

# KONKURRENSKOMMISSIONEN

Box 5625; 114 86 STOCKHOLM; tel: 08—545 03 810; e-post:kko@dnv.se

Socialdepartementet

Remissyttrande  
2014-09-29

Dnr. S2014/5303/RU  
och S20154/5301/RU

## Ang. förslaget avseende nya regler om upphandling, SOU 2014:51 och Ds 2014:25

Konkurrenskommissionen är en oberoende expertgrupp inom Stiftelsen Den Nya Valfärden. Kommissionen uppmärksammar och motverkar olika former av konkurrensbegränsningar vid offentlig upphandling. Ordförande i Konkurrenskommissionen är tidigare stadsjuristen i Stockholm Inger Ridderstrand-Linderoth. Övriga ledamöter är tidigare hovrättsrådet Per Eklund, civilekonomen Patrik Engellau, professorn i handelsrätt Erik Nerep, juristen och experten på konkurrensfrågor Lennart Palm samt tidigare konkurrensrådet Per-Arne Sundbom.

Konkurrenskommissionen har sedan den inrättades 1994 utrett och bedömt över 700 ärenden avseende frågor om offentlig upphandling.

## INLEDNING OCH SAMMANFATTNING

I yttrandet anges förslaget till ny lag om offentlig upphandling som *NLOU* medan förslaget till ny lag om upphandling inom försörjningssektorerna anges som *NLUF*. Europaparlamentets och rådets bakomliggande direktiv om offentlig upphandling (2014/24/EU) anges som *LOU-direktivet* och direktivet om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (2014/25/EU) som *LUF-direktivet*. Framställningsvis utgår yttrandet huvudsakligen från förslaget till ny lag om offentlig upphandling (*NLOU*) i den ordning som följer av lagens kronologiska uppbyggnad. På de punkter där yttrandet äger relevans även för försörjningssektorerna (*NLUF*) anges detta särskilt.

Konkurrenskommissionen, som tillstyrker förslagen i stort, vill särskilt framhålla behovet av att de nya lagarna ska vara ändamålsenliga och effektiva. Det är i detta sammanhang betydelsefullt att lagtexterna håller sig så nära direktiven som detta är möjligt och att det inte i onödan skapas tröskleffekter till den icke direktivstyrda sektorn. Varje möjlighet som i lagtexten skulle kunna lämna utrymme för skönsmässighet eller godtycke bör undvikas, särskilt i fråga om beslut som avser kommunikation i upphandlingsförfarandena samt uteslutning av leverantörer och tilldelning av kontrakt.

Vad gäller lagarnas portalparagraf och legaldefinitioner vill Konkurrenskommissionen gärna understryka behovet av att dessa utformas så att området för lagarnas formella tillämpning inte onödigtvis kan komma att missuppfattas. Exempelvis kan vissa i lagarna förekommande begrepp och legaldefinitioner innefatta någonting delvis annat än vad som normalt följer av allmänt språkbruk. Det är därför betydelsefullt att förekommande begrepp och legaldefinitioner anpassas till svenska förhållanden samt i så stor utsträckning som detta är möjligt genomförs direktivkonformt i de nya lagarna.

Även den i lagarna förekommande undantagsrätten och förutsättningarna till förfoganden som är

ägnade att kringgå de grundläggande principerna om bl.a. likabehandling och öppenhet bör utformas så att dessa inte riskerar att missbrukas eller misstolkas. Exempelvis tillstyrker Konkurrenskommissionen att det inte ska vara möjligt att i efterhand ansluta upphandlande myndigheter till befintliga ramavtal. Vidare avstyrker kommissionen förslaget till förhandlat förfarande utan föregående annonsering i sin helhet samt förordar att det i vart fall tydligt klarläggs i lagtexten under vilka mycket exceptionella omständigheter ett sådant undantag ska kunna komma ifråga.

Också i övrigt förordar kommissionen att lagarna förtydligas med de exempelbeskrivningar som lämnas i direktiven. I fråga om det s.k. hyresundantaget bör tydligt klarläggas kopplingen till att det måste vara fråga om hyra av redan befintliga byggnader. Vidare bör det av lagtexten tydligt kunna utläsas de fall där direktiven särskilt angivit att proportionalitetsbedömningar ska genomföras.

I fråga om tjänster av allmänt intresse och genomförandet av de s.k. in-house-undantagen (Teckal och Hamburg) tillstyrker Konkurrenskommissionen i stort utredningens bedömningar och förslag, med reservation för att några privata ägarintressen hos avtalsmotparten överhuvudtaget inte ska vara tillåtna vid in-house-undantag. Kommissionen menar i detta avseende att det mycket begränsade utrymme som direktivtexten föreskriver för in-house-undantag vid ett delvis privat ägande av avtalsmotparten helt saknar relevans för svenska förhållanden, och att det därför bör utgå helt ur den svenska lagtexten. Kommissionen menar även att vid bedömningen av det s.k. verksamhetskriteriet för koncernföretag ska betraktas hela den relevanta verksamhet som koncernen bedriver på marknaden om det mellan koncernföretagen är möjligt genomföra interna transfereringar genom vinstutdelning eller koncernbidrag.

