ramavtal får inte användas på ett sådant sätt att konkurrensen snedvrids, begränsas eller förhindras.

Ett ramavtal kan gälla i högst sju år. I undantagsfall kan ramavtalet ha en längre löptid, om den förväntade livscykeln för de levererade varorna, utrustningarna eller systemen samt de tekniska problem som ett byte av leverantör kan orsaka förutsätter detta.

27 §

Upphandling som grundar sig på ramavtal

Om den upphandlande enheten har slutit ett ramavtal med en enda leverantör, ska den upphandling som bygger på ramavtalet göras i enlighet med villkoren i detta ramavtal. Den upphandlande enheten kan uppmana leverantören att vid behov skriftligen precisera eller komplettera sitt anbud.

Om den upphandlande enheten har slutit ett ramavtal med flera leverantörer, ska den upphandling som bygger på ramavtalet göras antingen i enlighet med villkoren i detta ramavtal utan konkurrensutsättning eller, om inte alla villkor är fastställda i ramavtalet, genom att de leverantörer som tagits med i ramavtalet konkurrensutsätts i enlighet med villkoren i ramavtalet och vid behov i enlighet med villkoren för anbudsförfrågan. Vid behov kan villkoren i ramavtalet göras exaktare eller tydligare.

Den upphandlande enheten ska vid konkurrensutsättning av upphandling som grundar sig på ett ramavtal be om ett skriftligt anbud av de leverantörer som omfattas av ramavtalet och som har förutsättningar att fullgöra kontraktet. Den upphandlande enheten ska fastställa en anbudstid som ska vara tillräcklig med beaktande av upphandlingens art och den tid som utarbetandet av anbud kräver samt andra motsvarande omständigheter. Innehållet i anbudena ska vara hemligt tills anbudsförfarandet avslutats. Den upphandlande enheten ska välja det bästa anbudet med iakttagande av det kriterium för valet av anbud och de jämförelsegrunder som angetts i anbudsförfrågan.

6 kap.

Annonseringsskyldighet och tidsfrister för upphandling

28 §

Annonseringsskyldighet

När en varuupphandling, en tjänsteupphandling enligt bilaga A, en byggtreprenad eller ett ramavtal som överstiger EU-tröskelvärdet enligt 12 § 1 mom. genomförs genom selektivt förfarande, förhandlat förfarande eller konkurrenspräglad dialog ska den upphandlande enheten sända en upphandlingsannons för publicering. Upphandlingsannonsen ska innehålla tillräckliga uppgifter om upphandlingen för att en ansökan om att få delta ska kunna göras.

En upphandlande enhet som har ingått ett upphandlingskontrakt eller ramavtal som gäller sådan varuupphandling, tjänsteupphandling enligt bilaga A eller byggtreprenad, som överstiger EU-tröskelvärdet enligt 12 § 1 mom. ska för publicering sända en efterhandsannons om resultatet av upphandlingsförfarandet inom 48 dagar från det upphandlingskontraktet eller ramavtalet slutits. Den upphandlande enheten ska också för publicering sända en efterhandsannons om sådan sekundär tjänsteupphandling enligt bilaga B som överstiger EU-tröskelvärdet enligt 12 § 1 mom., och om att upphandlingen har avbrutits i enlighet med 75 §. Av efterhandsannonsen om att upphandlingen har avbrutits bör framgå orsakerna till avbrytandet. I en efterhandsannons om sekundär tjänsteupphandling enligt bilaga B ska det nämnas, huruvida annonsen får publiceras. Skyldigheten att annonsera i efterhand gäller inte enskilda upphandlingskontrakt som ingås på basis av ramavtal och inte heller direktupphandling.

Den upphandlande enheten får inte i efterhandsannonsen meddela uppgifter vars publicering strider mot de bestämmelser som meddelats för skyddande av det allmänna intresset och i synnerhet statens säkerhetsintressen eller vars yppande äventyrar bevarandet av affärshemligheter som skyddats genom lag eller orsakar skada för den kom-

mersiella och sunda konkurrensen mellan anbudsgivarna.

Om den upphandlande enheten har för avsikt att utnyttja möjligheten att förkorta föreskrivna tidsfrister i enlighet med 31 § 2 mom., ska den upphandlande enheten sända en förhandsannons för publicering. I förhandsannonsen ska de uppgifter ges om försvars- och säkerhetsupphandlingen som den upphandlande enheten känner till vid den tidpunkt då förhandsannonsen utarbetas och som motsvarar uppgifterna i en upphandlingsannons vid selektivt förfarande.

En upphandlande enhet kan också sända en annons om direktupphandling för publicering.

Annonser om upphandling får inte publiceras någon annanstans innan de har sänts till Europeiska unionens byrå för officiella publikationer och i en annons som har publicerats någon annanstans får det inte ingå sådana uppgifter som inte har publicerats i Europeiska unionens officiella tidning. I en annons som ska publiceras någon annanstans ska det nämnas vilket datum upphandlingsannonsen har sänts för publicering.

Genom förordning av statsrådet utfärdas närmare bestämmelser om annonskyldigheten, om sändandet av annonserna och om de kommunikationsmedel som ska användas vid sändandet, om innehållet i och publiceringen av annonserna samt om andra omständigheter som anknyter till annonseringsskyldigheten.

29 §

Minimitidsfrister och beräkning av tidsfrister

När tidsfristerna för upphandlingsförfarandet fastställs ska hänsyn tas till upphandlingens art och till hur komplex den är samt hur lång tid som behövs för att utarbeta och sända anbudet. Tidsfristerna räknas från den dag som följer på den då upphandlingsannonsen skickades för publicering. Vid selektivt förfarande räknas anbudstiden från den dag då anbudsförfrågan skickades.

Vid selektivt förfarande, förhandlat förfarande och konkurrenspräglad dialog ska minst 37 dagar reserveras för inlämnande av anbudsansökan.

Vid selektivt förfarande ska anbudstiden vara minst 40 dagar. Vid förhandlat förfarande och konkurrenspräglad dialog ska anbudstiden vara skälig med beaktande av upphandlingens art och omfattning samt av andra omständigheter som anknyter till upphandlingen.

30 §

Påskyndat förfarande

Tidsfristerna enligt 29 § kan förkortas, om det vid selektivt förfarande eller förhandlat förfarande är omöjligt att tillämpa dem på grund av brådska. För inlämnande av anbudsansökan ska det dock reserveras minst 15 dagar. Om upphandlingsannonsern sänds elektroniskt, ska minst 10 dagar reserveras för inlämnande av anbudsansökan. Vid selektivt förfarande ska anbudstiden vara minst 10 dagar.

31 §

Förkortning av tidsfrister

Tidsfristerna för lämnande av anbudsansökningar vid selektivt förfarande, förhandlat förfarande och konkurrenspräglad dialog får förkortas med sju dagar, om upphandlingsannonserna sänds elektroniskt för publicering.

Anbudstiden vid selektivt förfarande kan förkortas till minst 22 dagar, om den upphandlande enheten har sänt en förhandsansökan för publicering minst 52 dagar och högst 12 månader innan upphandlingsannonsern sändes för publicering.

Anbudstiden vid selektivt förfarande kan dessutom förkortas med fem dagar, om den upphandlande enheten samma dag som upphandlingsannonsern publiceras ger fullständig elektronisk tillgång till förfrågningsunderlaget samt i annonsen anger den webbplats där denna dokumentation finns tillgänglig.

32 §

Förlängning av tidsfrister

Anbudstiden ska förlängas så att alla anbudsgivare kan få tillgång till den information som behövs för att utarbeta anbud, om förfrågningsunderlaget eller tilläggsuppgifter som begärts i tillräckligt god tid inte tillhandahålls inom de föreskrivna tidsfristerna eller om anbud inte kan lämnas annat än efter ett besök på plats eller efter en granskning på plats av de handlingar som hänför sig till anbudsförfrågan.

7 kap.

Anbudsförfrågan och fastställande av föremålet för upphandlingen

33 §

Anbudsförfrågan

Anbudsförfrågan ska utarbetas skriftligen och så tydligt att det utifrån den är möjligt att lämna anbud som kan mätas med samma mått och som är jämförbara. Leverantörerna ombes i anbudsförfrågan eller upphandlingsannonsern att lämna sina anbud skriftligen och inom utsatt tid.

Om anbudsförfrågan och upphandlingsannonsern avviker från varandra i fråga om innehåll, ska det som anges i upphandlingsannonsern iakttas.

Den upphandlande enheten kan ta ut en skälig ersättning för förfrågningsunderlaget för att täcka kostnader för särskild omfattning eller material eller för andra motsvarande faktorer.

34 §

Innehållet i anbudsförfrågan

Följande uppgifter ska finnas i anbudsförfrågan eller, när det är tillämpligt, i upphandlingsannonsern:

1) en beskrivning av föremålet för upphandlingen med iakttagande av bestämmelserna om fastställande av tekniska specifikationer.

tioner och krav i 37 och 38 § samt övriga kvalitetskrav som gäller föremålet för upphandlingen,

2) en hänvisning till den publicerade upphandlingsannonsen,

3) tidsfristen för lämnande av anbud,

4) den adress som anbudet ska sändas till,

5) det eller de språk som anbudet ska avfattas på,

6) krav som gäller anbudssökandenas eller anbudsgivarnas ekonomiska och finansiella situation samt tekniska och yrkesmässiga kvalifikationer, krav som gäller informationssäkerhet och övriga krav samt en förteckning över de handlingar som anbudssökanden eller anbudsgivaren ska tillhandahålla för detta ändamål,

7) krav som gäller underleverantörskontrakt, informationssäkerhet och försörjningstrygghet,

8) grunden för valet av anbud samt, när som grund för valet av anbud används det totalekonomiskt mest fördelaktiga alternativet, anbudets jämförelsegrunder och deras relativa viktning eller ett skäligt variationsintervall eller i undantagsfall jämförelsegrundernas prioriteringsordning, samt

9) anbudens giltighetstid.

Anbudsfrågan eller upphandlingsannonsen ska innehålla också andra upplysningar som är av väsentlig betydelse med tanke på upphandlingsförfarandet och utarbetandet av anbud.

35 §

Hur anbudsfrågan sänds eller tillhandahålls anbudssökandena och anbudsgivarna

Vid selektivt förfarande, förhandlat förfarande och konkurrenspräglad dialog sänds anbudsfrågan endast till de anbudssökande som av den upphandlande enheten valts ut för anbudsfröfarandet. Anbudsfröfrågan ska sändas samtidigt till alla sökande.

Vid påskyndat förfarande, selektivt förfarande och förhandlat förfarande ska den upphandlande enheten lämna tilläggsuppgifter som anknyter till anbudsfröfrågan senast fyra dagar innan anbudstiden går ut, om tilläggsuppgifterna har begärts i tillräckligt god tid.

36 §

Inbjudan att förhandla

Vid förhandlat förfarande och konkurrenspräglad dialog ska den inbjudan att förhandla som sänds till anbudssökandena innehålla anbudsfröfrågan, den eventuella projektbeskrivningen eller en uppgift om var dessa handlingar finns tillgängliga, tidsfristen för begäran av handlingarna samt beloppet och sättet för betalning av en avgift som eventuellt tas ut för handlingarna.

Inbjudan att förhandla ska innehålla de uppgifter som avses i 34 § 1 mom. Vid konkurrenspräglad dialog behöver inbjudan att förhandla dock inte innehålla någon uppgift om anbudstiden, men däremot en uppgift om när förhandlingarna inleds, var förhandlingarna förs och vilket språk som ska användas.

37 §

Teknisk definition av upphandling

De tekniska specifikationer som beskriver upphandlingens innehåll ska ingå i upphandlingsannonsen eller anbudsfröfrågan. De tekniska specifikationerna ska tillåta att anbudsgivarna deltar i anbudsfröfarandet på lika villkor. De tekniska specifikationerna får inte medföra omotiverade hinder för konkurrens inom offentlig försvars- och säkerhetsupphandling.

De tekniska specifikationerna ska utarbetas

1) genom hänvisning i prioritetsordning till följande definitioner, varvid hänvisningen ska följas av orden ”eller likvärdigt”:

a) en finsk eller annan nationell standard på något annat område än försvarsområdet, genom vilken en europeisk standard införs,

b) ett europeiskt tekniskt godkännande,

c) en gemensam teknisk specifikation på något annat område än försvarsområdet,

d) en nationell standard på något annat område än försvarsområdet, genom vilken en internationell standard införs,

e) en annan internationell standard på något annat område än försvarsområdet,

f) ett annat tekniskt referenssystem som upprättats av europeiska standardiseringsorgan, eller om sådana inte finns för andra än

nationella standarder inom försvarsområdet, en teknisk specifikation som anknyter till ett nationellt tekniskt godkännande eller nationell projektering, beräkning eller genomförande av byggtreprenader samt framställning av produkter,

g) en teknisk specifikation på något annat område än försvarsområdet, vilken härrör från branschen i fråga och är allmänt godkänd, eller

h) en nationell försvarsstandard, och en försvarsmaterielspecifikation som överensstämmer med den standarden,

2) utifrån sådana prestanda- eller funktionskrav som är tillräckligt specifika för bestämningen av föremålet för upphandlingen och valet av anbud,

3) genom hänvisning till de tekniska definitionerna enligt 1 punkten i fråga om vissa egenskaper hos föremålet för upphandlingen och till kraven enligt 2 punkten i fråga om vissa egenskaper, eller

4) utifrån prestanda- eller funktionskrav och genom hänvisning till de tekniska definitionerna enligt 1 punkten, med antagandet att dessa stämmer överens med prestandakraven eller funktionskraven.

Oberoende av det som föreskrivs i 2 mom. får de tekniska specifikationerna utarbetas med hänsyn till sådana obligatoriska nationella tekniska bestämmelser eller tekniska krav, som anknyter till bland annat produkt-säkerhet och som staten ska iakttä enligt internationella standardiseringsavtal.

I tekniska specifikationer får tillverkaren eller varornas ursprung inte nämnas. En teknisk specifikation får inte heller innehålla en hänvisning till varumärke, patent, produkttyp, ursprung, specifik metod eller produktion, om hänvisningen gynnar eller missgynnar någon anbudsgivare eller vara. En sådan hänvisning får undantagsvis göras endast om föremålet för upphandlingen inte på annat sätt kan beskrivas tillräckligt exakt och tydligt. Hänvisningen ska följas av orden ”eller likvärdigt”.

38 §

Tekniska specifikationer som gäller miljöegenskaper

I prestanda- eller funktionskraven enligt 37 § 2 mom. 2 punkten kan även ingå krav som gäller miljöegenskaper. En upphandlande enhet kan vid formulering av kraven använda detaljerade specifikationer som fastställts för europeiska, multinationella eller andra miljömärken, eller vid behov delar av sådana specifikationer.

Specifikationer för miljömärken eller delar av sådana specifikationer får användas förutsatt att

1) specifikationerna är lämpliga för att definiera egenskaperna hos de varor eller tjänster som är föremål för upphandlingskontraktet,

2) de krav som gäller miljömärket utvecklas på grundval av vetenskapliga rön,

3) alla berörda parter, såsom myndigheter, konsumenter, tillverkare, företrädare för detaljhandeln och miljöorganisationer har haft möjlighet att delta i utarbetandet av miljömärket, samt

4) miljömärket är tillgängligt för alla berörda parter.

Den upphandlande enheten kan meddela att en produkt eller tjänst som är försedd med ett visst miljömärke anses uppfylla kraven på miljöegenskaper. Den upphandlande enheten ska dock också godta annat bevis som anbudsgivaren lägger fram, såsom teknisk dokumentation från tillverkaren eller en teknisk rapport från ett erkänt organ.

39 §

Alternativa anbud

När en upphandlande enhets kriterium för valet är att anbudet ska vara det totalekonomiskt mest fördelaktiga kan den tillåta alternativa anbud. En förutsättning är att det i upphandlingsannonsen meddelas att alternativa anbud är tillåtna.

Den upphandlade enheten ska i anbudsfrågan meddela de minimikrav som alternativen ska uppfylla samt de speciella krav som ställts för att alternativa utföranden ska få

presenteras. Ett alternativt anbud kan godkännas, om det uppfyller de ovan nämnda krav som har angivits i anbudsförfrågan.

Om den upphandlande enheten har meddelat att den tillåter alternativa anbud, får ett alternativt anbud inte förkastas enbart på den grunden att det skulle leda till tjänsteupphandling i stället för varuupphandling eller till varuupphandling i stället för tjänsteupphandling.

40 §

Särskilda villkor för upphandlingskontrakt

Den upphandlande enheten kan fastställa särskilda villkor för genomförandet av upphandlingskontraktet. Villkoren kan avse särskilt informationssäkerhet, försörjningstrygghet, underleverantörskontrakt eller miljöaspekter och sociala aspekter, iakttagande av Internationell arbetsorganisationens (ILO) avtal, arbetsförhållanden och arbetsvillkor. En förutsättning för villkoren är att de är icke-diskriminerande och följer gemenskapens regelverk och att de anges i upphandlingsannonsen eller anbudsförfrågan.