När det gäller den föreslagna möjligheten att inköpscentraler även ska få bedriva grossistverksamhet avstyrker, liksom i tidigare yttrande, kommissionen detta förslag eftersom offentligt finansierade aktörer inte ska agera på marknaden och där konkurrera med det privata näringslivet.

Det är som tidigare påpekats betydelsefullt att lagarna utformas på ett konformt sätt som inte skapar onödiga avvikelser eller tröskeeffekter mellan den direktivstyrda sektorn och den icke direktivstyrda sektor som regleras i 19 kap. NLOU och NLUF.

I fråga om de i lagarna intagna rättsmedlen är det enligt konkurrenskommissionens mening betydelsefullt att dessa även i praktiken framstår som effektiva, proportionella och avskräckande. Enligt vad kommissionen erfarit är exempelvis sanktionen om ogiltighet av avtal inte utformad på ett sätt som medför sådan effektivitet som krävs enligt unionsrätten, utan kan lätt sättas åt sidan av upphandlande myndigheter/enheter och deras tilldelade leverantörer.

I yttrandet uppmärksammas även mindre frågor som dock inte är utan betydelse för lagens allmänna tolkning och tillämpning samt behovet av insamling av relevant statistik från upphandlande myndigheter och enheter till ledning för kommande uppföljningar och utvärdering av bl.a. värdegränsen för direktupphandling.

## YTTRANDE I SAK

### 1. Portalparagrafen

Konkurrenskommissionen tillstyrker den jämfört med nuvarande reglering i 2007 års LOU (här angiven som LOU) föreslagna dispositionsändring som ligger i att de grundläggande legaldefinitionerna tas in redan i det inledande kapitlet av NLOU. Kommissionen får dock anmärka följande.

För att de nya lagarna överhuvudtaget ska vara tillämpliga ska det enligt 2 kap. 1 § NLOU respektive 2 kap. 1 § NLUF vara fråga om upphandling när upphandlande myndigheter anskaffar varor, tjänster eller byggtreprenader genom *kontrakt* eller *ramavtal*.

Kontrakt definieras i 1 kap. 9 § NLOU (1 kap. 8 § NLUF) som ett *skriftligt avtal med ekonomiska villkor*. Genom det angivna skriftlighetskravet riskerar bestämmelsen att missuppfattas så att avtal som enligt lagens definition varken är kontrakt eller ramavtal faller utanför lagens tillämpningsområde.

Även om portalbestämmelsen 2 kap. 1 § NLOU visserligen korrekt återspeglar den bakomliggande direktivtexten så bygger den tillämpliga kontraktsdefinitionen i art. 2.1.5 (2.1 LUF-direktivet) och 1 kap. 9 § NLOU på en kontinentaleuropeisk uppfattning om att avtal förutsätter skriftlig form för sin civilrättsliga giltighet. Detta synsätt avviker emellertid från det svenska systemet för avtalsbindning enligt 1915 års avtalslag. Där kan civilrättsligt bindande avtal mycket väl uppkomma utan särskild dokumentation i viss form och den skriftliga kontraktshandlingen närmast tjäna som bevis för vad som faktiskt har avtalats mellan parterna. Bland annat görs i prop. 2001/02:142 (avsnitt 5.13) bedömningen att ett upphandlingskontrakt inte ska vara ett formalavtal.

Således kan det enligt svensk rätt förekomma civilrättsligt bindande avtal som ingås muntligen eller konkludent mellan en upphandlande myndighet och en leverantör samt, i vissa fall, även rena bytesavtal utan skriftlig dokumentation. Dessa och liknande avtal riskerar vid en snäv tolkning enligt lagens ordalydelse att felaktigt hamna utanför lagen tillämpningsområde.

Konkurrenskommissionen förordar därför att kontrakt och ramavtal stryks ut portalbestämmelsen som reglerar lagens tillämplighet och istället ersätts med den mer neutrala samlingsbeteckningen *avtal* som i övrigt förekommer i lagen på flera punkter. Bestämmelsen i 2 kap. 1 § andra stycket NLOU skulle härmed kunna utformas enligt följande.

Med offentlig upphandling avses de åtgärder som en upphandlande myndighet vidtar i syfte att anskaffa varor, tjänster eller byggtreprenader från en vald leverantör genom *avtal*, oberoende av om det som anskaffas *eller görs till föremål för ramavtal* är avsett för ett offentligt ändamål eller inte.

Däriigenom skulle den svenska regleringen på ett bättre sätt stå i överensstämmelse med vad unionslagstiftaren givit uttryck för i bl.a. skäl 4 till LOU-direktivet om att regelverket syftar till att omfatta anskaffningar i vid mening. Den föreslagna ändringen förutsätter följdändringar i lagtexten, där i vissa fall begreppet *kontrakt* ersätts med *avtal* i samtliga fall där det inte finns någon uppenbar och medveten koppling till ett särskilt skriftlighetskrav.

## 2. Förekommande legaldefinitioner

När det gäller de i 1 kap. NLOU och NLUF förekommande legaldefinitionerna har det i förslaget uteslutits flera definitioner som annars förekommer i de bakomliggande direktiven. Av hänsyn till behovet av tydlighet och för att undvika risk för missuppfattning förordar Konkurrenskommissionen att även förekommande definitioner avseende *skriftlighet*, *innovationer* och *leverantör av upphandlingstjänster* införs i såväl 1 kap. NLOU som 1 kap. NLUF.

Definitionen av *skriftlig* i art. 2.1.18 LOU-direktivet (2.14 LUF-direktivet) är kopplad till det ovan under punkten 1 omtalade kontraktsbegreppet i 1 kap. 9 § LOU och ska enligt direktivtexten utgöra ”*varje enhet av ord eller siffror som kan läsas, återges och sedan meddelas, inklusive uppgifter som går att överföra eller lagra med elektroniska medel*”. Den aktuella legaldefinitionen är således mycket vid och medför att kontraktsdefinitionen i NLOU (i art. 2.1.5 angivet som ett *offentligt kontrakt*) (i 2.1 LUF-direktivet angivet som varu-, byggtreprenad- och tjänstekontrakt) går utöver vad som annars språkligt förstås med kontrakt. Även ensidigt upprättade handlingar såsom rena arbetsinstruktioner, beställningar, orderbekräftelser m.m. omfattas sålunda av kontraktsdefinitionen i direktiven så länge dessa avspeglar ett mellan parterna uppkommet avtalsförhållande med ekonomiska villkor. Även i förekommande fall kvitton och fakturor innefattar ekonomiska villkor och utgör således offentliga *kontrakt* i direktivens mening. Konkurrenskommissionen menar att detta förhållande behöver tydliggöras genom att de svenska lagarna tydligt åter speglar direktivens definition av begreppet ”skriftligt”.

Konkurrenskommissionen förordar även att de i direktiven förekommande definitionerna avseende begreppen ”*leverantör av upphandlingstjänster*” i art. 2.17 (art. 2.13 LUF-direktivet) samt ”*innovation*” i art. 2.22 införs (art. 2.18 LUF-direktivet) i lagarna. Anledning till detta är att båda dessa begrepp är nya för upphandlingslagstiftningen varför det är av stor vikt att en legaldefinition ges för att undvika framtida missförstånd kring dessa begrepps tillämpning.

Konkurrenskommissionen vill vidare uppmärksamma att det för svenska förhållanden unika leverantörsbegreppet i 1 kap. 10 § NLOU respektive 1 kap. 9 § NLUF är ägnat att misstolkas. Lydelsen att ”*med leverantör avses den som på marknaden tillhandahåller varor eller tjänster eller utför byggtreprenader*” kan felaktigt tolkas så att sådana ekonomiska aktörer som inte vid uppstartstillfället tillhandahåller varor och tjänster på marknaden, men avser att erbjuda sådana varor och tjänster, inte är att *anse som leverantörer* i lagens mening. Den aktuella föreskriften avviker härigenom från LOU-direktivets legaldefinition i art.2.10 (art. 2.6 LUF-direktivet) om att sådana ekonomiska aktörer som ”*erbjuder sig att utföra byggtreprenadarbeten, och/eller byggnadsverk leverera varor eller tillhandahålla tjänster på marknaden*” omfattas av motsvarigheten till leverantörsbegreppet. Kommissionen förordar därför att den svenska leverantörsdefinitionen i 1 kap. 10 § NLOU (1 kap. 9 § NLUF) justeras till att avse *den som på marknaden erbjuder sig att tillhandahålla varor eller tjänster eller att utföra byggtreprenader*.

## 3. Tjänster av allmänt intresse och överföring av befogenheter mellan myndigheter

Konkurrenskommissionen tillstyrker bedömningen i DS avsnitt 8.4 om att det i de nya lagarna inte behövs några bestämmelser som berör begreppet tjänster av allmänt intresse eller som klargör att lagarna inte påverkar lagstiftningen på området för social trygghet. Vidare instämmer kommissionen i bedömningen att det saknas behov av en bestämmelse i NLOU om att lagen inte gäller för sådan överföring av befogenheter och ansvar mellan upphandlande myndigheter som inte innebär att avtalade prestationer fullgörs mot ersättning.

#### 4. Tilldelning av tjänstekontrakt enligt EU:s kollektivtrafikförordning

Konkurrenskommissionen tillstyrker förslaget om att de nationella upphandlingsbestämmelserna vid konkurrensutsättning av tjänstekontrakt enligt EU:s kollektivtrafikförordning avseende kollektivtrafik på järnväg, med tunnelbana eller på vatten (1370/2007/EG) genomförs i 19 kap. NLOU.

#### 5. Odelbara blandade kontrakt

Av den föreslagna bestämmelsen i 2 kap. 12 § NLOU (2 kap. 19 § NLUF) framgår att vad gäller blandade kontrakt vars delar objektivt inte kan särskiljas ska den upphandlande myndigheten ”välja tillämpliga bestämmelser” på grundval av kontraktets huvudföremål. Konkurrenskommissionen anser att en sådan lydelse är olycklig och ägnad att missförstås och avstyrker därför förslaget. Kommissionen förordar istället att bestämmelsen utformas så att ”om de olika delarna inte kan särskiljas ska kontraktet upphandlas i enlighet med de bestämmelser som gäller för kontraktets huvudföremål”.