41 §

Krav som gäller informationssäkerhet

Om säkerhetsklassificerade handlingar överlämnas, utarbetas eller annars hanteras för genomförande av en upphandling, kan den upphandlande enheten ställa sådana krav på anbudsgivarna när det gäller informationssäkerhet som är nödvändiga för att de skyldigheter som föreskrivs för en myndighet ska kunna fullgöras. Den upphandlande enheten kan be anbudsgivaren lämna utfästelser och uppgifter som visar att anbudsgivaren har förmåga att uppfylla de informationssäkerhetskrav som har ställts. Kraven i fråga om informationssäkerhet och de utfästelser och uppgifter som ska lämnas in ska meddelas i upphandlingsannonsen eller anbudsförfrågan.

Utöver de uppgifter och utredningar som anbudsgivaren har lämnat in kan den upphandlande enheten göra och beakta egna tilläggsutredningar.

42 §

Krav som gäller försörjningstrygghet

Om en upphandling inbegriper krav som gäller försörjningstrygghet, ska den upphandlande enheten specificera dem i upphandlingsannonsen eller i anbudsförfrågan.

Den upphandlande enheten kan kräva att ett anbud innehåller bland annat

1) certifiering eller dokumentation som på ett för den upphandlande enheten acceptabelt sätt visar att anbudsgivaren har förmåga att uppfylla sina skyldigheter i fråga om export, överföring och transitering av varor som omfattas av kontraktet, inbegripet styrkande dokumentation från den eller de berörda staterna,

2) anbudsgivarens angivelse av begränsningar som exportkontroll eller informationssäkerhetsarrangemang kan komma att medföra för den upphandlande enheten när det gäller överlåtelse, överföring eller användning av varorna och tjänsterna eller resultatet av dem,

3) certifiering eller dokumentation som visar att organisationen och lokaliseringen av anbudsgivarens försörjningskedja gör det möjligt för denne att uppfylla de krav den upphandlande enheten anger i upphandlingsannonsen eller anbudsförfrågan beträffande försörjningstrygghet, och anbudsgivarens utfästelse om att eventuella ändringar i försörjningskedjan under genomförandet av kontraktet inte kommer att inverka negativt på uppfyllandet av dessa krav,

4) en utfästelse från anbudsgivaren att upprätta eller upprätthålla den kapacitet som krävs för att tillmötesgå den upphandlande enhetens eventuellt ökade behov till följd av en kris enligt särskilt överenskomna villkor,

5) sådan dokumentation om uppfyllandet av kraven enligt 4 punkten som anbudsgivaren erhållit från de nationella myndigheterna,

6) en utfästelse från anbudsgivaren att utföra underhåll, modernisering eller anpassning av de produkter som är föremål för upphandlingen,

7) en utfästelse från anbudsgivaren att i tid informera den upphandlande enheten om varje sådan förändring i anbudsgivarens organisation, försörjningskedja eller strategi som

kan påverka anbudsgivarens skyldigheter gentemot den upphandlande enheten,

8) en utfästelse från anbudsgivaren att i enlighet med särskilt överenskomna villkor förse den upphandlande enheten med all specialutrustning, inklusive tekniska ritningar, tillstånd och bruksanvisningar, som behövs för produktion av reservdelar, komponenter, delkomponenter och särskild testutrustning för sådana fall där anbudsgivaren inte längre kan tillhandahålla dessa produkter.

En anbudsgivare får inte avkrävas ett sådant åtagande från en medlemsstat i Europeiska unionen som begränsar den statens frihet att i enlighet med internationell rätt eller unionens rätt tillämpa sina egna nationella bestämmelser om export, överföring eller transitering av varor.

43 §

Skyldigheter avseende bestämmelser om beskattning, miljöskydd, arbetarskydd och arbetsförhållanden

Den upphandlande enheten kan i anbudsförfrågan ange de myndigheter som kan ge anbudsgivaren uppgifter om skyldigheter avseende bestämmelserna om beskattning, miljöskydd, arbetarskydd, arbetsförhållanden eller arbetsvillkor. Den upphandlande enheten ska kräva att anbudsgivarna bekräftar att de utformat sina anbud med hänsyn till de skyldigheter som avses ovan.

Bestämmelserna i 1 mom. inverkar inte på skyldigheten att granska sådana onormalt låga anbud som avses i 58 §.

44 §

Påvisande av att anbudet svarar mot kraven

En anbudsgivare ska i sitt anbud visa att den vara, tjänst eller byggentreprenad som erbjuds svarar mot kraven i anbudsförfrågan. Anbud som inte motsvarar anbudsförfrågan eller anbudsförfarandets krav ska uteslutas ur anbudsförfarandet.

Om den upphandlande enheten har utarbetat tekniska specifikationer i enlighet med 37 § 2 mom. 1 punkten och anbudsgivaren i sitt anbud på ett för den upphandlande enhe-

ten acceptabelt sätt visar att den vara, den tjänst eller det byggarbete som erbjuds uppfyller den upphandlande enhetens krav, får den upphandlande enheten inte förkasta ett anbud på den grunden att den vara, den tjänst eller det byggarbete som anbudet avser inte överensstämmer med den tekniska definition som den upphandlande enheten hänvisar till. Anbudsgivaren kan som intyg använda till exempel teknisk dokumentation från tillverkaren eller en teknisk rapport från ett erkänt organ i Finland eller någon annan medlemsstat i Europeiska unionen.

Om den upphandlande enheten har utarbetat tekniska specifikationer utifrån prestanda- eller funktionskrav, får den inte förkasta ett anbud på den grunden att anbudet inte överensstämmer med kraven, om den vara, den tjänst eller det byggarbete som erbjuds stämmer överens med en nationellt genomförd europeisk standard, ett europeiskt tekniskt godkännande, en officiell teknisk definition, en internationell standard eller en teknisk referens och om dessa tekniska definitioner avser prestanda- eller funktionskrav som fastställs i anbudsförfrågan. Anbudsgivaren ska i sitt anbud på ett för den upphandlande enheten acceptabelt sätt visa att den vara, den tjänst eller det byggarbete som motsvarar standarden uppfyller den upphandlande enhetens prestanda- och funktionskrav. Anbudsgivaren kan som intyg använda till exempel teknisk dokumentation från tillverkaren eller en teknisk rapport från ett erkänt organ i Finland eller någon annan medlemsstat i Europeiska unionen.

45 §

Kommunikation

Den kommunikation och det informationsutbyte som hänför sig till upphandlingsförfarandet ska enligt den upphandlande enhetens eget val ske per post eller fax eller med elektroniska medel. De valda kommunikationsmedierna måste vara allmänt tillgängliga och de får inte begränsa leverantörernas tillträde till upphandlingsförfarandet.

De elektroniska medel som ska användas för sändande av information och de tekniska krav som gäller dem ska vara icke-

diskriminerande, allmänt tillgängliga och kompatibla med den informations- och kommunikationsteknologi som är i allmänt bruk. Den upphandlande enheten kan förut-sätta att de elektroniska signaturerna i anbud och ansökningar om deltagande ska stämma överens med kraven i lagen om stark autentisering och elektroniska signaturer (617/2009).

Vid information, informationsutbyte och lagring av uppgifter i anknytning till upphandlingsförfarandet ska det säkerställas att uppgifternas integritet samt deltagaransökningarnas och anbudens konfidentialitet bevaras. Den upphandlande enheten ska säkerställa att innehållet i anbuden eller deltagaransökningarna inte avslöjas innan anbudstiden eller den tidsfrist som getts för lämnande av ansökan om att få delta har löpt ut. Den upphandlande enheten ska i upphandlingsanonsen uppge de eventuella krav som gäller informationsutbyte.

Närmare bestämmelser om tekniska och andra förutsättningar för elektronisk kommunikation utfärdas genom förordning av statsrådet.

8 kap.

Val av anbudssökande och anbudsgivare samt val av anbud

46 §

Bedömning av anbudssökandes och anbudsgivares lämplighet

Anbudssökande eller anbudsgivare ska uteslutas ur anbudsförfarandet, anbudssökandes och anbudsgivarnas lämplighet i övrigt bedömas samt anbudsgivare väljas innan anbud jämförs i enlighet med 47—56 §. Anbudssökande eller anbudsgivare kan dock i enlighet med 47 eller 48 § uteslutas ur anbudsförfarandet även senare under anbudsförfarandet, om den upphandlande enheten får kännedom om att en grund för uteslutning föreligger.

47 §

Uteslutning av anbudssökande och anbudsgivare som gjort sig skyldiga till vissa brott

Den upphandlande enheten ska besluta att utesluta en anbudssökande eller anbudsgivare ur anbudsförfarandet, om enheten fått kännedom om att den sökande eller anbudsgivaren eller en person i dess ledning eller en person som är behörig att företräda, fatta beslut om eller kontrollera anbudssökanden eller anbudsgivaren genom en lagakraftvunnen dom som framgår av straffregistret dömts för något av följande brott:

1) deltagande i en organiserad kriminell sammanslutnings verksamhet enligt 17 kap. 1 a § i strafflagen (39/1889),

2) givande av muta enligt 16 kap. 13 §, grovt givande av muta enligt 16 kap. 14 § eller givande av muta i näringsverksamhet enligt 30 kap. 7 § i strafflagen,

3) skattebedrägeri enligt 29 kap. 1 §, grovt skattebedrägeri enligt 29 kap. 2 §, subventionsbedrägeri enligt 29 kap. 5 §, grovt subventionsbedrägeri enligt 29 kap. 6 § eller subventionsmissbruk enligt 29 kap. 7 § i strafflagen,

4) brott som begåtts i terroristiskt syfte enligt 34 a kap. 1 §, förberedelse till brott som begås i terroristiskt syfte enligt 34 a kap. 2 §, ledande av terroristgrupp enligt 34 a kap. 3 §, främjande av en terroristgrupps verksamhet enligt 34 a kap. 4 §, meddelande av utbildning för ett terroristbrott enligt 34 a kap. 4 a §, rekrytering för ett terroristbrott enligt 34 a kap. 4 b § i strafflagen eller anstiftan, medhjälp eller försök till ovan nämnda brott,

5) penningtvätt enligt 32 kap. 6 §, grov penningtvätt enligt 32 kap. 7 § eller finansiering av terrorism enligt 34 a kap. 5 § i strafflagen, eller

6) ockerliknande diskriminering i arbetslivet enligt 47 kap. 3 a § i strafflagen.

Även en anbudssökande eller anbudsgivare som på grund av ett brott som avses i 1 mom. har dömts till samfundsbot enligt 9 kap. i strafflagen ska uteslutas ur anbudsförfarandet.

Den upphandlande enheten ska utesluta en anbudssökande eller anbudsgivare ur anbudsförfarandet också på grundval av en laga-

kraftvunnen dom för ett sådant brott i någon annan stat som motsvarar ett brott som nämns i 1 mom. I Europeiska unionens medlemsstater gäller bestämmelserna följande brott som nämns i Europeiska unionens lagstiftning:

1) deltagande i en kriminell organisation enligt definitionen i artikel 2.1 i rådets gemensamma åtgärd 98/773/RIF om att göra deltagande i en kriminell organisation i Europeiska unionens medlemsstater till ett brott,

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

3) bedrägeri i den mening som avses i artikel 1 i konventionen av den 26 juli 1995 om skydd av Europeiska gemenskapernas finansiella intressen,

4) terroristbrott enligt definitionen i artikel 1, brott med anknytning till terroristverksamhet enligt definitionen i artikel 3 eller anstiftan, medhjälp eller försök enligt definitionen i artikel 4 i rådets rambeslut 2002/475/RIF om bekämpande av terrorism, samt

5) penningtvätt enligt definitionen i artikel 1 i rådets direktiv 91/308/EEG om åtgärder för att förhindra att det finansiella systemet används för tvättning av pengar eller finansiering av terrorism.

Undantag från skyldigheten att ur anbudsförfarandet utesluta en anbudssökande eller anbudsgivare som dömts för ett brott som avses i den här paragrafen kan göras på grund av ett tvingande allmänintresse eller för att den dömde inte längre har en ansvarsfull position i det anbudsgivande företaget.

48 §

Andra grunder för uteslutning

En upphandlande enhet kan besluta att utesluta en anbudssökande eller anbudsgivare ur anbudsförfarandet, om anbudssökanden eller anbudsgivaren

1) är försatt i konkurs, håller på att upplösas eller har avbrutit sin affärsverksamhet eller har skulder som har reglerats genom ett fastställt ackord eller ett saneringsprogram eller genom något annat motsvarande program som grundar sig på lagstiftningen,

2) är föremål för ett förfarande som inletts i syfte att försätta denne i konkurs eller upplösa denne eller för något annat förfarande som avses i 1 punkten,

3) genom en lagkraftvunnen dom har dömts för en lagstridig handling i anslutning till sin yrkesutövning, såsom brott mot lagstiftningen om exportkontroll,

4) i sin yrkesverksamhet har gjort sig skyldig till ett allvarligt fel, såsom brott mot skyldigheter som gäller informationssäkerhet eller försörjningstrygghet eller någon annan motsvarande förseelse i samband med ett tidigare upphandlingskontrakt, och detta kan styrkas av den upphandlande enheten,

5) vars pålitlighet har konstaterats vara så otillräcklig att en risk för statens säkerhet inte kan uteslutas,

6) har åsidosatt sin skyldighet att betala skatter eller socialskyddsavgifter i Finland eller i etableringslandet, eller

7) har lämnat väsentligt oriktiga uppgifter då den lämnat den upphandlande enheten uppgifter som gäller tillämpningen av detta kapitel eller försummat att lämna de uppgifter som krävs.

Det som i 1 mom. 3 och 4 punkten föreskrivs om anbudssökande och anbudsgivare tillämpas även när den som har gjort sig skyldig till ett fel eller åsidosatt sin skyldighet ingår i ledningen hos anbudssökanden eller anbudsgivaren eller är behörig att företräda, fatta beslut om eller kontrollera anbudssökanden eller anbudsgivaren. Frågan om uteslutning kan också prövas bland annat med hänsyn till hur allvarlig förseelsen eller försummelsen är, vilket samband den har med föremålet för upphandlingen, hur lång tid som har förflutit, vilka eventuella andra påföljder som förekommit samt vilka avhjälpande åtgärder den som gjort sig skyldig till försummelsen eller förseelsen eventuellt har vidtagit.

49 §

Utredning av villkoren för uteslutning

Den upphandlande enheten kan be anbudssökande och anbudsgivare samt behöriga myndigheter i andra medlemsstater i Europeiska unionen om intyg och utredningar enligt tillämpliga bestämmelser för att utreda om den sökande eller anbudsgivaren berörs av en sådan grund för uteslutning som avses i 47 eller 48 §.

I fråga om 47 § och 48 § 1 mom. 3 punkten ska ett utdrag ur straffregistret utfärdat av en behörig myndighet i leverantörens etableringsland godkännas som bevis. I fråga om 48 § 1 mom. 1, 2 och 6 punkten ska även ett intyg utfärdat av en behörig myndighet godkännas som bevis.

Om ovan nämnda utdrag eller intyg inte utfärdas i anbudssökandens eller anbudsgivarens etableringsland, ska i stället för dessa som bevis godkännas en sådan försäkran under ed eller högtidlig försäkran enligt etableringslandets lagstiftning som avlagts av en representant för anbudssökanden eller anbudsgivaren.

50 §

Krav och utredningar avseende anbudssökandes och anbudsgivares lämplighet

Den upphandlande enheten kan ställa krav på anbudssökandenas eller anbudsgivarnas ekonomiska och finansiella situation, tekniska prestationsförmåga, yrkeskompetens, informationssäkerhet och försörjningstrygghet samt kvalitativa krav. Den upphandlande enheten kan kräva att anbudssökandena och anbudsgivarna visar upp utredningar som gäller dessa krav.

Kraven och de utredningar som begärs som bevis på att kraven är uppfyllda ska ha samband med anbudssökandens eller anbudsgivarens förutsättningar att fullgöra kontraktet och de ska ställas i proportion till upphandlingens art, ändamål och omfattning. Kraven och utredningarna ska framgå av upphandlingsannonsen. Anbudssökande eller anbudsgivare som inte uppfyller de minimikrav som

den upphandlande enheten ställer ska uteslutas ur anbudsförfarandet.

Den upphandlande enheten ska i upphandlingsannonsen också meddela vilka objektiva och icke-diskriminerande grunder och regler som den vid selektivt förfarande, förhandlat förfarande eller konkurrenspräglad dialog kommer att tillämpa vid valet av de anbudssökande och anbudsgivare som deltar i anbudsförfarandet eller förhandlingarna. Den upphandlande enheten ska också ange det lägsta möjliga antalet anbudssökande och i förekommande fall även det högsta möjliga antalet anbudssökande.

Den upphandlande enheten kan be anbudssökandena eller anbudsgivarna komplettera eller precisera utredningar och andra handlingar.

51 §

Registeruppgifter

Den upphandlande enheten kan begära att anbudssökanden eller anbudsgivaren

1) med ett registerutdrag enligt lagstiftningen i etableringslandet visar att denne är upptagen i ett yrkes- eller handelsregister,

2) med en försäkran eller ett intyg under ed enligt lagstiftningen i etableringslandet visar att denne bedriver näringsverksamhet, samt

3) med ett näringsstillstånd eller ett intyg över medlemskap i en organisation enligt lagstiftningen i etableringslandet visar att denne är berättigad att erbjuda tjänster i sitt etableringsland.