#### 6. Interna kontrakt och in-house-undantag (de tidigare Teckal- och Hamburgundantagen)

Konkurrenskommissionen tillstyrker i allt väsentligt förslaget om undantag för interna kontrakt i 3 kap. 11-19 § NLOU (3 kap. 11-19 §§ NLUF), som i princip innefattar en kodifiering av de tidigare s.k. Teckal- och Hamburg-undantagen.

Såvitt avser *förekomsten av ett privat ägarintresse* hos avtalsparten avstyrker Konkurrenskommissionen förslaget i de delar som detta regleras i 3 kap. 12 § p. 3, 13 § p. 3, 14 § p. 2 samt 15 § p. 2 NLOU. Istället förordar kommissionen att möjligheten till in-house-undantag vid privat ägande helt tas bort ut de svenska bestämmelserna. De ovan redovisade avsnitten i 3 kap. 12-15 § punkterna 3 och 2 NLOU (3 kap. 12-15 §§ punkterna 3 och 2 NLUF) bör sålunda ersättas med: ”*det inte finns något privat ägarintresse*”.

I de delar där den föreslagna lagtexten anger att det privata ägarintresset inte får medföra något ”*avgörande inflytande över avtalsparten*” kan det vidare konstateras att NLOU skulle strida mot det bakomliggande LOU-direktivet. Av art. 12.1.(c) (art. 28.1.c LUF-direktivet) läst mot skäl 32 andra stycket LOU-direktivet, framgår tydligt att kopplingen mellan det privata ägandet och dess avgörande inflytande endast blir aktuell om det finns en nationell särreglering som i vissa fall uppställer krav på icke-blockerande och icke-kontrollerande former av privat ägarintresse. Således ska som huvudregel även privata ägarintressen som inte medför något avgörande inflytande över avtalsparten medföra hinder för in-house-undantag enligt LOU-direktivet. Av skäl 32 andra stycket framgår detta bl.a. av att ”*detta undantag bör inte utvidgas till situationer där en privat ekonomisk aktör har ett direkt ägarintresse i den kontrollerade juridiska personens kapital, eftersom tilldelning av ett offentligt kontrakt utan ett förfarande under konkurrens under sådana omständigheter skulle ge den privata ekonomiska aktör som har en kapitalandel i den kontrollerade juridiska personen en otillbörlig förmån gentemot dess konkurrenter*”.

Konkurrenskommissionen avstyrker därför förslaget enligt dess nuvarande lydelse och förordar istället att alla inslag av privat ägande i avtalsmotparten ska utesluta möjlighet till in-house-undantag och att detta ska gälla oberoende av det privata ägandets inriktning eller omfattning.

Skulle det senare i svensk lagstiftning komma att införas bestämmelser om obligatoriskt medlemskap av privata ekonomiska aktörer i sådana offentliga organisationer som omfattas av direktivets särskilda undantagsreglering får vid ett sådant förhållande det aktuella regelverket i 3 kap. 12–15 §§ NLOU (3 kap. 12-15 §§ NLUF) komma att ses över. Konkurrenskommissionen kan dock vid nuvarande svenska förhållanden inte se någon anledning till att tillåta privat ägande i organ som ska omfattas av in-house-undantag enligt NLOU.

Vad gäller den särskilda regleringen avseende det s.k. *verksamhetskriteriet* i 3 kap. 17 § NLOU (3 kap. 17 § NLUF) riskerar den att öppna för konstlade upplägg. Genom det aktuella lagförslaget skulle exempelvis en tidigare bestående verksamhet som inte uppfyller verksamhetskriteriets krav på 80/20 intern verksamhet kunna delas upp i två koncernföretag, ett internt och ett externt. Därefter kan dessa använda koncernbidrag till att fördela intäkter och kostnader mellan sig. Detta riskerar att skapa eller vidmakthålla konkurrensnedvridande förhållanden genom dolda marknader och korssubventionering. Konkurrenskommissionen förordar därför att det i NLOU tydligt klarläggs att verksamhetskriteriet ska bedömas så att hela den relevanta verksamhet som bedrivs på den öppna marknaden beaktas, och att detta ska gälla oberoende om verksamheten bedrivs av avtalsparten direkt eller indirekt genom andra koncernföretag.

### 7. Hyresundantaget

När det gäller regleringen av det s.k. *hyresundantaget* i 3 kap. 20 § NLOU (3 kap. 26 § NLUF) förordar Konkurrenskommissionen att det jämfört med direktiven även av den svenska lagtexten tydligt framgår begränsningen att det för att undantag ska kunna komma i fråga måste röra sig om *befintliga* byggnader och att detta gäller oavsett finansieringsform. Det aktuella undantaget i 3 kap. 20 § första stycket NLOU (3 kap. 26 § första stycket NLUF) bör med ledning av direktivtexten i art. 10 (a) (art. 21 (a) LUF-direktivet) sålunda utformas så att *lagen inte gäller för förvärv eller hyra, oavsett finansieringsform, av fast egendom i form av mark, befintliga byggnader eller annan sådan egendom eller rättigheter till sådan egendom.*

Konkurrenskommissionen är medveten om att hyresundantagets åsyftande begränsning även skulle kunna utläsas ur legaldefinitionen av *byggentreprenadkontrakt* i 1 kap. 4 § p 3 NLOU (1 kap. 4 § 3 p. NLUF). Återkommande har det dock visat sig att det s.k. hyresundantaget kommit att åberopas i samband med olika slags upplägg som innefattar beställning av byggentreprenadarbeten (se bl.a. Konkurrenskommissionens tidigare utredning i KKO 13-002 – *Falköpings Hyresbostäder AB*). På förekommen anledning framstår det därför enligt kommissionens mening som angeläget att det av i vart fall pedagogiska skäl tydligt i 3 kap. 20 § NLOU (3 kap. 26 § första stycket NLUF) framgår hyresundantagets aktuella inskränkning till redan *befintliga* byggnader. Möjligen kan i bestämmelsen även införas en hänvisning till definitionen av *byggentreprenadkontrakt* i 1 kap. 4 § NLOU (1 kap. 4 § NLUF).

### 8. Förbudet mot att dela upp en upphandling

Konkurrenskommissionen tillstyrker i princip förslaget i 5 kap. 7 § NLOU (5 kap. 6 § NLUF) om förbud mot att dela upp en upphandling. Av den föreslagna lagtexten framgår emellertid att ”*en upphandling inte [får] delas upp i avsikt att kringgå bestämmelserna om upphandling över tröskelvärdena, om det inte är berättigat av objektiva skäl*”. Lagtexten riskerar därmed att kunna misstolkas så att det skulle framstå som objektivt berättigat att avsiktligt kringgå de direktivstyrda reglerna genom uppdelning av kontrakt. Konkurrenskommissionen kan inte tro att det har varit unionslagstiftarens mening att på detta sätt understödja en vilja att kringgå de direktivstyrda bestämmelserna. Kommissionen förordar därför att bestämmelsen istället utformas så att det tydligt anges att kontrakt aldrig får delas upp i avsikt att kringgå de direktivstyrda bestämmelserna, utan uppdelning ska kunna motiveras endast av objektiva skäl.

## 9. Förhandlat förfarande med föregående annonsering

Konkurrenskommissionen tillstyrker förslaget till reglering av *förhandlat förfarande med föregående annonsering* i 6 kap. 4–11 §§ NLOU. Bestämmelserna framstår dock som otydliga och riskerar att misstolkas. Det är därför lämpligt att lagstiftaren förtydligar vad som i nu aktuella avseenden ska utgöra grund för undantag för att inte annars skapa ytterligare problem vid den praktiska tillämpningen.

När det gäller bestämmelserna i 6 kap. 5 § NLOU förordar Konkurrenskommissionen att lagen förtydligas med vad som avses med grunderna ”*anpassning av lättillgängliga lösningar*”, ”*formgivning*” och ”*innovativa lösningar*”.

Av liknande skäl förordas även att 6 kap. 6 § NLOU förtydligas i fråga om vad som avses med såväl ”*ogiltiga*” som ”*inte acceptabla*” anbud. (Vad gäller NLUF bör det förtydligas vad som avses med olämpliga anbud i 6 kap. 5 §). Förtydligande kan i denna del lämpligen ske med ledning av vad som anges i art. 26.4 (b) andra stycket i LOU-direktivet respektive art. 50.(a) andra stycket LUF-direktivet.

Av ovannämnda skäl behöver i anslutning till den aktuella bestämmelsen vidare klargöras den s.k. *försiktighetsprincipen* i EU-domstolens fasta rättspraxis huvudregel om att varje undantag från reglerna om offentlig upphandling ska tolkas restriktivt och att det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att kriterierna för undantag faktiskt är uppfyllda.

## 10. Förhandlat förfarande utan föregående annonsering

Konkurrenskommissionen avstyrker förslaget till reglering av *förhandlat förfarande utan föregående annonsering* i 6 kap. 12-18 §§ NLOU respektive 6 kap. 5-11 §§ NLUF.

Enligt art. 32.1 i LOU-direktivet får medlemsstaterna föreskriva möjlighet för upphandlande myndigheter att under vissa särskilda omständigheter tillämpa förhandlat förfarande utan föregående annonsering. Det är således en möjlighet för medlemsstaterna och inte någon skyldighet att genomföra det aktuella undantaget. Upphandlande myndigheter ges möjlighet att använda sig av förhandlat förfarande med föregående annonsering enligt bestämmelserna i 6 kap. 5–6 § NLOU (6 kap. 4 § NLUF). En möjlighet utöver detta att tillämpa ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering bör därför inte införas.

Eftersom förhandlat förfarande utan föregående annonsering utgör ett av de allvarligaste avstegen från reglerna kring den offentliga upphandlingen och endast bör användas under *mycket exceptionella omständigheter* bör denna möjlighet inte genomföras i svensk rätt, se skäl 50 LOU-direktivet respektive skäl 61 LUF-direktivet.