52 §

Ekonomisk och finansiell situation

Den upphandlande enheten kan begära att anbudssökandena eller anbudsgivarna visar upp exempelvis följande utredningar över sin finansiella och ekonomiska situation:

1) utlåtande från en bank eller ett kreditinstitut eller utredning om ansvarsförsäkring för yrkesutövare,

2) resultaträkning, balansräkning, verksamhetsberättelse, övriga bokslutshandlingar samt koncernbokslut, om dessa ska offentlig-

göras i anbudssökandens eller anbudsgivarens etableringsland, samt

3) intyg för högst de tre senaste räkenskapsperioderna över företagets totalomsättning och över omsättningen för det verksamhetsområde som upphandlingskontraktet gäller, om uppgifterna är tillgängliga.

Om anbudssökanden eller anbudsgivaren av godtagbara skäl inte kan ge in de handlingar som den upphandlande enheten kräver kan denne styrka uppgifterna i anslutning till den ekonomiska eller finansiella situationen med någon annan handling som den upphandlande enheten godkänner.

53 §

Teknisk prestationsförmåga och yrkesmässiga kvalifikationer

Den upphandlande enheten kan begära att anbudssökandena och anbudsgivarna visar sin tekniska prestationsförmåga och sina yrkesmässiga kvalifikationer med

1) intyg över den utbildning och de yrkesmässiga kvalifikationer som anbudssökanden eller anbudsgivaren eller företagets ledning och i synnerhet de personer har som ansvarar för utförandet av tjänsten eller entreprenaden, vid upphandling av byggtreprenad, tjänster eller varor där det ingår arbeten eller tjänster som inbegriper montering eller installation,

2) en förteckning över slutförda byggtreprenader under högst de fem senaste åren samt intyg över att de viktigaste entreprenaderna utförts på ett tillfredsställande sätt; av intyget ska framgå värdet av entreprenaderna, tid och plats för entreprenadernas utförande samt huruvida arbetet utförts enligt de regler som gäller inom branschen och slutförts på behörigt sätt; vid behov ska den behöriga myndigheten sända uppgifterna direkt till den upphandlande enheten,

3) en förteckning över de viktigaste fullgjorda varuleveranserna eller tjänsterna under högst de fem senaste åren, inklusive uppgifter om värde, tidpunkt och mottagare; en förteckning som gäller varor eller tjänster som levererats till ett offentligt samfund ska vara bestyrkt på behörigt sätt; om varan eller tjänsten har levererats till en privat beställare, ett intyg från köparen; om ett sådant intyg

inte finns, ska också anbudssökandens eller anbudsgivarens försäkran godkännas,

4) en utredning om anbudssökandens eller anbudsgivarens egna och utomstående tekniska sakkunniga eller tekniska organ, i synnerhet de som ansvarar för kvalitetskontrollen; i fråga om byggtreprenader, en utredning om de sakkunniga och organ som entreprenören har till sitt förfogande,

5) sin egen beskrivning av den utrustning och de anordningar och åtgärder som används för kvalitetssäkring, av de system för forskning och experiment som behövs för upphandlingen och av de interna regler som gäller skyddandet av immateriella rättigheter,

6) ett intyg över en kontroll av anbudssökanden eller anbudsgivaren som utförts av ett behörigt organ i den upphandlande enhetens eller på begäran av den i anbudssökandens eller anbudsgivarens etableringsland och som utvisar den sökandes eller anbudsgivarens tillverkningskapacitet, tekniska prestationsförmåga, system för forskning och experiment eller kvalitetskontroll,

7) en utredning om tjänsteleverantörens eller byggtreprenörens genomsnittliga årliga arbetskraft och antalet personer i ledningen högst under de senaste tre åren,

8) en utredning om verktyg, maskiner, teknisk utrustning, antal anställda, know-how och upphandlingskällor som anbudssökanden eller anbudsgivaren förfogar över för att genomföra upphandlingen, för att tillgodose den upphandlande enhetens eventuella tilläggsbehov som beror på en kris eller för att underhålla, modernisera eller anpassa de varor som är föremål för upphandlingskontraktet; dessutom uppgift om var verktygen, maskinerna, den tekniska utrustningen, de anställda, know-howen och upphandlingskällorna befinner sig geografiskt, om dessa befinner sig utanför Europeiska unionens territorium,

9) prover, beskrivningar och fotografier vars äkthet ska styrkas om den upphandlande enheten begär det, samt med intyg som upprättas av officiella kvalitetstillsynsorgan eller inrättningar vilkas behörighet har certifierats visa att de varor som upphandlingen gäller överensstämmer med tekniska specifikationer eller standarder, samt

10) en utredning om yrkeskunskap, effektivitet, erfarenhet eller tillförlitlighet vid upphandling som kräver byggtreprenad, tjänster eller monterings- och installationsarbeten.

Den upphandlande enheten kan, om föremålet för upphandlingen kräver det, begära en utredning av anbudssökandena eller anbudsgivarna om de miljöskyddsåtgärder som vidtas när en byggtreprenad genomförs eller en tjänst utförs. Om en upphandlande enhet kräver att få se certifikat som upprättats av oberoende organ och som intygar att leverantören uppfyller kraven i vissa miljöledningsstandarder, ska enheten hänvisa till unionens miljölednings- och miljörevisionsordning (EMAS) eller till miljöledningsstandarder som bygger på relevanta europeiska eller internationella standarder och som certifierats av organ som iakttar unionens lagstiftning eller relevanta europeiska eller internationella standarder för certifiering. Den upphandlande enheten ska även godta likvärdiga certifikat från organ i andra medlemsstater i Europeiska unionen samt leverantörernas intyg över likvärdiga miljöåtgärder.

Den upphandlande enheten kan, om föremålet för upphandlingen kräver det, begära en utredning av anbudssökandena eller anbudsgivarna om kvalitetssäkringsåtgärder. Om en upphandlande enhet kräver att få se certifikat som upprättats av oberoende organ och som intygar att anbudsgivaren uppfyller kraven i kvalitetssäkringsstandarderna, ska enheten hänvisa till kvalitetssäkringssystem som bygger på relevanta europeiska standarder på området och som är certifierade av organ som uppfyller europeiska standarder för certifiering. Den upphandlande enheten ska även godta likvärdiga certifikat från organ i andra medlemsstater i Europeiska unionen samt intyg som anbudsgivarna lämnat över likvärdiga kvalitetssäkringsåtgärder.

Om anbudssökanden eller anbudsgivaren av godtagbara skäl inte kan ge in de handlingar som den upphandlande enheten kräver, kan anbudssökanden eller anbudsgivaren styrka uppgifterna om sin tekniska prestationsförmåga och sina yrkesmässiga kvalifikationer med någon annan handling som den upphandlande enheten godkänner.

54 §

Krav på anbudssökande och anbudsgivare när det gäller informationssäkerhet

När säkerhetsklassificerade handlingar överlämnas, utarbetas eller annars hanteras för genomförande av ett anbudsförfarande kan den upphandlande enheten ställa sådana krav på anbudssökandena och anbudsgivarna när det gäller informationssäkerhet som är nödvändiga för att de skyldigheter som föreskrivs för en myndighet ska kunna fullgöras. Den upphandlande enheten kan be en anbudssökande eller anbudsgivare lämna en utfästelse och uppgifter som visar att dessa har förmåga att uppfylla de informationssäkerhetskrav som har ställts.

En upphandlande enhet kan bevilja en anbudssökande som inte har en utfästelse eller uppgifter som avses i 1 mom. tilläggstid för att skaffa dem. Då ska det i upphandlingsannonsen sättas ut en tidsfrist för att lämna in utfästelsen eller uppgifterna. Utöver de utfästelser och uppgifter som anbudssökanden har lämnat in kan den upphandlande enheten göra och beakta egna tilläggsutredningar.

55 §

Anbudssökandes och anbudsgivares juridiska form samt anmälan om ansvariga personer

Anbudssökande eller anbudsgivare som enligt lagstiftningen i sitt etableringsland har rätt att erbjuda de tjänster som utgör föremål för upphandlingen får inte uteslutas endast på grund av att lagstiftningen i den medlemsstat i Europeiska unionen där kontraktet sluts kräver att de ska vara antingen fysiska eller juridiska personer.

Den upphandlande enheten kan vid tjänst-upphandling och byggtreprenader samt vid sådan varuupphandling som omfattar monterings- och installationsarbeten ålägga anbudssökandena eller anbudsgivarna att i anbudet eller anbudsansökan uppge namnen på de personer som ansvarar för att tjänsten eller byggtreprenaden utförs samt deras yrkesmässiga kvalifikationer.

56 §

Deltagande i anbudsförfaranden i grupp och utnyttjande av andra aktörers kapacitet

Leverantörer får lämna anbud eller anmäla sig som anbudssökande i grupp. Den upphandlande enheten får inte kräva att grupper av sökande eller anbudsgivare ska anta en viss juridisk form för att få lämna ett anbud eller en anbudsansökan. Enheten får dock kräva att den utsedda gruppen ska ha en viss juridisk form under kontraktperioden, om det behövs för att upphandlingskontraktet ska kunna fullgöras på behörigt sätt.

En anbudssökande eller anbudsgivare får för fullgörandet av kontraktet utnyttja andra aktörers kapacitet, oberoende av den rättsliga arten av förbindelserna mellan dem. En grupp får för fullgörandet av kontraktet utnyttja kapaciteten hos deltagarna i gruppen eller hos andra aktörer. En anbudssökande eller anbudsgivare eller en grupp av anbudssökande eller anbudsgivare ska för den upphandlande enheten uppvisa dokumentation över sin ekonomiska och finansiella ställning, tekniska prestationsförmåga och yrkesmässiga kvalifikationer och uppfyllandet av övriga krav. Som bevis kan till exempel användas inbördes åtaganden mellan företag eller andra åtaganden som visar att resurser som uppfyller kraven finns tillgängliga för anbudssökandena, anbudsgivarna eller gruppen.

57 §

Val av anbud

Det anbud ska antas som för den upphandlande enheten totalekonomiskt sett är det mest fördelaktiga utifrån kriterier som är kopplade till föremålet för upphandlingen, eller som har det lägsta priset. Kriterier för valet av det totalekonomiskt mest fördelaktiga anbudet kan vara till exempel kvalitet, pris, tekniska fördelar, funktionella egenskaper, miljöegenskaper, driftskostnader, livscykelkostnader, kostnadseffektivitet, eftermarknadsservice och tekniskt stöd, leveransdag, leveranstid eller tid för fullgörande, försörj-

ningstrygghet, kompatibilitet och driftsegenskaper.

När kriteriet för valet är att anbudet är det totalekonomiskt mest fördelaktiga ska kriterierna och deras inbördes viktning nämnas i upphandlingsannonsen eller förfrågningsunderlaget. Vid konkurrenspräglad dialog ska motsvarande uppgifter meddelas i upphandlingsannonsen eller i projektbeskrivningen. Viktningen av de olika kriterierna kan också anges i form av ett lämpligt variationsintervall. Om en inbördes viktning av kriterierna av motiverad anledning inte kan göras, ska kriterierna anges i prioritetsordning.

58 §

Onormalt låga anbud

Den upphandlande enheten kan förkasta ett anbud, om anbudspriset med hänsyn till upphandlingens art och omfattning är onormalt lågt. Innan ett anbud förkastas ska den upphandlande enheten av anbudsgivaren skriftligen begära en skriftlig utredning om grunderna för anbudet.

Begäran enligt 1 mom. kan i synnerhet gälla ekonomiska och tekniska lösningar avseende sättet att tillverka varorna, tillhandahållandet av tjänster eller byggmetoderna, ovanligt gynnsamma villkor när det gäller att fullgöra kontraktet, originaliteten i en föreslagen lösning, iakttagandet av skyldigheterna gällande arbetarskydd och arbetsförhållanden på platsen där kontraktet fullgörs eller statligt stöd som anbudsgivaren får. Den upphandlande enheten ska granska huvudpunkterna i anbudet utifrån utredningen.

Den upphandlande enheten kan förkasta ett anbud som har ett onormalt lågt anbudspris till följd av att anbudsgivaren får ett lagstridigt statligt stöd. Innan anbudet förkastas ska anbudsgivaren reserveras en skälig tid att visa att det statliga stödet har beviljats på lagliga grunder. Om den upphandlande enheten förkastar ett anbud på grund av ett lagstridigt statligt stöd, ska enheten underrätta Europeiska kommissionen om saken.

59 §

Beaktande av stöd som ges av den upphandlande enheten vid jämförelse av anbud

Om anbudsgivaren är en enhet som hör till den upphandlande enhetens organisation eller om anbudsgivaren av den upphandlande enheten har fått eller kommer att få ekonomiskt stöd som påverkar anbudspriset, ska den upphandlande enheten vid jämförelse av anbuderna beakta de faktiska omständigheter som påverkar anbudspriset för den upphandlande enheten själv, såsom det ovan nämnda ekonomiska stödet.

9 kap.

Underleverantörskontrakt

60 §

Underentreprenad från anknutna företag

Den upphandlande enheten kan kräva att anbudsgivaren i sitt anbud anger vilken del av upphandlingskontraktet som den avser lägga ut på underentreprenad till företag som är anknutna till det på det sätt som avses i 2 mom. och meddela vilka dessa företag är. Den upphandlande enheten kan också kräva att de anbudsgivare som ger ett anbud som en grupp enligt 56 § ska ange i sitt anbud vilken del av upphandlingskontraktet de kan komma att lägga ut på underentreprenad till företag som är anknutna till gruppen på det sätt som avses i 2 mom. och meddela vilka dessa företag är. Om relationerna mellan företagen förändras under upphandlingsförfarandets gång, ska anbudsgivaren uppdatera de uppgifter som ingår i anbudet.

Med anknutet företag avses ett företag över vilket den utvalda anbudsgivaren, direkt eller indirekt, kan utöva ett bestämmande inflytande, ett företag som kan utöva ett bestämmande inflytande över den utvalda anbudsgivaren eller ett företag som tillsammans med den utvalda anbudsgivaren står under ett annat företags bestämmande inflytande på grund av ägande eller finansiellt deltagande

eller på grund av regler som gäller företaget. Ett företag anses ha ett bestämmande inflytande i ett annat företag när det direkt eller indirekt innehar merparten av företagets tillskjutna kapital, kontrollerar majoriteten av röstetalet på grund av aktieäggande eller kan utse mer än halva antalet ledamöter i företagets administrativa, styrande eller övervakande organ.

Bestämmelserna om underleverantörskontrakt i 62 – 66 § tillämpas inte på ett underleverantörskontrakt, som anbudsgivaren har ingått med ett till det anknutet företag eller, om ett anbud har getts av en grupp enligt 56 §, med ett företag som hör till samma grupp eller med ett företag som är anknutet till ett företag i samma grupp.

61 §

Val av underleverantör

En anbudsgivare kan välja sina underleverantörer i alla underleverantörskontrakt, om inget annat följer av 62—66 §.

62 §

Krav som gäller underleverantörskontrakt

En upphandlande enhet ska i upphandlingsannonsen fastställa och i anbudsförfrågan precisera de krav som gäller underleverantörskontrakt. När de krav som gäller underleverantörskontrakt fastställs ska proportionalitets- och ickediskrimineringsprinciperna iakttas.

Den upphandlande enheten kan kräva att anbudsgivaren i sitt anbud meddelar vilken eller vilka delar av upphandlingskontraktet den har för avsikt att ge som underentreprenad till tredje part, innehållet i de underleverantörskontrakt som ingås samt de underleverantörer som valts.

Förutom det som föreskrivs i 2 mom. kan den upphandlande enheten kräva att en anbudsgivare som valts som kontraktspart

1) konkurrensutsätter en del av eller alla de underentreprenader som den i enlighet med 2 mom. har meddelat i sitt anbud och att förfarandena enligt 64—66 § iakttas,

2) ger en av den upphandlande enheten fastslagen minimimängd av upphandlingskontraktets värde som underentreprenad till tredje part och att dessa underentreprenader konkurrensutsätts med iakttagande av förfarandena enligt 64 – 66 §; den upphandlande enheten ska då fastslå som procentandelar vilken minimi- och maximimängd av upphandlingskontraktet som anbudsgivaren ska ge tredje part i form av underentreprenader samt kräva att anbudsgivaren i sitt anbud meddelar vilken eller vilka delar av upphandlingskontraktet den har för avsikt att ge tredje part som underentreprenader för att uppfylla den upphandlande enhetens krav; den maximimängd som den upphandlande enheten har fastställt får inte överstiga 30 procent av upphandlingskontraktets värde, eller

3) konkurrensutsätter en del av eller alla de underentreprenader som den har för avsikt att ge tredje part utöver de underentreprenader som nämns i 2 punkten; den upphandlande enheten ska då kräva att anbudsgivaren i sitt anbud specificerar de delar av upphandlingskontraktet som den har för avsikt att ge tredje part som underentreprenader utöver de underentreprenader som nämns i 2 punkten.

Förutom det som föreskrivs i 2 och 3 mom. kan den upphandlande enheten kräva att anbudsgivaren underrättar enheten om de förändringar som sker på underleverantörsnivå under tiden för fullgörande av upphandlingskontraktet.

Den upphandlande enheten ska anpassa maximi- och minimimängden enligt 3 mom. 2 punkten till föremålet för och värdet av kontraktet samt till arten av den industribransch det är fråga om, konkurrensläget samt den tekniska prestationsförmågan.

Anbudsgivaren har rätt att ge tredje part mera underentreprenader än vad den upphandlande enheten har krävt i enlighet med denna paragraf.

63 §

Förkastande av en underleverantör

Den upphandlande enheten kan ställa krav på underleverantören som gäller den finansiella och ekonomiska situationen, den tekniska prestationsförmågan och de yrkesmässiga

kvalifikationerna, informationssäkerheten, försörjningstryggheten eller kvaliteten. Dessa krav samt andra krav som gäller underleverantörens lämplighet ska meddelas i upphandlingsannonsen. Dessa krav ska vara objektiva, icke-diskriminerande och enhetliga med de krav som gäller anbudssökandens eller anbudsgivarens lämplighet och som har ställts i upphandlingsannonsen.

Den upphandlande enheten kan besluta förkasta en underleverantör som anbudsgivaren har valt under tiden för upphandlingsförfarandet eller fullgörandet av upphandlingskontraktet, om denne inte uppfyller de krav som ställts i upphandlingsannonsen i fråga om underleverantörens lämplighet, eller en grund för uteslutande enligt 47 eller 48 § gäller för underleverantören. Den upphandlande enheten ska skriftligen motivera förkastandet för anbudsgivaren.

64 §

Genomförande av underentreprenad

En anbudsgivare som valts till kontraktspart ska agera öppet och behandla alla eventuella underleverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt.

En anbudsgivare som valts till kontraktspart ska för publicering sända in en underentreprenadannons om de underentreprenader för vilka den i 62 § 3 mom. föreskrivna konkurrensutsättningsskyldigheten gäller och vilkas uppskattade värde utan mervärdesskatt överstiger det EU-tröskelvärde som nämns i 12 §. Någon annonseringsskyldighet föreligger inte för sådan underentreprenad för vilken de förutsättningar för direktupphandling som nämns i 22 och 23 § uppfylls. På beräkningen av det uppskattade värdet av underleverantörskontrakt tillämpas vad som föreskrivs i 14—16 §. Om en underentreprenad kan genomföras på basis av ett ramavtal med de förutsättningar som anges i 66 §, föreligger ingen skyldighet att annonsera.

En annons om underentreprenad ska innehålla tillräckliga uppgifter om underentreprenaden för att denna ska kunna genomföras samt om den anbudsgivare som valts till kontraktspart. En anbudsgivare som valts till kontraktspart ska dessutom i annonsen om

underentreprenad föra fram de kriterier som anbudsgivaren tillämpar vid bedömningen av underleverantörernas lämplighet och vid valet av underleverantörer. Dessa kriterier ska vara objektiva, icke-diskriminerande och enhetliga med de kriterier som den upphandlande enheten tillämpar vid bedömning av anbudsgivarnas lämplighet. Kraven ska ansluta sig till föremålet för underentreprenaden och de ska anpassas till underentreprenadens storlek.

En annons om underentreprenad får inte publiceras någon annanstans innan den har sänts till Europeiska unionens byrå för officiella publikationer och i en annons som publiceras någon annanstans får det inte ingå sådana uppgifter som inte har offentliggjorts i Europeiska unionens officiella tidning. I en annons som ska publiceras någon annanstans ska det nämnas vilket datum upphandlingsannonsen har sänts för publicering.

Genom förordning av statsrådet utfärdas närmare bestämmelser om de annonseringskyldigheter som gäller underentreprenader, om sändandet av en annons om underentreprenad och om de kommunikationsmedel som ska användas vid sändandet, om innehållet i och publiceringen av en annons om underentreprenad och om andra omständigheter som anknyter till skyldigheten att annonsera om underentreprenader.

65 §

Befrielse från de skyldigheter som gäller underentreprenad

Av en anbudsgivare som valts till kontraktspart får inte krävas att denne ska ingå ett underleverantörskontrakt, om den på ett sätt som tillfredsställer den upphandlande enheten visar att ingen av de underleverantörer som konkurrerar om kontraktet eller av deras anbud uppfyller de kriterier som anges i annonsen om underentreprenader och att den anbudsgivare som valts till kontraktspart därför inte kan uppfylla kraven i upphandlingskontraktet.

66 §

Ramavtal

På underentreprenader som en anbudsgivare som valts till kontraktspart gör på basis av ett ramavtal tillämpas inte 62 §, om ramavtalet har konkurrensutsatts med iakttagande av 64 §.

Underleverantörskontrakt som bygger på ett ramavtal ska slutas i enlighet med de villkor som fastställts i ramavtalet och mellan ramavtalets ursprungliga parter. I underleverantörskontrakt ska villkor som motsvarar villkoren i ramavtalet följas.

Ramavtal får inte användas på ett sådant sätt att konkurrensen snedvrids, begränsas eller förhindras.

Ett ramavtal kan gälla i högst sju år. I undantagsfall kan ett ramavtal ha en längre löptid, om de levererade varornas, utrustningarnas eller systemens förväntade livscykel och de tekniska problem som ett byte av underleverantör kan orsaka förutsätter detta.

67 §

Anbudsgivarens ansvar vid fullgörandet av en upphandling

De krav som den upphandlande enheten ställer i enlighet med detta kapitel och de anmälningar som anbudsgivarna gör i enlighet med de kraven begränsar inte det ansvar som den till kontraktspart valda anbudsgivaren har för fullgörandet av upphandlingen.

DEL III

Nationella förfaranden

10 kap.

Anbudsförfarande vid upphandling som understiger EU-tröskelvärdet, vid sekundär tjänsteupphandling enligt bilaga B och vid viss annan upphandling

68 §

Upphandlingsförfaranden

Förfaranden enligt detta kapitel används vid varuupphandling och byggentreprenader samt tjänsteupphandling enligt bilaga A, vilka understiger det EU-tröskelvärde som avses i 12 § 1 mom. men överstiger det nationella tröskelvärde som avses i 13 § 1 mom. samt vid sekundär tjänsteupphandling enligt bilaga B, vilken överstiger det nationella tröskelvärde som avses i 13 § 1 mom.

Förfaranden enligt detta kapitel används också vid försvarsupphandling enligt 5 § som överstiger det nationella tröskelvärdet enligt 13 §, om de förutsättningar som ställs i artikel 346.1 b i EUF-fördraget uppfylls.

69 §

Allmänna förfarandebestämmelser

Den upphandlande enheten ska sträva efter att utnyttja befintliga konkurrensförhållanden och genomföra en upphandling i första hand via ett anbuds-förfarande. För att säkerställa konkurrens ska anbuderna begäras av ett med hänsyn till upphandlingens storlek och art tillräckligt antal anbudsgivare.

Upphandlingen ska annonseras offentligt. Någon annonseringsskyldighet föreligger dock inte, om upphandlingen uppfyller de förutsättningar som ställs i artikel 346.1 b i EUF-fördraget.

Den upphandlande enheten kan begära anbud direkt av en leverantör, om något anbuds-förfarande inte kan arrangeras av befo-

gade skäl som sammanhänger med försvaret, statens säkerhet eller försörjningstryggheten.

Den upphandlande enheten kan också be om ett anbud direkt av en leverantör, om

1) det vid ett tidigare genomfört anbuds-förfarande har erhållits anbud, som inte kan godtas; en förutsättning är dessutom att villkoren i anbudsfrågan inte har ändrats väsentligt,

2) upphandlingen av tekniska skäl eller av skäl som anknyter till skydd av ensamrätt bara kan genomföras av en viss leverantör,

3) det till följd av brådska som beror på en kris inte är möjligt att genomföra en anbuds-tävling,

4) det är absolut nödvändigt att sluta kontraktet och någon anbudstävling inte kan ordnas på grund av synnerlig brådska som orsakats av omständigheter som inte beror på den upphandlande enheten och som inte kunnat förutses,

5) den vara som ska upphandlas enbart tillverkas för forskning eller vetenskapliga ändamål och det inte är fråga om massproduktion i syfte att säkerställa att det är ekonomiskt lönsamt att tillverka varan eller i syfte att täcka forsknings- och utvecklingskostnader,

6) det är fråga om upphandling av forsknings- och utvecklingstjänster som inte har uteslutits från tillämpningsområdet för denna lag genom 8 §,

7) upphandlingen är nödvändig för att reda ut om slutresultatet av en forsknings- och utvecklingstjänst lämpar sig för den användning den upphandlande enheten avser,

8) upphandlingen gäller varor som noteras och upphandlas på en råvarumarknad,

9) varorna köps in särskilt förmånligt, antingen hos en leverantör som lägger ner sin affärsverksamhet eller hos en boförvaltare eller en utredare vid insolvensförfarande, ackord eller motsvarande förfarande,

10) upphandlingen gäller en begagnad vara,

11) upphandlingen baserar sig på rätt till tilläggsupphandling som ingår i kontraktet,

12) det är fråga om en tilläggsbeställning av en sådan varuupphandling hos den ursprungliga leverantören vars syfte är att delvis ersätta en tidigare leverans eller anordning eller att utvidga den; en förutsättning är

att byte av leverantör skulle leda till att material med annorlunda tekniska egenskaper upphandlades, vilket skulle medföra att systemen inte är kompatibla eller oskäligt stora tekniska svårigheter i användning och underhåll, eller om

13) det är fråga om en tilläggstjänst eller tilläggsentreprenad som inte ingår i det ursprungliga upphandlingskontraktet, vilken upphandlas hos den ursprungliga leverantören och vilken av oförutsedda skäl har visat sig nödvändig för genomförandet av tjänsten eller entreprenaden sådan den ursprungligen definierades.

70 §

Förhandlingar med anbudsgivarna samt precisering av anbudet och anbudsfrågan

Den upphandlande enheten kan förhandla med anbudsgivarna om alla aspekter som anknyter till upphandlingskontraktet, förutsatt att förhandlingarna inte leder till att anbudsfrågan på väsentliga punkter ändras på ett sätt som diskriminerar eller snedvrider konkurrensen. Syftet med förhandlingarna är att välja det bästa anbudet enligt 73 § 2 mom. eller att innan den slutliga anbudsfrågan sänds fastställa ett eller flera lösningsalternativ för att genomföra upphandlingen. Förhandlingarna kan ske i successiva steg så att antalet anbudsgivare eller lösningar som deltar i förhandlingarna minskas under förhandlingarnas lopp på grundval av de kriterier för jämförelse av anbud som angetts i anbudsfrågan eller i projektbeskrivningen.

Förutsättningen för att förhandlingar ska kunna föras i anbudstävlan är att möjligheten till förhandlingar och vilka kriterier som ska tillämpas vid förhandlingarna framgår av anbudsfrågan eller projektbeskrivningen.

Den upphandlande enheten ska behandla de leverantörer som deltar i förhandlingarna likvärdigt. Den upphandlande enheten får inte lämna ut information på ett sätt som äventyrar den likvärdiga behandlingen av deltagarna i anbudsförfarandet.

71 §

Anbudsfrågan

Anbudsfrågan ska utarbetas så tydligt att det utifrån den är möjligt att lämna anbud som kan mätas med samma mått och som är jämförbara. Anbudsfrågan ska innehålla alla de uppgifter som är av väsentlig betydelse med tanke på upphandlingsförfarandet och utarbetandet av anbud.

I anbudsfrågan ska meddelas grunden för valet av anbud samt, när det totalekonomiskt mest fördelaktiga anbudet väljs, kriterierna och deras prioritetsordning. I anbudsfrågan ska anbudsgivarna ges en skälig tid att lämna in anbud med beaktande av upphandlingens omfattning och art.

Den upphandlande enheten kan ta ut en skälig ersättning för förfrågningsunderlaget för att täcka kostnader för särskild omfattning, material eller andra motsvarande faktorer.

72 §

Utarbetande av anbudsfrågan och anbud

Anbudsfrågan och de anbud som ges med anledning av den ska utarbetas skriftligen. Anbudsfrågan och anbudet kan göras muntligen bara i undantagsfall när det inte är befogat eller ändamålsenligt med ett skriftligt förfarande. Om anbudsfrågan eller anbudet inte har utarbetats skriftligen, ska det föras protokoll över förhandlingarna med anbudsgivarna. De omständigheter som är av betydelse med tanke på förfarandets gång och anbudsgivarnas ställning ska framgå av protokollen.

73 §

Val av anbudsgivare och anbud, förkastande av anbud

Den upphandlande enheten kan ur anbudstävlan utesluta en leverantör som med beaktande av upphandlingens omfattning, föremål och övriga krav inte har tekniska, ekonomiska eller andra förutsättningar att genomföra upphandlingen. Den upphandlande enheten

kan utesluta ett anbud från anbudsjämförelsen, om den anbudsgivare som har gett anbudet inte med beaktande av upphandlingens omfattning, föremål eller övriga krav har tekniska, ekonomiska eller andra förutsättningar att genomföra upphandlingen.

Den upphandlande enheten ska godkänna antingen det anbud som till priset och på andra grunder är totalekonomiskt fördelaktigast enligt de kriterier som ställts i anbudsfrågan, eller det anbud som till priset är billigast.

Den upphandlande enheten kan förkasta anbud som inte motsvarar de centrala villkoren i anbudsfrågan eller som har ett onormalt lågt pris i förhållande till upphandlingens art och omfattning. Den upphandlande enheten ska skriftligen be anbudsgivaren lämna in en skriftlig förklaring till grunderna för det onormalt låga anbudet innan anbudet förkastas.

DEL IV

Gemensamma bestämmelser om beslut som gäller upphandling, upphandlingskontrakt, rättsmedel och upphandlingsdokumentens offentlighet samt särskilda bestämmelser

11 kap.

Beslut vid upphandling samt delgivning

74 §

Beslut som gäller upphandling

Den upphandlande enheten ska fatta ett skriftligt beslut i avgöranden som påverkar anbudssökandenas och anbudsgivarnas ställning samt när den avgör anbudsförfarandets utgång. Besluten ska motiveras.

Av beslutet eller av de handlingar som hänför sig till beslutet ska de faktorer som väsentligen påverkat avgörandet framgå. Sådana faktorer är åtminstone grunderna för att en anbudssökande, en anbudsgivare eller ett anbud har förkastats samt de grunder på vilka de godkända anbuden har jämförts. I ett beslut som gäller konkurrensutsättning av en

upphandling som grundar sig på ramavtal är det tillräckligt att konstatera de faktorer som visar att kriterierna för val och jämförelse av anbud har tillämpats på det sätt som avses i 27 §. Om den väntetid som avses i 79 § ska iakttas vid upphandlingen, ska det dessutom av beslutet eller av de handlingar som hänför sig till det framgå inom vilken tid ett upphandlingskontrakt kan slutas.

En upphandlande enhet behöver inte fatta beslut som avses i denna paragraf när det gäller en tilläggsbeställning som avses i 23 § eller i 69 § 4 mom. 12 punkten, en tilläggs-tjänst eller tilläggsentreprenad som avses i 69 § 4 mom. 13 punkten eller en temporär organisering av upphandling som avses i 95 §.

Vid upphandling som grundar sig på ramavtal behöver den upphandlande enheten inte fatta beslut som avses i denna paragraf, om

1) upphandlingen görs på de villkor som har fastställts i ramavtalet utan konkurrensutsättning, eller om

2) upphandlingens värde vid en konkurrensutsättning som grundar sig på ramavtalet inte överstiger EU-tröskelvärdet.

75 §

Avbrytande av upphandlingsförfarandet

Upphandlingsförfarandet får avbrytas endast av ett verkligt och befogat skäl.

På avgöranden som gäller avbrytande av ett upphandlingsförfarande tillämpas vad som i 74 § föreskrivs om beslut som gäller upphandling.

76 §

Besväransvisning och upphandlingsrättelseanvisning

Till sitt beslut ska den upphandlande enheten foga en besväransvisning där det redogörs för möjligheterna att föra ärendet till marknadsdomstolen, den upphandlande enhetens kontaktinformation för den underrättelse som avses i 90 § samt en upphandlingsrättelseanvisning där det redogörs för hur anbudssökanden eller anbudsgivaren kan föra

ärendet för ny behandling i form av en upphandlingsrättelse.

I övrigt tillämpas på utfärdande och rättelse av besväransvisningar och rättelseanvisningar det som föreskrivs i 3 kap. i förvaltningsprocesslagen (586/1996) och på utfärdande och rättelse av upphandlingsrättelseanvisningar det som i 7 kap. i förvaltningslagen (434/2003) föreskrivs om anvisningar om hur man begär omprövning.