Skulle emellertid lagstiftaren välja att ändå genomföra detta undantag bör det i vart fall tydligt framgå att möjligheten till undantag inte gäller för det fall att endast ogiltiga anbud lämnats in (jfr. 6 kap. 6 § NLOU). Det bör dessutom i enlighet med art 32.2 (a) andra stycket i LOU-direktivet tydligt framgå av NLOU en uttömmande uppräkningslista av vad som är olämpliga anbud.

Det bör också klarläggas på vilket sätt grunden ”*inte [...] lämpliga*” anbudsansökningar eller anbud i 6 kap. 12 § NLOU ska tolkas jämfört med grunden ”*inte acceptabla*” anbud i 6 kap. 6 § NLOU och om det föreligger någon skillnad mellan dessa grunder. Av särskild betydelse är att få klarlagt är hur dessa båda grunder ska tillämpas utifrån exemplifieringarna i art. 26.4 (b) andra stycket och art 32.2 (a) andra stycket i LOU-direktivet.

Avseende förslaget till 6 kap. 13 första stycket p. 3 NLOU samt 6 kap. 6 § första stycket 3 p. NLUF följer det av lagtexten att undantagsförfarandet förhandlat förfarande utan föregående annonsering kan tillämpas ”om det sker för att skydda en ensamrätt”. Av den bakomliggande direktivtexten i art. följer emellertid att förfarandet kan tillämpas av hänsyn till ”skydd av ensamrätt”, vilket är någonting helt annat. Konkurrenskommissionen kan inte se att det är upphandlande myndigheters ansvar att agera för att skydda leverantörers ensamrätt och förordar därför att den aktuella lagtexten utformas i bättre överensstämmelse med LOU-direktiven.

## 11. Ramavtal

Konkurrenskommissionen tillstyrker förslaget att bestämmelserna om ramavtal i 7 kap. 3 § NLOU i huvudsak ska motsvara bestämmelserna i nuvarande lag samt välkomnar förslaget om att det tydliggörs att kontrakt (avrop) grundat på ramavtal endast får slutas mellan, å den ena sidan, en upphandlande myndighet som tydligt identifierats för detta syfte i ramavtalets anbudsinfordran eller inbjudan att bekräfta intresse och, å den andra sidan, en leverantör som är part i ramavtalet. Kommissionen kan med anledning av detta konstatera att nuvarande system, där vissa upphandlande myndigheter antingen tvångsvis eller i efterhand ansluts till redan befintliga ramavtal, inte kommer att vara tillåtet enligt den nya lagen.

Konkurrenskommissionen tillstyrker också förslaget att begreppet fördelningsnyckel införs i 7 kap. 6 § andra stycket NLOU samt delar utredarnas uppfattning att denna fördelningsnyckel måste göra det möjligt att förutse vilka grunder och hur valet av leverantörer kommer att gå till i en viss given situation. Kommissionen ställer sig dock avvisande till bedömningen att det faktum att en fördelningsnyckel ska vara objektiv inte utesluter att en upphandlande myndighet är förhindrad att utgå från sitt subjektiva behov inför ett avrop. Denna bedömning riskerar enligt kommissionens mening att öppna upp för godtycke hos de upphandlande myndigheterna. Eftersom en upphandlande myndighet svårligen kan förutse olika leverantörers möjlighet att leverera efterfrågade tjänster bör de upphandlande myndigheterna alltid se till att leverantörerna tillfrågas rangordningsvis för att omöjliggöra särbehandling. Skulle det visa sig att myndigheten endast vänt sig till vissa leverantörer – därvid ovetande om att även annan högre rangordnad leverantör i ramavtalet kunnat leverera den begärda varan eller tjänsten – riskerar detta nämligen att medföra bl.a. onödiga överprövningar. Kommissionen förordar således, i motsats till utredarnas bedömning, att upphandlande myndigheter alltid ska använda sig av gällande rangordning och inte ha möjlighet att vända sig direkt till viss leverantör. Om den leverantör som rangordnats först av någon anledning inte kan leverera den för avrop efterfrågade varan eller tjänsten kan myndigheten gå vidare med förfrågan till nästkommande leverantör i rangordningen.

Konkurrenskommissionen tillstyrker vidare förslaget i 7 kap. 6 § andra stycket NLOU att enskilda personers önskemål och behov kan få genomslag vid en myndighets tilldelning av kontrakt enligt ett ramavtal men att detta val inte överlämnas åt den upphandlande myndighetens godtycke. Det bör dock tydligt klargöras att denna möjlighet endast ska kunna vara tillämplig när det framstår som sakligt motiverat att den enskilde styr valet av leverantör. Konkurrenskommissionen förordar i detta avseende att det tydliggörs att det är den upphandlande myndigheten som i aktuellt avseende har bevisbördan för att det är sakligt motiverat att tilldela ett kontrakt utifrån enskilds val eller behov.