77 §

Delgivning av beslut som gäller upphandling

Den upphandlande enhetens beslut med motivering samt besväransvisning och upphandlingsrättelseanvisning ska skriftligen delges dem som saken gäller. Beslutet och de nämnda handlingarna delges med användning av den elektroniska kontaktinformation som anbudssökanden och anbudsgivaren har uppgett för den upphandlande enheten. När den elektroniska kontaktinformationen används anses anbudssökanden och anbudsgivaren ha fått del av beslutet och de bifogade handlingarna den dag det elektroniska meddelandet med handlingarna står till mottagarens förfogande i dennes mottagarapparat på ett sådant sätt att meddelandet kan hanteras. Den dagen anses vara densamma som dagen för avsändandet av meddelandet, om det inte ges en tillförlitlig redogörelse om att datakommunikationsförbindelserna inte har fungerat eller om någon annan motsvarande omständighet, som har lett till att det elektroniska meddelandet har nått mottagaren vid en senare tidpunkt. Vid elektronisk delgivning ska den upphandlande enheten i sitt meddelande särskilt ange dagen för avsändandet av meddelandet.

Beslutet med motivering samt besväransvisningen och upphandlingsrättelseanvisningen kan också delges i ett vanligt brev i enlighet med bestämmelserna i förvaltningslagen. Anbudssökanden och anbudsgivaren anses ha fått del av beslutet med bifogade handlingar den sjunde dagen efter sändandet, om inte anbudssökanden eller anbudsgivaren visar att delgivningen har skett vid en senare tidpunkt.

Ett beslut som den upphandlande enheten har fattat ska delges utan onödigt dröjsmål,

men dock senast 15 dagar från det att den upphandlande enheten mottagit en skriftlig begäran om delgivning av beslutet.

12 kap.

Upphandlingskontrakt

78 §

Slutande av upphandlingskontrakt

När upphandlingsbeslutet har fattats ska den upphandlande enheten sluta ett upphandlingskontrakt. Upphandlingskontrakt uppstår genom undertecknande av ett skriftligt kontrakt.

79 §

Väntetid

Vid upphandling som överstiger i 12 § angivna EU-tröskelvärden får upphandlingskontrakt slutas tidigast 21 dagar från det att anbudssökanden eller anbudsgivaren har fått eller anses ha fått del av beslutet och besväransvisningen (väntetid).

Väntetid tillämpas inte vid direktupphandling.

Bestämmelser om hur ändringsansökan påverkar slutandet av upphandlingskontrakt finns i 92 §.

80 §

Undantag från bestämmelserna om väntetid

Väntetid behöver inte iakttas, om

1) upphandlingskontraktet gäller upphandling som görs på grundval av ett ramavtal enligt 27 §,

2) upphandlingskontraktet slutas med den enda anbudsgivaren som lämnat ett godtagbart anbud och det i anbudsförandet inte längre deltar andra anbudssökande eller anbudsgivare, vars ställning kan påverkas av valet av kontraktspart,

3) upphandlingskontraktet gäller upphandling som avses i 68 § 2 mom.

81 §

Annonsering om direktupphandling och slutande av upphandlingskontrakt

Vid direktupphandling som överstiger EU-tröskelvärdet enligt 12 § får den upphandlande enheten efter upphandlingsbeslutet innan upphandlingskontraktet sluts sända en annons om direktupphandling för publicering. Upphandlingskontraktet kan då slutas tidigast 14 dagar från det att annonsen har publicerats i Europeiska unionens officiella tidning.

13 kap.

Upphandlingsrättelse

82 §

Hur en upphandlingsrättelse görs

Den upphandlande enheten kan själv undanröja sitt felaktiga beslut eller återkalla något annat avgörande i upphandlingsförfarandet, som har rättsliga följder för anbudssökandenas eller anbudsgivarnas ställning, och avgöra ärendet på nytt (*upphandlingsrättelse*), om beslutet eller något annat avgörande i upphandlingsförfarandet grundar sig på ett fel i tillämpningen av lagen.

Rättelse av ett beslut eller ett avgörande förutsätter inte parts samtycke. Ett beslut eller ett avgörande kan dock inte rättas genom upphandlingsrättelse, om det har slutits ett upphandlingskontrakt.

83 §

Hur en upphandlingsrättelse tas upp till behandling

Den upphandlande enheten kan ta upp en upphandlingsrättelse till behandling på eget initiativ eller på yrkande av en part. Den upphandlande enheten ska omedelbart meddela dem som saken gäller att ett upphandlingsrättsförfarande har inletts.

En underleverantör har inte sådan partsställning som avses i 1 mom. i ett ärende som gäller upphandling.

En part ska framställa yrkande om upphandlingsrättelse inom 14 dagar efter att ha fått del av den upphandlande enhetens beslut eller avgörande i upphandlingsförfarandet. Den upphandlande enheten kan på eget initiativ ta upp upphandlingsbeslutet eller avgörandet till behandling för upphandlingsrättelse inom 60 dagar från det att det beslut eller avgörande har fattats som är föremål för upphandlingsrättelsen.

Överklagande till marknadsdomstolen hindrar inte att en upphandlingsrättelse görs eller behandlas. En upphandlingsrättelse kan även gälla den upphandlande enhetens laga-kraftvunna beslut, om saken inte har förts till marknadsdomstolen.

84 §

Hur behandlingen av en upphandlingsrättelse påverkar behandlingen i marknadsdomstolen

Inledandet av ett förfarande om upphandlingsrättelse och behandling av en upphandlingsrättelse påverkar inte den tidsfrist under vilken en part har rätt att överklaga genom besvär hos marknadsdomstolen med stöd av denna lag.

Om ett beslut eller något annat avgörande i upphandlingsförfarandet, som ska rättas, har överklagats hos marknadsdomstolen, ska marknadsdomstolen underrättas om upptagandet av ärendet till behandling såsom upphandlingsrättelse och det beslut som fattats i ärendet ska lämnas till marknadsdomstolen. Vid behandlingen av en upphandlingsrättelse kan den upphandlande enheten förbjuda verkställigheten av beslutet eller avgörandet eller bestämma att verkställandet ska avbrytas. Om ändring har sökts i ärendet genom besvär hos marknadsdomstolen, ska marknadsdomstolen underrättas om att verkställigheten har förbjudits eller avbrutits.

Om den upphandlande enheten rättar sitt beslut om upphandling eller något annat av sina avgöranden genom upphandlingsrättelse, så att den som har överklagat hos marknadsdomstolen inte längre är i behov av rättskydd och inte har behov av att få ett motiverat beslut, kan marknadsdomstolen avskrivna

ett sådant ärende från vidare behandling utan att fälla ett avgörande i huvudsaken.

85 §

Tillämpningen av en upphandlingsrättelse på andra upphandlingar

Upphandlingsrättelseförfarandet tillämpas även på sådan rättelse av den upphandlande enhetens beslut eller andra avgöranden i upphandlingsförfarandet som denna lag inte tillämpas på enligt 6 § 2 mom., 7, 8 eller 13 §. Ett beslut som fattas med anledning av en sådan upphandlingsrättelse får inte överklagas genom besvär hos marknadsdomstolen och inte heller med stöd av förvaltningsprocesslagen eller kommunallagen (365/1995).

14 kap.

Upphandlingsdokumentens offentlighet

86 §

Tillämpliga bestämmelser om handlingars offentlighet

Lagen om offentlighet i myndigheternas verksamhet (621/1999) tillämpas på offentligheten i fråga om den upphandlande enhetens handlingar och de avgifter som tas ut för dessa handlingar samt på en parts rätt att ta del av handlingarna, om enheten är en myndighet som avses i 4 § i den lagen eller om enheten enligt en bestämmelse någon annanstans i lag är skyldig att följa nämnda lag.

På rätten för den som deltar i ett anbuds-förfarande som ordnas av någon annan än en i 1 mom. avsedd upphandlande enhet att ta del av handlingar som enheten har upprättat och fått för handläggningen av anbudet och på tystnadsplikten för anställda vid den upphandlande enheten tillämpas det som i lagen om offentlighet i myndigheternas verksamhet föreskrivs om en parts rätt att ta del av en handling, när en handling blir offentlig samt behandling och avgörande av ett ärende som gäller rätt att få ta del av en handling.

Ett beslut av den upphandlande enheten som innehåller ett avgörande i fråga om rät-

ten att ta del av en handling får överklagas i enlighet med 33 § i lagen om offentlighet i myndigheternas verksamhet. Behörig förvaltningsdomstol vid besvär över beslut av andra upphandlande enheter än de som är myndigheter är den förvaltningsdomstol inom vars domkrets den upphandlande enheten finns.

15 kap.

Ändringsökande och påföljder

87 §

Vem får söka ändring

Ett ärende om upphandling kan föras till marknadsdomstolen av den som ärendet gäller genom anförande av besvär. En underleverantör har dock inte här avsedd partsställning.

Ett ärende om upphandling kan dessutom föras till marknadsdomstolen av arbets- och näringsministeriet genom besvär i samband med ett ärende som gäller unionens tillsynsförfarande.

88 §

Föremål för ändringsökande

Ett i denna lag avsett sådant beslut eller annat avgörande av den upphandlande enheten i upphandlingsförfarandet som påverkar anbudssökandens eller anbudsgivarens ställning, får överklagas genom besvär hos marknadsdomstolen.

Ett sådant beslut eller en annan åtgärd av en upphandlande enhet som gäller enbart beredningen av ett upphandlingsförfarande får inte överklagas genom besvär hos marknadsdomstolen. Besvär får inte heller anföras hos marknadsdomstolen över beslut som fattats eller andra åtgärder som vidtagits i fråga om underleverantörskontrakt av den leverantör som valts till kontraktspart och inte heller över den upphandlande enhetens beslut eller avgörande som gäller en underleverantör och som har fattats under den tid upphandlingskontraktet verkställs.

I en upphandling som grundar sig på ett ramavtal enligt 27 § och i en upphandling som avses i 68 § 2 mom. får ändring inte sökas genom besvär, om inte marknadsdomstolen beviljar behandlingstillstånd i ärendet. Tillstånd ska beviljas, om

1) det är viktigt att pröva ärendet med tanke på tillämpningen av lagen i andra likadana ärenden, eller

2) det finns ett vägande skäl som hänför sig till den upphandlande enhetens förfarande.

89 §

Tid för ändringssökande

Om inte något annat föreskrivs i denna paragraf, ska besvär anföras skriftligen inom 14 dagar från det att anbudssökanden eller anbudsgivaren har fått del av upphandlingsbeslutet med besvärсанvisning.

Om den upphandlande enheten efter upphandlingsbeslutet med stöd av 80 § 1 punkten har slutit ett upphandlingskontrakt utan att iaktta väntetiden, ska besvär anföras inom 30 dagar från det att anbudsgivaren har fått del av beslutet med besvärсанvisning.

Besvär ska lämnas in till marknadsdomstolen senast sex månader från det att upphandlingsbeslutet har fattats, om anbudssökanden eller anbudsgivaren har fått del av upphandlingsbeslutet, och upphandlingsbeslutet eller besvärсанvisningen har varit väsentligen bristfälliga eller besvärсанvisning helt har saknats.

Om den upphandlande enheten har sänt en annons om direktupphandling som överstiger EU-tröskelvärdet enligt 12 § för publicering i Europeiska unionens officiella tidning, ska besvär anföras inom 14 dagar från det att annonsen har publicerats.

Om en annons som avses i 4 mom. inte har publicerats, ska besvär över direktupphandling anföras

1) inom 30 dagar från det att en annons i efterhand om direktupphandlingen har publicerats i Europeiska unionens officiella tidning, eller

2) senast sex månader från det att upphandlingskontraktet har slutits.

90 §

Underrättelse om ändringssökandet till den upphandlande enheten samt förteckning över upphandlingsärenden

Den som söker ändring i ett upphandlingsärende ska skriftligen underrätta den upphandlande enheten om att ärendet förs till marknadsdomstolen.

Underrättelsen ska lämnas till den upphandlande enheten senast då besvär över upphandlingen lämnas in till marknadsdomstolen. Underrättelsen ska lämnas på den adress som den upphandlande enheten har uppgett.

Marknadsdomstolen ska föra och publicera en så omfattande och aktuell förteckning som möjligt över de upphandlingsärenden som har inletts vid marknadsdomstolen.

91 §

Den upphandlande enheten som motpart samt ersättning för rättegångskostnader

Vid behandlingen av ett upphandlingsärende anses den upphandlande enheten som den överklagande partens eller myndighetens motpart.

På ersättande av rättegångskostnaderna i ett upphandlingsärende tillämpas bestämmelserna i 74 § 1 och 2 mom. i förvaltningsprocesslagen.

När frågan om skyldigheten att ersätta motpartens rättegångskostnader avgörs tillämpas på den upphandlande enheten vad som föreskrivs om en myndighet eller annan offentlig part i 74 § 1 och 2 mom. i förvaltningsprocesslagen. Om en upphandlande enhet har ansvarat för upphandlingsförfarandet på andra upphandlande enheters vägnar, kan skyldigheten att ersätta rättegångskostnaderna åläggas den upphandlande enhet som har handlat på de andra upphandlande enheternas vägnar.

92 §

Hur ändringssökandet påverkar slutandet av ett upphandlingskontrakt

Vid upphandling där en väntetid eller en i 81 § avsedd tidsfrist ska iakttas får den upphandlande enheten inte sluta ett upphandlingskontrakt, om ärendet har förts till marknadsdomstolen.

Om marknadsdomstolen avgör frågan om verkställighet eller fäller ett avgörande i huvudsaken innan väntetiden eller den tidsfrist som avses i 81 § har löpt ut, ska den upphandlande enheten iakttä väntetiden eller den tidsfrist som avses i 81 § trots marknadsdomstolens beslut.

93 §

Marknadsdomstolens temporära beslut

Då besvär över en upphandling har anförts hos marknadsdomstolen kan den förbjuda, avbryta eller tillåta verkställigheten av ett beslut som gäller upphandling eller annars bestämma att upphandlingsförfarandet temporärt ska avbrytas för den tid ärendet behandlas i marknadsdomstolen.

Vid beslut om en åtgärd enligt 1 mom. ska marknadsdomstolen försäkra sig om att åtgärden inte orsakar större skada för motparten, för andra personers rättigheter, för statens säkerhetsintressen eller för det allmänna intresset än den nytta som åtgärden medför.

Ett beslut enligt 1 mom. får dock inte fattas i en upphandling som avses i 68 § 2 mom.

En lagfaren ledamot av marknadsdomstolen får ensam besluta om temporära åtgärder.

94 §

Den upphandlande enhetens temporära förbindelse

Om besvär över en upphandling har anförts hos marknadsdomstolen, kan den upphandlande enheten ge marknadsdomstolen en skriftlig förbindelse om att inte verkställa beslutet om upphandling så länge som ärendet är anhängigt i marknadsdomstolen.

Om den upphandlande enheten ger marknadsdomstolen en förbindelse som avses i 1 mom., meddelar marknadsdomstolen inte utan särskild orsak något beslut med anledning av ett krav på ett temporärt förbud att verkställa beslutet om upphandling.

95 §

Temporär organisering av upphandling

Om besvär över en upphandling har anförts hos marknadsdomstolen, kan den upphandlande enheten temporärt organisera upphandlingen genom att göra sin beställning hos någon som har deltagit i upphandlingsförfarandet eller hos den tidigare leverantören, förutsatt att upphandlingen på grund av sin art inte kan skjutas upp för den tid ärendet behandlas i marknadsdomstolen.

En temporär organisering av upphandlingen får inte hindra att marknadsdomstolen på ändringssökandens yrkande kan besluta att

- 1) den upphandlande enhetens beslut helt eller delvis upphävs,
- 2) förbjuda den upphandlande enheten att tillämpa en oriktig punkt i ett dokument som gäller upphandlingen eller att annars iakttä ett oriktigt förfarande,
- 3) ålägga den upphandlande enheten att korrigera sitt oriktiga förfarande.

96 §

Påföljder som bestäms av marknadsdomstolen

Om det vid en upphandling har förfarits i strid med denna lag eller med de bestämmelser som utfärdats med stöd av den eller i strid med Europeiska unionens lagstiftning, kan marknadsdomstolen

- 1) helt eller delvis upphäva ett beslut av en upphandlande enhet,
- 2) förbjuda den upphandlande enheten att tillämpa en oriktig punkt i ett dokument som gäller upphandlingen eller att annars iakttä ett oriktigt förfarande,
- 3) ålägga den upphandlande enheten att korrigera sitt oriktiga förfarande,
- 4) ålägga den upphandlande enheten att betala gottgörelse till en part som skulle ha haft

en realistisk möjlighet att få kontraktet, om förfarandet hade varit felfritt,

5) bestämma en ogiltighetspåföljd för den upphandlande enheten,

6) bestämma att den upphandlande enheten ska betala staten en påföljdsavgift,

7) förkorta kontraktperioden för upphandlingskontraktet så att den löper ut efter en tid som marknadsdomstolen bestämmer.

I 97—100 § föreskrivs om bestämmande av de påföljder som avses i 1 mom. 4—7 punkten. Marknadsdomstolen kan när dessa påföljder bestäms anse att ett upphandlingskontrakt har uppstått på grund av omständigheterna, om den upphandlande enheten uttryckligen har börjat vidta åtgärder för att genomföra upphandlingen.

Ogiltighetspåföljd, påföljdsavgift och förkortning av kontraktperioden kan bestämmas endast vid upphandling som överstiger de EU-tröskelvärden som anges i 12 §. En ogiltighetspåföljd kan dock inte bestämmas vid en tjänsteupphandling enligt bilaga B.

I upphandling som avses i 68 § 2 mom. i denna lag kan endast gottgörelse påföras.

97 §

Gottgörelse

Gottgörelse kan påföras, om en åtgärd som avses i 96 § 1 mom. 1—3 punkten kan orsaka större skada för den upphandlande enheten, för övriga aktörers rättigheter eller för statens säkerhetsintresse eller det allmänna intresset än den nytta som åtgärden medför eller om besvären har lämnats in först efter det att upphandlingskontraktet slutits. När gottgörelse påförs ska hänsyn tas till arten av det fel eller den försummelse som den upphandlande enheten gjort sig skyldig till, värdet av den upphandling som är föremål för besvären och de kostnader och den skada som sökanden orsakats. Marknadsdomstolen kan dock avstå från att påföra gottgörelse, om den upphandlande enheten har avhållit sig från att verkställa upphandlingsbeslutet under den tid ärendet behandlas i marknadsdomstolen.

Gottgörelsebeloppet får inte utan särskilda skäl överstiga tio procent av upphandlingskontraktets värde.

98 §

Ogiltighetspåföljd

Marknadsdomstolen kan bestämma att ett upphandlingskontrakt är ogiltigt, om

1) den upphandlande enheten har gjort en direktupphandling utan en sådan grund som nämns i denna lag och vid direktupphandlingen inte förfarit på det sätt som avses i 81 §,

2) den upphandlande enheten har slutit ett upphandlingskontrakt, fastän väntetid måste iaktas vid upphandlingen,

3) den upphandlande enheten i strid med 92 § har slutit ett upphandlingskontrakt, fastän upphandlingsärendet har förts till marknadsdomstolen för avgörande.

I de situationer som avses i 1 mom. 2 och 3 punkten förutsätts dessutom att den upphandlande enheten har gjort sig skyldig till något annat fel som strider mot denna lag och som har påverkat ändringssökandens möjligheter att få upphandlingskontraktet.

Om den upphandlande enheten med stöd av 80 § vid konkurrensutsättning som grundar sig på ett ramavtal har slutit ett upphandlingskontrakt utan att iaktta väntetiden och om förfarandet vid konkurrensutsättningen strider mot 27 § 2 eller 3 mom. så att felet har påverkat ändringssökandens möjligheter att få upphandlingskontraktet, kan marknadsdomstolen förklara upphandlingskontraktet ogiltigt.

Marknadsdomstolen bestämmer vilka av kontraktets förpliktelser ogiltighetspåföljden gäller. En ogiltighetspåföljd kan endast gälla kontraktsförpliktelser som ännu inte har uppfyllts.

99 §

När ogiltighetspåföljd inte bestäms

I de fall som avses i 98 § kan marknadsdomstolen avstå från att bestämma en ogiltighetspåföljd av tvingande hänsyn till det allmänna intresset eller till statens säkerhetsintressen. Ekonomiska fördelar som direkt hänför sig till kontraktet kan anses vara tvingande hänsyn endast om kontraktets ogiltighet skulle ha exceptionellt oskäliga följder.

Marknadsdomstolen kan inte påföra en ogiltighetspåföljd, om följderna av den allvarligt skulle äventyra genomförandet av ett med tanke på statens säkerhetsintressen väsentligt försvars- eller säkerhetsprojekt.

100 §

Påföljdsavgift och förkortning av kontraktperioden

Marknadsdomstolen kan bestämma att den upphandlande enheten ska betala staten en påföljdsavgift, om

- 1) marknadsdomstolen har bestämt en ogiltighetspåföljd för upphandlingskontraktet,
- 2) den upphandlande enheten har slutit ett upphandlingskontrakt, fastän väntetid måste iakttas vid upphandlingen,
- 3) den upphandlande enheten i strid med 92 § har slutit ett upphandlingskontrakt, fastän upphandlingsärendet har förts till marknadsdomstolen för avgörande, eller
- 4) marknadsdomstolen av tvingande hänsyn till det allmänna intresset eller till statens säkerhetsintressen i enlighet med 99 § har avstått från att bestämma en ogiltighetspåföljd för upphandlingskontraktet.

I det fall som avses i 1 mom. 4 punkten kan marknadsdomstolen utöver eller i stället för att bestämma en påföljdsavgift förkorta kontraktperioden för upphandlingskontraktet så att den löper ut efter en tid som bestäms av marknadsdomstolen.

Marknadsdomstolen kan för en tjänsteupphandling enligt bilaga B till denna lag, när upphandlingens värde överstiger i 12 § angivet EU-tröskelvärde, ålägga den upphandlande enheten att betala staten en påföljdsavgift eller förkorta kontraktperioden för upphandlingskontraktet så att den löper ut efter en tid som bestäms av marknadsdomstolen, om den upphandlande enheten

- 1) har gjort en direktupphandling utan en sådan grund som nämns i denna lag och vid direktupphandlingen inte förfarit på det sätt som avses i 81 §,
- 2) har slutit ett upphandlingskontrakt, fastän väntetid måste iakttas vid upphandlingen,
- 3) i strid med 92 § har slutit ett upphandlingskontrakt, fastän upphandlingsärendet har

förts till marknadsdomstolen för avgörande, eller

- 4) med stöd av 80 § i sin konkurrensutsättning som grundar sig på ett ramavtal har slutit ett upphandlingskontrakt utan att iakttä väntetiden och om förfarandet vid konkurrensutsättningen strider mot 27 § 2 eller 3 mom. så att felet har påverkat ändringssökandens möjligheter att få upphandlingskontraktet.

I de situationer som avses i 3 mom. 2 och 3 punkten förutsätter en förkortning av kontraktperioden dessutom att den upphandlande enheten har gjort sig skyldig till något annat fel som strider mot denna lag och som har påverkat ändringssökandens möjligheter att få upphandlingskontraktet.

När en påföljd bestäms av marknadsdomstolen ska den ta hänsyn till arten av det fel eller den försummelse som den upphandlande enheten gjort sig skyldig till och värdet av den upphandling som är föremål för besvär. Påföljdsavgiftens belopp får inte överstiga tio procent av upphandlingskontraktets värde.

101 §

Riktande och samverkan av påföljder

Om en upphandlande enhet har ansvarat för upphandlingsförfarandet på andra upphandlande enheters vägnar, kan marknadsdomstolen besluta att den påföljd som den har bestämt ska bäras av den upphandlande enhet som har handlat på de andra upphandlande enheternas vägnar.

När marknadsdomstolen bestämmer om påföljder som avses i denna lag ska den beakta att samverkan av påföljderna inte får bli oskälig för den upphandlande enheten eller dess kontraktspart.

102 §

Vite

Marknadsdomstolen kan förena ett förbud eller åläggande enligt denna lag med vite. I viteslagen (1113/1990) föreskrivs om föreläggande och utdömande av vite.

Om en upphandlande enhet har ansvarat för upphandlingsbeslutet eller någon annan åt-

gärd på andra upphandlande enheters vägnar, kan marknadsdomstolen rikta vitet mot den upphandlande enhet som har handlat på de andra upphandlande enheternas vägnar.

103 §

Delgivning av marknadsdomstolens beslut

Marknadsdomstolens beslut med besvär-anvisning ska delges bevisligen på det sätt som föreskrivs i förvaltningsprocesslagen.

Med ändringssökandens och den upphandlande enhetens samtycke kan marknadsdomstolens beslut med besvär-anvisning delges med användning av den elektroniska kontaktinformation som dessa parter har uppgett för marknadsdomstolen.

När elektronisk kontaktinformation används anses ändringssökanden och den upphandlande enheten ha fått del av beslutet med besvär-anvisning den dag det elektroniska meddelandet har anlänt till mottagarens mottagarapparat så att meddelandet kan hanteras. På elektronisk delgivning tillämpas i övrigt vad som föreskrivs i 77 § 1 mom.

104 §

Besvärsförbud

I ett ärende som hör till marknadsdomstolens behörighet får ändring inte sökas med stöd av kommunallagen eller förvaltningsprocesslagen.

I ett beslut eller avgörande som fattats i en upphandling som enligt 6 § 2 mom., 7, 8 eller 13 § inte omfattas av denna lag, får ändring inte sökas med stöd av förvaltningsprocesslagen eller kommunallagen. En underleverantör får inte heller söka ändring med stöd av förvaltningsprocesslagen eller kommunallagen i ett beslut eller en åtgärd som den upphandlande enheten har fattat i fråga om en underentreprenad.

105 §

Sökande av ändring i marknadsdomstolens beslut

Marknadsdomstolens beslut får överklagas genom besvär hos högsta förvaltningsdomstolen i den ordning som föreskrivs i förvaltningsprocesslagen.

Ett sådant beslut av marknadsdomstolen som avses i 93 § 1 mom. får inte överklagas genom besvär hos högsta förvaltningsdomstolen. Marknadsdomstolens beslut hindrar inte att ärendet förs till marknadsdomstolen för nytt avgörande, om grunderna för det tidigare beslutet ändras.

Om marknadsdomstolen har beslutat att inte bevilja ett behandlingstillstånd som avses i 88 § 3 mom., får det beslutet överklagas genom besvär endast om högsta förvaltningsdomstolen beviljar besvärstillstånd.

106 §

Tillämpning av förvaltningsprocesslagen

På besvär tillämpas i övrigt förvaltningsprocesslagen, om inte något annat föreskrivs i denna lag.

107 §

Verkställighet av beslut

Ett beslut där marknadsdomstolen har bestämt en påföljd som avses i 96 § 1 mom. 1—3 punkten, ska iakttas även om ändring har sökts, om inte högsta förvaltningsdomstolen bestämmer något annat. Marknadsdomstolens beslut om en påföljd som avses i 96 § 1 mom. 4—7 punkten kan verkställas endast med stöd av ett lagakraftvunnet beslut. Ett upphandlingsbeslut som marknadsdomstolen har avvisat besvären mot får verkställas även om ändring har sökts, om inte högsta förvaltningsdomstolen bestämmer något annat.

Rättsregistercentralen sörjer för verkställigheten av beslut om påföljdsavgifter och ska underrättas om de beslut om påföljdsavgift som marknadsdomstolen och högsta förvaltningsdomstolen meddelar.

108 §

Skadestånd

Den som genom ett förfarande som strider mot denna lag eller bestämmelser som utfärdats med stöd av den eller som strider mot Europeiska unionens lagstiftning orsakar en anbudssökande, anbudsgivare eller leverantör skada är skyldig att ersätta skadan.

När skadeståndskravet gäller kostnader som uppkommit på grund av anbudsförfarandet är det för utdömande av skadestånd dock tillräckligt att anbudssökanden eller anbudsgivaren leder ett oriktigt förfarande som avses i 1 mom. i bevis och att anbudssökanden eller anbudsgivaren, om förfarandet hade varit felfritt, skulle ha haft en realistisk möjlighet att vinna anbudstävlan.

Behörig domstol i de ärenden som avses i 1 och 2 mom. är den tingsrätt som bestäms i enlighet med 10 kap. i rättegångsbalken.

16 kap.

Särskilda bestämmelser

109 §

Att lämna uppgifter

Oberoende av vad som i lagen om offentlighet i myndigheternas verksamhet eller i någon annan lag bestäms om sekretess ska den upphandlande enheten för tillsyn över upphandlingar och informationsutbyte, i den omfattning som förutsätts i Europeiska unionens lagstiftning och inom de tidsfrister som myndigheterna i Finland och Europeiska unionens institutioner satt ut, lämna myndigheterna och institutionerna statistiska uppgifter och andra uppgifter, om olika faser i sin upphandling och om de upphandlingar enheten företagit. Oberoende av sekretessbestämmelserna har arbets- och näringsministeriet rätt att vidarebefordra uppgifter som mi-

nisteriet fått i enlighet med denna lag till Europeiska unionens myndigheter.

Den upphandlande enheten ska utarbeta en skriftlig rapport om varje upphandlingskontrakt och ramavtal. Rapporten ska innehålla centrala uppgifter om upphandlingen och upphandlingsförfarandet, om de anbudssökande och anbudsgivare som har deltagit i förfarandet samt om de beslut som fattats vid upphandlingen. Rapporten och dess huvudsakliga innehåll ska på begäran sändas till Europeiska kommissionen. Någon särskild rapport krävs inte, om motsvarande uppgifter framgår av upphandlingsbeslutet eller andra handlingar.

Om upphandlingsförfarandet skett elektroniskt, ska den upphandlande enheten vidta nödvändiga åtgärder för att få förfarandets gång dokumenterat.

Genom förordning av statsrådet utfärdas närmare bestämmelser om de i 1 mom. avsedda skyldigheterna beträffande statistikföring samt om den upphandlande enhetens skyldighet att sammanställa rapporter om upphandlingsförfaranden och upphandlingsbeslut samt annan information för att sändas till Europeiska unionens institutioner.

110 §

Ikraftträdande och övergångsbestämmelser

Denna lag träder i kraft 2012.

Om ett upphandlingsförfarande har inletts före ikraftträdandet av denna lag, ska de bestämmelser som gällde vid ikraftträdandet av denna lag tillämpas på upphandlingen. Upphandlingsförfarandet anses ha inletts då upphandlingsannonsern publiceras. Vid upphandlingar som inte förutsätter publicering av en upphandlingsannons anses upphandlingen ha inletts när anbudsförfrågan eller inbjudan att förhandla avsänds eller förhandlingarna med leverantörerna inleds.

Åtgärder som krävs för verkställigheten av denna lag får vidtas innan lagen träder i kraft.

Bilaga A

PRIMÄRA TJÄNSTER

Kategori	Beskrivning	CPV- referensnummer
1	Underhålls- och reparations-tjänster	Från 50100000 till 50982000 (utom 50310000 till 50324200 och 50116510-9, 50190000-3, 50229000-6, 50243000-0)
2	Tjänster för militärt bistånd till utlandet	Från 60112000-6 till 60129300-1 (utom 60121000 till 60121600, 60122200-1, 60122230-0) och från 64120000-3 till 64121200-2
3	Försvartjänster, militära försvarstjänster och civila försvarstjänster	Från 62100000-3 till 62300000-5 (utom 62121000-6, 62221000-7)
4	Undersökning och säkerhetstjänster	60122200-1, 60122230-0 62121000-6, 62221000-7
5	Landtransport	Från 64200000-8 till 64228200-2, 72318000-7 och från 72530000-9 till 72532000-3
6	Lufttransporttjänster: transporter av passagerare och gods, med undantag av posttransporter	Från 66100000-1 till 66430000-3 och från 67110000-1 till 67262000-1 ¹
7	Postbefordran på land och i luften	Från 50300000-8 till 50324200-4, Från 72100000-6 till 72591000-4 (utom 72318000-7 och från 72530000-9 till 72532000-3)
8	Järnvägstransporttjänster	Från 73000000-2 till 73300000-5 (utom 73200000-4, 73210000-7, 73220000-0)
9	Sjötransporttjänster	Från 74121000 till 74121250-0
10	Hjälp-tjänster och tjänster i anslutning till transporter	Från 74130000-9 till 74133000-0 och 74423100-1, 74423110-4
11	Telekommunikationstjänster	Från 73200000-4 till 73220000-0, Från 74140000-2 till 74150000-5 (utom 74142200-8) och 74420000-9, 74421000-6, 74423000-0, 74423200-2, 74423210-5, 74871000-5, 93620000-0
12	Finansiella tjänster: Försäkringstjänster	Från 74200000-1 till 74276400-8 och från 74310000-5 till 74323100-0, och 74874000-6
13	Databehandlingstjänster och därmed sammanhängande tjänster	Från 74400000-3 till 74422000-3 (utom 74420000-9 och 74421000-6)

14	Forsknings- och utvecklings-tjänster ¹ och utvärderingsprov	Från 70300000-4 till 70340000-6 och från 74710000-9 till 74760000-4
15	Redovisnings-, revisions- och bokföringstjänster	Från 78000000-7 till 78400000-1
16	Organisationskonsulttjänster ² och därmed sammanhängande tjänster	Från 90100000-8 till 90320000-6 och 50190000-3, 50229000-6 50243000-0
17	Arkitekttjänster, tekniska konsulttjänster och integrerade tekniska tjänster, stadsplanering och landskapsarkitektur, därmed sammanhängande vetenskapliga och tekniska konsulttjänster, teknisk provning och analys	
18	Fastighetsstädning och fastighetsförvaltning	
19	Avlopps- och renhållningstjänster: saneringstjänster och liknande tjänster	
20	Utbildnings- och simulerings-tjänster på försvars- och säkerhetsområdet	

¹ Med undantag av de forsknings- och utvecklingstjänster som avses i 8 § 2 mom. 5 punkten

² Med undantag av medlings- och förlikningstjänster

*Bilaga B**SEKUNDÄRA TJÄNSTER*

Kategori	Beskrivning	CPV- referensnummer
21	Hotell- och restaurangtjänster	Från 55100000-1 till 55524000-9 och från 98340000-8 till 98341100-6
22	Hjälp-tjänster och tjänster i anslutning till transporter	63000000-9, 62440000-8, 62441000-5, 62450000-1, Från 63000000-9 till 63600000-5 (utom 63370000-3, 63371000-0, 63372000-7) och 74322000-2, 93610000-7
23	Juridiska tjänster	Från 74110000-3 till 74114000-1
24	Rekrytering och urval av personal ³	Från 74500000-4 till 74540000-6 (utom 74511000-4) och från 95000000-2 till 95140000-5
25	Hälsovård och socialtjänster	74511000-4, och från 85000000-9 till 85323000 (utom 85321000-5 och 85322000-2)
26	Övriga tjänster	

³

Med undantag av anställningskontrakt.