Konkurrenskommissionen avstyrker förslaget i 7 kap. 10-12 § NLOU samt 7 kap. 5-7 §§ NLUF om att inköpscentraler ska få bedriva grossistverksamhet. Kommissionen anser inte att det offentliga ska agera på en sådan marknad och konkurrera med de befintliga grossistleverantörer som finns. Konkurrenskommissionen har i tidigare yttrande till regeringen påtalat det olämpliga ur konkurrenssynpunkt med att tillskapa stora offentliga grossistfunktioner (se remissyttrande R 09-01 över Ds 2009:30). Konkurrenskommissionen instämmer vidare i vad bl.a. Statskontoret i detta sammanhang givit uttryck för, nämligen att det finns anledning att förhålla sig kritisk till att införa bestämmelser om offentligt driven grossistverksamhet i upphandlingslagstiftningen eftersom det inte förefaller finnas något behov och att inköpscentralerna skulle ta onödiga affärsrisker genom att upphandla produkter för vidareförsäljning. Det senare skulle även riskera att strida mot kommunallagens förbud mot spekulativ verksamhet. Tvärtom finns det enligt Konkurrenskommissionens mening anledning att införa en reglering som förhindrar en utveckling mot att offentlig sektor skapar grossistlager. Enligt kommissionens mening ska möjligheten för inköpscentraler att bedriva grossistverksamhet således inte genomföras i svensk rätt.

### 13. Användandet av dynamiska inköpssystem

Konkurrenskommissionen delar inte utredarnas bedömning att beslut avseende tillträdet till dynamiskt inköpssystem inte ska kommuniceras till samtliga deltagare i systemet. Kommissionen anser att en sådan ordning strider mot bestämmelsen i art. 55 i LOU-direktivet (art. 75 LUF-direktivet) av vilket framgår att de upphandlande myndigheterna är skyldiga att kommunicera sådana beslut. Endast vid i art. 55.3 (art 75.3 LUF-direktivet) särskilt angivna undantagsförhållanden kan denna kommuniceringsskyldighet underlåtas.

Kommissionen delar heller inte bedömningen att deltagarna i ett dynamiskt inköpssystem inte skulle lida skada av att leverantörer som inte uppfyller ställda krav får delta i systemet. Snarare gäller motsatt förhållande. Godkända leverantörer, vilka visat sig uppfylla samtliga för systemet obligatoriska krav, riskerar utsättas för illojal konkurrens om även konkurrerande företag som inte uppfyller dessa krav tillåts konkurrera om tilldelningar i systemet. Av denna anledning förordar kommissionen att en kommuniceringsplikt införs i enlighet med kraven i direktiven samt att befintliga leverantörer även ges möjlighet till överprövning av den upphandlande myndighetens beslut om att godta nya leverantörer i systemet.

### 14. Elektroniska auktioner

Konkurrenskommissionen delar inte heller utredarnas bedömning att i det i de nya lagarna inte behöver genomföras förtydliganden avseende vad som inom ramen för en elektronisk auktion ska anses utgöra ett ogiltigt, oacceptabelt respektive olämpligt anbud. Eftersom dessa begrepp är mycket lätta att misstolka samt har givit upphov till olika tolkningar i rättspraxis förordar kommissionen samtliga förtydliganden som återfinns i art. 35.5 tredje-fjärde styckena i LOU-direktivet (art. 53.5 tredje-fjärde styckena LUF-direktivet) även förs in i den nya lagen.

### 15. Uteslutning av leverantörer

Enligt förslaget till 13 kap. 2 § andra stycket NLOU respektive 13 kap. 2 § andra stycket NLUF ska en upphandlande myndighet tillåtas utesluta en leverantör om myndigheten på annat lämpligt sätt än att grunda sitt beslut på en lagakraftvunnen dom eller beslut kan visa att leverantörens skyldigheter (*åligganden*) avseende skatter och socialförsäkringsavgifter inte har fullgjorts.

I förevarande fall förordar Konkurrenskommissionen att den aktuella bestämmelsen förtydligas på så sätt att det klart framgår vad som menas med att en leverantör ”*inte har fullgjort sina åligganden*”. Som det är nu lämnas alltför stort utrymme för skönsmåsig bedömning, exempelvis huruvida en leverantör som har en minuspost på sitt skattekonto eller som väntar med att betala sina skatter tills dess att ärendet har överlämnats till Kronofogdemyndigheten ska omfattas av den aktuella bestämmelsen.

Det kan även noteras att i lagtextförslaget förekommer både begreppen ”*åligganden*” och ”*skyldigheter*”, avseende vad som får förstås vara samma sak. Om det inte är lagstiftarens uppfattning att det ska föreligga någon skillnad i betydelse mellan dessa begrepp bör en mer enhetlig terminologi väljas.

Konkurrenskommissionen förordar vidare att det i lagen tydligt klargörs att en leverantör som omfattas av någon av bestämmelserna i 13 kap. 5 § tredje stycket NLOU respektive 13 kap. 6 § tredje stycket NLUF inte av samma skäl ska kunna uteslutas med alternativt stöd av någon av lagens mer generella uteslutningsgrunder. Således ska, enligt kommissionens mening, en leverantör som har fullgjort sina förpliktelser avseende skatter och socialförsäkringsavgifter inte kunna uteslutas på grund av att myndigheten anser att leverantörens tidigare underlåtenhet i aktuellt avseende även utgör ett allvarligt fel i yrkesutövningen.