BYGGVERKSAMHET

NACE ⁴					CPV-kod
Avdelning F			BYGG ENTRE- PRENA- DER		
Huvudgrupp	Grupp	Undergrupp	Benämning	Anm.	
45			Byggverk- samhet	Omfattar: - nybyggnad, renovering och normal reparation	45000000
	45.1		Mark- och grundarbe- ten		45100000
		45.11	Rivning av hus; markarbe- ten	Omfattar: - rivning och rasering av byggnader och andra anläggningar - röjning av byggplatser - markarbeten: schaktning, depone- ring, nivellering av byggplatser, di- kesgrävning, bergrensning, spräng- ning etc. - iordningställande av gruvarbets- platser: avtäckning samt annat iordningstäl- lande av ägor och platser som inne- håller mineraler Omfattar även: - dränering av byggplatser - dränering av jordbruks- eller skogsbruksmark	45110000

⁴ Rådets förordning (EEG) nr 3037/90 av den 9 oktober 1990 om statistisk näringsgrensindelning i Europeiska gemenskapen (EGT L 293, 24.10.1990, s. 1). Förordningen ändrad genom kommissionens förordning (EEG) nr 761/93 (EGT L 83, 3.4.1993, s. 1). Om tolkningen skiljer sig åt mellan CPV och NACE, ska NACE-nomenklaturen tillämpas.

		45.12	Markundersökning	Omfattar: - provborrning och tagning av kärnprov för byggande, för geofysiska, geologiska eller liknande ändamål Omfattar inte: - borrning av källor för produktion av råpetroleum eller naturgas jfr 11.20 - brunnborrning jfr 45.25 - schaktsänkning jfr 45.25 - spårning av olje- och naturgasfält, utförande av geofysiska, geologiska och seismiska undersökningar jfr 74.20	45120000
	45.2		Bygg- och anläggningsarbeten		45200000

		45.21	Uppförande av hus och andra byggnadsverk	<p>Omfattar:</p> <ul style="list-style-type: none"> - byggande av alla slags byggnader - byggande av anläggningar inom väg- och vattenbyggnad o.d.: - broar, inklusive sådana för upphöjda vägar, viadukter, tunnlar och tunnelbanor - rörledningar för fjärrtransport, fjärrnät för el och telekommunikation - rörledningar i tätort, tätortsnet för el och telekommunikation samt därmed förknippade arbeten - montering och uppförande på plats av monteringsfärdiga byggnader <p>Omfattar inte:</p> <ul style="list-style-type: none"> - tjänster i anslutning till råpetroleum och naturgasutvinning jfr 11.20 - uppförande av kompletta monteringsfärdiga byggnader av egentillverkade delar av annat material än betong jfr huvudgrupperna 20, 26 och 28 - anläggning av stadion, simbasängar, idrottshallar, tennisbanor, golfbanor eller andra idrottsanläggningar, exklusive uppförande av byggnader jfr 45.23 - bygginstallationer jfr 45.3 - slutbehandling av byggnader jfr 45.4 - arkitektverksamhet och teknisk konsultverksamhet jfr 74.20 - projektledning för byggande jfr 74.20 	45210000
		45.22	Takarbeten	<p>Omfattar:</p> <ul style="list-style-type: none"> - byggande av tak - taktäckning - impregnering 	45220000

		45.23	Anläggning av vägar, flygfält och idrottsanläggningar	<p>Omfattar:</p> <ul style="list-style-type: none"> - anläggning av vägar, gator samt andra kör- och gångvägar - anläggning av järnvägar - anläggning av start- och landningsbanor på flygfält - anläggning av stadion, simbasängar, idrottshallar, tennisbanor, golfbanor eller andra idrottsanläggningar, exklusive uppförande av byggnader - målning av vägmarkeringar och markeringar på parkeringsplatser <p>Omfattar inte:</p> <ul style="list-style-type: none"> - förberedande markarbeten jfr 45.11 	45230000
		45.24	Vattenbyggnad	<p>Omfattar:</p> <ul style="list-style-type: none"> - anläggning av: - vattenleder, hamn- och flodarbeten, småbåtshamnar (marinor), slussar etc. - dammar, diken o.d. - muddring - undervattensarbete 	45240000
		45.25	Andra bygg- och anläggningsarbeten	<p>Omfattar:</p> <ul style="list-style-type: none"> - bygg- eller anläggningsverksamhet som är specialiserad inom något för olika slags konstruktioner gemensamt område och fordrar specialistkompetens eller specialutrustning: - grundläggning inklusive pålning - borrhning och byggande av brunnar, schaktsänkning - uppförande av icke egentillverkade stålelement - bockning av stål - murning och stenläggning - resning och nedmontering av byggnadsställningar och arbetsplattformar, inklusive uthyrning av byggnadsställningar och arbetsplattformar - uppförande av skorstenar och industriugnar <p>Omfattar inte:</p> <ul style="list-style-type: none"> - uthyrning av byggnadsställningar utan resning och nedmontering jfr 71.32 	45250000
	45.3		Bygginstallationer		45300000

		45.31	Elinstallationer	Omfattar: - installation i byggnader och andra anläggningar av: elkablar och elarmatur telekommunikationssystem elvärmesystem antenner brandlarm tjuvlarm hissar och rulltrappor åskledare etc.	45310000
		45.32	Isoleringsarbeten	Omfattar: - installation i byggnader och andra anläggningar av värme-, ljud- eller vibrationsisolering Omfattar inte: - impregnering jfr 45.22	45320000
		45.33	VVS-arbeten	Omfattar: - installation i byggnader och andra anläggningar av: vattensystem samt sanitetsutrustning gasarmaturer värme-, ventilations-, kyl- och luftkonditioneringsutrustning inklusive ledningar sprinklersystem Omfattar inte: - installation av elvärmesystem jfr 45.31	45330000
		45.34	Andra bygginstallationer	Omfattar: - installation av belysnings- och signalsystem till vägar, järnvägar, flygfält och hamnar - installation i byggnader och andra anläggningar av andra armaturer och anordningar	45340000
	45.4		Slutbehandling av byggnader		45400000
		45.41	Puts-, fasad- och stuckaturarbeten	Omfattar: - anbringande på byggnader och andra anläggningar av invändig eller utvändig puts och stuck inklusive närstående basmaterial för putsning	45410000

		45.42	Byggnads- snickeriar- beten	Omfattar: - installation av icke egentillverkade dörrar, fönster, dörr- och fönsterkarmar, kök med fast inredning, trappor, butiksinredning o.d., av trä eller andra material - invändig slutbehandling såsom arbete med tak, väggbeklädnader av trä och flyttbara skiljeväggar Omfattar inte: - läggning av parkett och andra golvbeläggningar av trä jfr 45.43	45420000
		45.43	Golv- och väggbe- läggnings- arbeten	Omfattar: - läggning, uppsättning eller fastsättning i byggnader och andra anläggningar av: vägg- eller golvplattor av keramiskt material, betong eller huggen sten parkett och andra golvbeläggningar av trä mattor samt golvbeläggningar av linoleum, inklusive av gummi eller plast terrazzo-, marmor-, granit- eller skiffergolv eller -väggar tapeter	45430000
		45.44	Måleri- och glasmästeriarbeten	Omfattar: - invändig och utvändig målning av byggnader - målning av anläggningar inom väg- och vattenbyggnad o.d. - installation av glas, speglar etc. Omfattar inte: - installation av fönster jfr 45.42	45440000
		45.45	Annan slutbehand- ling av byggnader	Omfattar: - installation av privata simbassänger - rengöring med ånga, blästring och liknande behandling av fasader - annan slutbehandling av byggnader Omfattar inte: - invändig rengöring av byggnader och andra konstruktioner jfr 74.70	45450000
	45.5		Uthyrning av bygg- och an- läggnings- maskiner med förare		45500000

		45.50	Uthyrning av bygg- och anläggningsmaskiner med förare	Omfattar inte: - uthyrning av bygg- och anläggningsmaskiner samt -utrustning utan förare jfr 71.32	
--	--	-------	---	---	--

2.

Lag**om ändring av 7 och 83 § i lagen om offentlig upphandling**

I enlighet med riksdagens beslut *ändras* i lagen om offentlig upphandling (348/2007) 7 och 83 §, av dessa 83 § sådan den lyder i lag 321/2010, som följer:

7 §

Allmänna undantag från tillämpningsområdet i fråga om upphandling

Denna lag tillämpas inte på sådan upphandling som avses i 5 § i lagen om offentlig försvars- och säkerhetsupphandling (/) och inte heller på upphandling som enligt 6 § 2 mom., 7 § 1 mom., 8 eller 13 § i den lagen står utanför lagens tillämpningsområde.

Denna lag tillämpas inte heller på upphandling

1) som omfattas av sekretess eller vars genomförande förutsätter särskilda säkerhetsåtgärder som grundar sig på lag,

2) som omfattas av andra förfaranderegler och som görs

a) i enlighet med ett internationellt avtal som ingåtts mellan Finland och ett eller flera tredje länder och som omfattar varor eller byggtreprenader för genomförande eller utnyttjande av en byggtreprenad som är gemensam för de undertecknande staterna eller tjänster för genomförande eller utnyttjande av ett projekt som är gemensamt för de undertecknande staterna,

b) i enlighet med en internationell organisations särskilda förfarande, eller

c) i enlighet med ett internationellt avtal som ingåtts i samband med stationering av trupper och som gäller företag i någon av Europeiska unionens medlemsstater eller ett tredje land.

Med avvikelse från bestämmelserna i 2 mom. 2 punkten underpunkt a tillämpas lagen dock på utrikesförvaltningens upphandlingar, när de grundar sig på utvecklings-samarbetsavtal.

83 §

Tillämpningen av en upphandlingsrättelse på andra upphandlingar

Upphandlingsrättelseförfarandet tillämpas även på sådan rättelse av den upphandlande enhetens beslut eller andra avgöranden i upphandlingsförfarandet som denna lag inte annars tillämpas på. Ett beslut som fattas med anledning av en sådan upphandlingsrättelse får inte överklagas genom besvär hos marknadsdomstolen.

Bestämmelser om upphandlingsrättelse vid försvars- och säkerhetsupphandling ingår i lagen om offentlig försvars- och säkerhetsupphandling (/).

Denna lag träder i kraft den 20 .

3.

Lag**om ändring av 17 § i lagen om upphandling inom sektorerna vatten, energi, transporter och posttjänster**

I enlighet med riksdagens beslut
ändras i lagen om upphandling inom sektorerna vatten, energi, transporter och posttjänster (349/2007) 17 § som följer:

17 §

Allmänna undantag från tillämpningsområdet i fråga om upphandling

Denna lag tillämpas inte på sådan upphandling som avses i 5 § i lagen om offentlig försvars- och säkerhetsupphandling (/) och inte heller på upphandling som enligt 6 § 2 mom., 7 eller 8 § i den lagen står utanför lagens tillämpningsområde.

Denna lag tillämpas inte heller på

1) bygg- eller tjänstekoncessioner som beviljas av en upphandlande enhet som utövar en eller flera av de verksamheter som avses i denna lag, om koncessionerna tilldelas för utövande av dessa verksamheter,

2) upphandling som görs för återförsäljning eller uthyrning till tredje part, förutsatt att den upphandlande enheten inte har någon särskild rättighet eller ensamrätt att sälja eller hyra ut föremålet för upphandlingen och att andra enheter kan sälja eller hyra ut det på samma villkor som den upphandlande enheten,

3) upphandling som den upphandlande enheten gör för utövande av annan verksamhet än sådan som avses i 6–9 §, om inget annat följer av 10 §,

4) upphandling som gäller utövande av en verksamhet som avses i denna lag i ett tredje land, om verksamheten bedrivs utan användning av något nät eller geografiskt område inom Europeiska gemenskapen,

5) upphandling som omfattas av sekretess eller vars genomförande förutsätter särskilda säkerhetsåtgärder som grundar sig på lag,

6) upphandling som omfattas av andra förfaranderegler och som görs

a) i enlighet med ett internationellt avtal som ingåtts mellan Finland och ett eller flera tredje länder och som omfattar varor eller byggtreprenader för genomförande eller utnyttjande av en byggtreprenad som är gemensam för de undertecknande staterna eller tjänster för genomförande eller utnyttjande av ett projekt som är gemensamt för de undertecknande staterna,

b) i enlighet med en internationell organisations särskilda förfarande, eller

c) i enlighet med ett internationellt avtal som ingåtts i samband med stationering av trupper och som gäller företag i någon av Europeiska unionens medlemsstater eller ett tredje land.

Denna lag träder i kraft den 20 .

4.

Lag

om ändring av 1 § i lagen om internationella förpliktelser som gäller informationssäkerhet

I enlighet med riksdagens beslut
ändras i lagen om internationella förpliktelser som gäller informationssäkerhet (588/2004)
1 § 3 mom. som följer:

1 §

Lagens tillämpningsområde

Lagens 12–14 § och 16 § 2 mom. tillämpas
också på en näringsidkare som deltar i ett an-
budsförfarande som avses i lagen om offent-
lig försvars- och säkerhetsupphandling (/)
som anbudsgivare eller underleverantör och
som får, utarbetar eller annars hanterar sä-

kerhetsklassificerad information för att
genomföra anbudsförandet eller upphand-
lingen samt på en näringsidkare som begär
en säkerhetsutredning som gäller sam-
manslutning och en bedömning för att kunna
delta som anbudsgivare eller underleverantör
i ett anbudsförfarande som ordnas av en
myndighet i en annan stat eller av ett företag
som har hemvist i den andra staten.

Denna lag träder i kraft den 20 .

5.

Lag**om ändring av 1 § i marknadsdomstolslagen**

I enlighet med riksdagens beslut
ändras i marknadsdomstolslagen (1527/2001) 1 § 1 mom. 2 punkten, sådan den lyder i lag
323/2010, som följer:

1 §

*Marknadsdomstolens behörighet och verk-
samtahetsställe*

Marknadsdomstolen behandlar de ärenden
som hör till dess behörighet enligt

Helsingfors den 14 oktober 2011

2)lagen om offentlig upphandling
(348/2007), lagen om upphandling inom sek-
torerna vatten, energi, transporter och post-
tjänster (349/2007) samt lagen om offentlig
försvars- och säkerhetsupphandling (/),

Denna lag träder i kraft den 20 .

Republikens President

TARJA HALONEN

Försvarsminister *Stefan Wallin*

*Bilagor
Parallelltext*

2.

Lag

om ändring av 7 och 83 § i lagen om offentlig upphandling

I enlighet med riksdagens beslut *ändras* i lagen om offentlig upphandling (348/2007) 7 och 83 §, av dessa 83 § sådan den lyder i lag 321/2010, som följer:

Gällande lydelse

7 §

Allmänna undantag från tillämpningsområdet i fråga om upphandling

Denna lag tillämpas inte på upphandling
1) som omfattas av sekretess eller vars genomförande förutsätter lagstadgade särskilda säkerhetsåtgärder, eller då detta krävs med hänsyn till skyddet av centrala statliga säkerhetsintressen,

2) vars föremål huvudsakligen lämpar sig för militärt bruk, eller

3) som omfattas av andra förfaranderegler och som görs

a) i enlighet med ett internationellt avtal som ingåtts mellan Finland och ett eller flera tredje länder och som omfattar varor eller byggtreprenader för genomförande eller utnyttjande av en byggtreprenad som är gemensam för de undertecknande staterna eller tjänster för genomförande eller utnyttjande av ett projekt som är gemensamt för de undertecknande staterna,

b) i enlighet med en internationell organisations särskilda förfarande, eller

c) i enlighet med ett internationellt avtal som ingåtts i samband med stationering av trupper och som gäller företag i någon av Europeiska unionens medlemsstater eller ett tredje land.

Med avvikelse från bestämmelserna i 1 mom. 3 a-punkten tillämpas lagen dock på utrikesförvaltningens upphandlingar, när de grundar sig på utvecklingssamarbetsavtal.

Föreslagen lydelse

7 §

Allmänna undantag från tillämpningsområdet i fråga om upphandling

Denna lag tillämpas inte på sådan upphandling som *avses i 5 § i lagen om offentlig försvars- och säkerhetsupphandling (/) och inte heller på upphandling som enligt 6 § 2 mom., 7 § 1 mom., 8 eller 13 § i den lagen står utanför lagens tillämpningsområde.*

Denna lag tillämpas inte heller på upphandling

1) som omfattas av sekretess eller vars genomförande förutsätter särskilda säkerhetsåtgärder som grundar sig på lag,

2) som omfattas av andra förfaranderegler och som görs

a) i enlighet med ett internationellt avtal som ingåtts mellan Finland och ett eller flera tredje länder och som omfattar varor eller byggtreprenader för genomförande eller utnyttjande av en byggtreprenad som är gemensam för de undertecknande staterna eller tjänster för genomförande eller utnyttjande av ett projekt som är gemensamt för de undertecknande staterna,

b) i enlighet med en internationell organisations särskilda förfarande, eller

c) i enlighet med ett internationellt avtal som ingåtts i samband med stationering av trupper och som gäller företag i någon av Europeiska unionens medlemsstater eller ett tredje land.

Med avvikelse från bestämmelserna i 2 mom. 2 punkten underpunkt a tillämpas lagen dock på utrikesförvaltningens upphand-

lingar, när de grundar sig på utvecklings-
arbetsavtal.

83 §

*Tillämpningen av en upphandlingsrättelse på
andra upphandlingar*

En upphandlingsrättelse tillämpas även på sådan rättelse av den upphandlande enhetens beslut eller andra avgöranden i upphandlingsförfarandet som denna lag inte annars tillämpas på. Ett beslut som fattas med anledning av en sådan upphandlingsrättelse får inte överklagas genom besvär hos marknadsdomstolen.

83 §

*Tillämpningen av en upphandlingsrättelse på
andra upphandlingar*

Upphandlingsrättelseförfarandet tillämpas även på sådan rättelse av den upphandlande enhetens beslut eller andra avgöranden i upphandlingsförfarandet som denna lag inte annars tillämpas på. Ett beslut som fattas med anledning av en sådan upphandlingsrättelse får inte överklagas genom besvär hos marknadsdomstolen.

Bestämmelser om upphandlingsrättelse vid försvars- och säkerhetsupphandling ingår i lagen om offentlig försvars- och säkerhetsupphandling (/).

Denna lag träder i kraft den 20 .

3.

Lag**om ändring av 17 § i lagen om upphandling inom sektorerna vatten, energi, transporter och posttjänster**

I enlighet med riksdagens beslut
ändras i lagen om upphandling inom sektorerna vatten, energi, transporter och posttjänster (349/2007) 17 § som följer:

Gällande lydelse

17 §

Allmänna undantag från tillämpningsområdet i fråga om upphandling

Denna lag tillämpas inte på
1) bygg- eller tjänstekoncessioner som beviljas av en upphandlande enhet som utövar en eller flera av de verksamheter som avses i denna lag, om koncessionerna tilldelas för utövande av dessa verksamheter,

2) upphandling som görs för återförsäljning eller uthyrning till tredje part, förutsatt att den upphandlande enheten inte har någon särskild rättighet eller ensamrätt att sälja eller hyra ut föremålet för upphandlingen och att andra enheter kan sälja eller hyra ut det på samma villkor som den upphandlande enheten,

3) upphandling som den upphandlande enheten gör för utövande av annan verksamhet än sådan som avses i 6–9 §, om inget annat följer av 10 §,

4) upphandling som gäller utövande av en verksamhet som avses i denna lag i ett tredje land, om verksamheten bedrivs utan användning av något nät eller geografiskt område inom Europeiska gemenskapen,

5) upphandling som omfattas av sekretess eller vars genomförande förutsätter *lagstadgade* särskilda säkerhetsåtgärder, eller då detta krävs med hänsyn till skyddet av centrala statliga säkerhetsintressen,

6) upphandling som omfattas av andra förfaranderegler och som görs

a) i enlighet med ett internationellt avtal som ingåtts mellan Finland och ett eller flera tredje länder och som omfattar varor eller byggentreprenader för genomförande eller

Föreslagen lydelse

17 §

Allmänna undantag från tillämpningsområdet i fråga om upphandling

Denna lag tillämpas inte på *sådan upphandling som avses i 5 § i lagen om offentlig försvars- och säkerhetsupphandling (/) och inte heller på upphandling som enligt 6 § 2 mom., 7 eller 8 § i den lagen står utanför lagens tillämpningsområde.*

Denna lag tillämpas inte heller på
1) bygg- eller tjänstekoncessioner som beviljas av en upphandlande enhet som utövar en eller flera av de verksamheter som avses i denna lag, om koncessionerna tilldelas för utövande av dessa verksamheter,

2) upphandling som görs för återförsäljning eller uthyrning till tredje part, förutsatt att den upphandlande enheten inte har någon särskild rättighet eller ensamrätt att sälja eller hyra ut föremålet för upphandlingen och att andra enheter kan sälja eller hyra ut det på samma villkor som den upphandlande enheten,

3) upphandling som den upphandlande enheten gör för utövande av annan verksamhet än sådan som avses i 6–9 §, om inget annat följer av 10 §,

4) upphandling som gäller utövande av en verksamhet som avses i denna lag i ett tredje land, om verksamheten bedrivs utan användning av något nät eller geografiskt område inom Europeiska gemenskapen,

5) upphandling som omfattas av sekretess eller vars genomförande förutsätter särskilda säkerhetsåtgärder *som grundar sig på lag,*

6) upphandling som omfattas av andra för-

utnyttjande av en byggentreprenad som är gemensam för de undertecknande staterna eller tjänster för genomförande eller utnyttjande av ett projekt som är gemensamt för de undertecknande staterna,

b) i enlighet med en internationell organisations särskilda förfarande, eller

c) i enlighet med ett internationellt avtal som ingåtts i samband med stationering av trupper och som gäller företag i någon av Europeiska unionens medlemsstater eller ett tredje land.

faranderegler och som görs

a) i enlighet med ett internationellt avtal som ingåtts mellan Finland och ett eller flera tredje länder och som omfattar varor eller byggentreprenader för genomförande eller utnyttjande av en byggentreprenad som är gemensam för de undertecknande staterna eller tjänster för genomförande eller utnyttjande av ett projekt som är gemensamt för de undertecknande staterna,

b) i enlighet med en internationell organisations särskilda förfarande, eller

c) i enlighet med ett internationellt avtal som ingåtts i samband med stationering av trupper och som gäller företag i någon av Europeiska unionens medlemsstater eller ett tredje land.

Denna lag träder i kraft den 20 .

4.

Lag**om ändring av 1 § i lagen om internationella förpliktelser som gäller informationssäkerhet**

I enlighet med riksdagens beslut
ändras i lagen om internationella förpliktelser som gäller informationssäkerhet (588/2004)
1 § 3 mom. som följer:

Gällande lydelse

1 §

Lagens tillämpningsområde

Lagens 12—14 § samt 16 § 2 mom. tillämpas också på en näringsidkare som begär en utredning över sin tillförlitlighet och en bedömning på basis av utredningen för att kunna delta i ett anbudsförfarande som ordnas av en myndighet i en annan stat eller av ett företag som har hemvist i den andra staten.

Föreslagen lydelse

1 §

Lagens tillämpningsområde

Lagens 12—14 § och 16 § 2 mom. tillämpas också på en näringsidkare som *deltar i ett anbudsförfarande som avses i lagen om offentlig försvars- och säkerhetsupphandling (/) som anbudsgivare eller underleverantör och som får, utarbetar eller annars hanterar säkerhetsklassificerad information för att genomföra anbudsförfarandet eller upphandlingen samt på en näringsidkare som begär en säkerhetsutredning som gäller sammanlutning och en bedömning för att kunna delta som anbudsgivare eller underleverantör i ett anbudsförfarande som ordnas av en myndighet i en annan stat eller av ett företag som har hemvist i den andra staten.*

Denna lag träder i kraft den 20 .

5.

Lag**om ändring av 1 § i marknadsdomstolslagen**

I enlighet med riksdagens beslut
ändras i marknadsdomstolslagen (1527/2001) 1 § 1 mom. 2 punkten, sådan den lyder i lag
323/2010, som följer:

*Gällande lydelse**Föreslagen lydelse*

1 §

1 §

*Marknadsdomstolens behörighet och verk-
samhetsställe*

*Marknadsdomstolens behörighet och verk-
samhetsställe*

Marknadsdomstolen behandlar de ärenden
som hör till dess behörighet enligt

Marknadsdomstolen behandlar de ärenden
som hör till dess behörighet enligt

2) lagen om offentlig upphandling
(348/2007) och lagen om upphandling inom
sektorerna vatten, energi, transporter och
posttjänster (349/2007), (30.4.2010/323)

2)lagen om offentlig upphandling
(348/2007), lagen om upphandling inom sek-
torerna vatten, energi, transporter och post-
tjänster (349/2007) samt lagen om offentlig
försvars- och säkerhetsupphandling (/),

Denna lag träder i kraft den 20 .

Statsrådets förordning

om offentlig försvars- och säkerhetsupphandling

Utfärdad i Helsingfors den 20

I enlighet med statsrådets beslut, fattat på föredragning från försvarsministeriet, föreskrivs med stöd av lagen om offentlig försvars- och säkerhetsupphandling (/20):

1 kap.

Allmänna bestämmelser

1 §

Tillämpningsområde och syfte

I denna förordning meddelas närmare bestämmelser om den annonseringsskyldighet som föreskrivs i lagen om offentlig försvars- och säkerhetsupphandling (/2011), nedan försvars- och säkerhetsupphandlingslagen, samt om innehållet i annonserna, förfarandet vid sändande och publicering av annonser och om andra omständigheter i anslutning till annonseringsskyldigheten samt om skyldigheten att tillställa finska myndigheter och Europeiska unionens institutioner statistik över och andra utredningar om försvars- och säkerhetsupphandlingen.

2 §

Definitioner

Bestämmelser om de definitioner som ska användas i denna förordning ingår i 3 § i försvars- och säkerhetsupphandlingslagen.

2 kap.

Annonseringsförfarandet vid upphandling som överstiger EU-tröskelvärdena

3 §

EU:s standardformulär och referensnomenklaturen CPV

De annonser som förutsätts i 28 § 1 mom., 64 § 2 mom. och 81 § i försvars- och säkerhetsupphandlingslagen görs på de standard-

formulär som fastställts i kommissionens genomförandeförordning (EU) nr 842/2011 om fastställande av standardformulär för offentliggörande av meddelanden om offentlig upphandling, och om upphävande av förordning (EG) nr 1564/2005, nedan standardformulärsförordningen. Vid bestämmandet av försvars- och säkerhetsupphandlingens art används den referensnomenklatur (CPV) som fastställts i Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 2195/2002 om en gemensam terminologi vid offentlig upphandling.

4 §

EU-annonser och hur de ska sändas

Av de EU-annonser som avses i 3 § 1 mom. ska förhandsannonser, upphandlingsannonser, underentreprenadsannonser, annonser i efterhand och annonser om direktupphandling skickas för publicering på finska eller svenska via webbadressen www.hankintailmoitukset.fi till den part som arbets- och näringsministeriet meddelar, som ska sända annonserna vidare till Europeiska unionens byrå för officiella publikationer och anteckna sändningsdatum på annonserna. Den upphandlande enheten ska på begäran kunna visa vilket datum annonserna har sänts.

Övriga EU-annonser som fastställts i standardformulärsförordningen kan den upphandlande enheten avfatta på de standardformulär som fastställts av kommissionen direkt på den webbplats på adressen www.simap.europa.eu som drivs av Europeiska unionens byrå för officiella publikationer. En kopia på annonsen ska sändas till den part som arbets- och näringsministeriet meddelar för statistikföring.

5 §

Förhandsannons

Om en upphandlande enhet ämnar använda sig av möjligheten att förkorta de anbudstider som anges i 29 § i försvars- och säkerhetsupphandlingslagen, ska den upphandlande enheten så snart som möjligt efter budget-

årets början för publicering sända en förhandsannons enligt 28 § i försvars- och säkerhetsupphandlingslagen om den planerade sammanlagda upphandlingen under de följande tolv månaderna i fråga om

1) varuupphandling och ramavtal vars uppskattade värde uppgår till minst 750 000 euro specificerade enligt de produktgrupper som anges i CPV,

2) upphandling av primära tjänster enligt bilaga A till upphandlingslagen och upphandling som grundar sig på ramavtal vars uppskattade värde uppgår till minst 750 000 euro specificerade enligt de kategorier som anges i bilaga A till upphandlingslagen, samt

3) byggentreprenader eller ramavtal i anslutning till dem vars uppskattade värde uppgår till minst det EU-tröskelvärde för byggentreprenader som anges i 12 § i försvars- och säkerhetsupphandlingslagen.

6 §

Publicering av andra annonser

En upphandlande enhet och den anbudsgivare som valts till kontraktspart kan för publicering med användning av EU:s standardformulär sända annonser också om sådana försvars- och säkerhetsupphandlingar eller underentreprenader som inte omfattas av annonseringsskyldigheten.

3 kap.

Kommunikation vid upphandling som överstiger EU-tröskelvärdena

7 §

Regler som ska tillämpas på elektronisk kommunikation

Anbudsansökningar och anbud som lämnas in vid ett upphandlingsförfarande som gäller sådan upphandling av varor, byggentreprenader samt tjänsteupphandlingar enligt bilaga A som överstiger EU-tröskelvärdena, kan tas emot i elektronisk form om de medel som används för mottagandet uppfyller följande krav:

1) informationen om de specifikationer som är nödvändiga för elektronisk inlämning av anbud och anbudsansökningar, inklusive kryptering, finns tillgänglig för anbudsgivare och anbudssökande,

2) anbudsgivare och anbudssökande åtar sig att lämna in de handlingar, certifikat, försäkringar och meddelanden som inkrävts och som inte är tillgängliga i elektronisk form, innan den fastställda tidsfristen för inlämning av anbud eller anbudsansökningar har löpt ut,

3) exakt tidpunkt för mottagande av anbud och anbudsansökningar kan fastställas,

4) ingen har tillträde till de uppgifter som överförs elektroniskt före utgången av den fastställda tidsfristen,

5) tillträde till uppgifterna före utgången av tidsfristen kan klart observeras,

6) endast befullmäktigade personer får fastställa eller ändra datum för öppnande av mottagna uppgifter,

7) om det finns flera befullmäktigade personer, kan de endast genom att agera samtidigt tillåta tillträde till samtliga uppgifter som sänts eller till en del av dem i de olika stadierna av upphandlingsförfarandet,

8) de befullmäktigade personerna kan genom att agera samtidigt tillåta tillträde till uppgifter som sänts först efter en bestämd dag, samt

9) de uppgifter som mottagits och öppnats enligt dessa krav är tillgängliga endast för dem som befullmäktigats att få kännedom om dem.

4 kap.

Statistik och utredningar över upphandling som överstiger EU-tröskelvärdena

8 §

Uppgifter och utredningar som ska lämnas till Europeiska kommissionen om upphandling som överstiger EU-tröskelvärdena

En upphandlande enhet ska tillställa Europeiska kommissionen uppgifter om

1) internationella avtal som avses i 7 § 3 mom. i försvars- och säkerhetsupphandlingslagen, samt

2) förkastande av ett anbud med stöd av 58 § i försvars- och säkerhetsupphandlingslagen på basis av att det statliga stödet är lagstridigt.

9 §

Utredning över upphandlingskontrakt och ramavtal som överstiger EU-tröskelvärdena

En utredning som ska upprättas i enlighet med 109 § 2 mom. i försvars- och säkerhetsupphandlingslagen ska inbegripa åtminstone följande uppgifter:

1) den upphandlande enhetens namn och adress samt upphandlingskontraktets eller ramavtalets värde,

2) namnen på de utvalda anbudssökandena eller anbudsgivarna samt kriterierna för urvalet,

3) namnen på de avvisade anbudssökandena eller anbudsgivarna samt skälen till varför de avvisats,

4) onormalt låga anbud och skälen till varför dessa har förkastats,

5) namnet på den anbudsgivare som vunnit, kriterierna för valet av anbud samt uppgift om vilken del av kontraktet som eventuellt kommer att läggas ut,

6) grunderna för användning av direktupphandling eller konkurrenspräglad dialog,

7) grunderna för direktupphandling som avses i 22 § 1 punkten i försvars- och säkerhetsupphandlingslagen, samt

8) skälen till att den upphandlande enheten har beslutat att inte ingå ett upphandlingskontrakt eller ramavtal.

10 §

Statistiska uppgifter

Arbets- och näringsministeriet sammanställer en statistisk rapport om de upphandlingar som de upphandlande enheterna har genomfört under det föregående året och sänder rapporten till kommissionen varje år före utgången av oktober. De statistiska uppgifterna samlas in från de upphandlingsannonser som de upphandlande enheterna enligt 4 § har sänt för publicering eller från de utredningar som särskilt begärs hos de upphandlande en-

heterna och som ska lämnas in till arbets- och näringsministeriet i enlighet med de närmare anvisningar som ges i begäran, senast före utgången av maj eller vid någon annan tidpunkt som arbets- och näringsministeriet meddelar.

I den statistiska rapporten ska följande specificeras:

1) antalet upphandlingar som överstiger de EU-tröskelvärden som avses i 12 § i försvars- och säkerhetsupphandlingslagen och värdet av dessa upphandlingar, så att uppgifterna i den mån det är möjligt grupperas enligt kategorierna i den gemensamma terminologin vid offentlig upphandling (CPV), kontraktspartens nationalitet samt upphandlingsförfarandet,

2) vid användning av direktupphandling enligt 22 och 23 § i försvars- och säkerhetsupphandlingslagen ska uppgifterna i den statistiska rapporten utöver vad som anges i 2 mom. 1 punkten grupperas enligt förutsättningarna för att tillämpa förfarandet.

5 kap.

Ikraftträdande och övergångsbestämmelser

11 §

Ikraftträdande

Denna förordning träder i kraft den xx 20