Konkurrenskommissionen delar inte utredarnas bedömning om att det i svensk nationell rätt inte behöver genomföras regler om framtida verkan av uteslutningsbeslut. Kommissionen förordar istället att bestämmelser införs i NLOU och NLUF om att allmän förvaltningsdomstol ska kunna förena dom eller beslut om uteslutning av leverantör med en tidsgräns för när den aktuella leverantören återigen kan bli aktuell för deltagande vid upphandling enligt lagarna. Därtill förordar kommissionen att det i NLOU även genomförs de särskilda bestämmelserna i art. 57.6 fjärde stycket och 57.7 (har ingen direkt motsvarighet i LUF-direktivet, se dock art. 80) om hur länge en lagakraftvunnen dom om uteslutning av leverantör får göras gällande om någon längsta uteslutningsperiod inte har fastställts i dom eller beslut.

#### 16. Uteslutning av leverantörer som inte har betalat sina skatter eller socialförsäkringsavgifter

Enligt förslaget i 13 kap. 2 § första stycket NLOU respektive 13 kap. 2 § första stycket NLUF ska en leverantör uteslutas om det finns lagakraftvunnen dom eller myndighetsbeslut om att leverantören inte har betalat sina skatter eller socialförsäkringsavgifter. Enligt förslaget till 19 kap. 17 § andra stycket NLOU respektive 19 kap. 18 § andra stycket NLUF får leverantören uteslutas vid motsvarande förhållanden inom de icke direktivstyrda sektorerna. Det föreligger i lagen således en diskrepans i synen på vikten av fullgörandet av betalning av skatter och socialförsäkringsavgifter beroende på vilken typ av upphandling det är fråga om. Detta lämnar enligt Konkurrenskommissionen betydande utrymme för godtycke.

Vidare föreligger det i förslaget till 19 kap. 17 § andra stycket NLOU respektive 19 kap. 18 § andra stycket NLUF en liknande icke motiverad avvikelser i det att en leverantör inom de icke-direktivstyrda sektorn som har uteslutits på grund av en lagakraftvunnen dom avseende obetalda skatter och socialförsäkringsavgifter inte kan häva denna uteslutning genom att rent faktiskt fullgöra sina åligganden, eftersom den lättnadsregel som återfinns i 13 kap. 5 § tredje stycket NLOU respektive 13 kap. 6 § NLUF inte införts i dessa kapitel.

Konkurrenskommissionen, som inte kan se något sakligt motiv till dessa avvikelser, förordar att bestämmelserna i 19 kap. 17 § NLOU respektive 19 kap. 18 § NLUF samordnas med den direktivstyrda regleringen i 13 kap. 2 § första stycket samt 13 kap. 5 § NLOU så att lagen får en i detta avseende enhetlig utformning.

## 17. Urvalskriterier

Konkurrenskommissionen delar utredarnas bedömning att LOU-direktivets förteckning över vilka krav som får ställas för val av leverantörer i artikel 58.1 första stycket förvisso kan uppfattas exemplifierande. Konkurrenskommissionen delar även uppfattningen att denna icke uttömmande uppräkningslista av krav som får ställas dock måste läsas tillsammans med bestämmelsen i art. 60, av vilken framgår att det finns en uttömmande förteckning av vilka bevismedel som får krävas för att säkerställa att krav enligt art. 58 är uppfyllda. Kommissionen förordar dock att det tydligt anges att tillgängliga bevismedel avseende exempelvis leverantörens ekonomiska eller finansiella ställning i 15 kap. 11 § NLOU är uttömmande och således inte lämnar utrymme för att den upphandlande myndigheten åberopar eller kräver även andra bevis, såsom exempelvis kreditrating eller liknande.

På samma sätt förordar kommissionen att det tydligt klargörs att även den uppräkningslista av bevismedel som avser teknisk kapacitet i 16 kap. 12 § NLOU är uttömmande varför inga andra bevismedel får tillämpas av de upphandlande myndigheterna.

## 18. Onormalt låga anbud

Avseende förslaget till 16 kap. 11-14 §§ NLOU respektive 15 kap. 11-14 §§ NLUF kan Konkurrenskommissionen inte instämma i utredarnas bedömning att art. 69 i LOU-direktivet respektive art. 84 i LUF-direktivet skulle innebära någon *fakultativ möjlighet* för en upphandlande myndighet att utesluta viss leverantör på grund av att denne lämnat ett onormalt lågt anbud. Istället anser kommissionen att Direktiven medför en obligatorisk *skyldighet* till sådan uteslutning. Konkurrenskommissionen avstyrker därför utredningens förslag samt förordar att de svenska bestämmelserna i aktuellt avseende istället ges en så direktivnära utformning som det möjligt. Sålunda förordar kommissionen att bestämmelserna utformas så att den upphandlande myndigheten *ska* utesluta den leverantör som har lämnat ett onormalt lågt pris, om leverantören efter begäran från den upphandlande myndigheten inte på ett tillfredsställande sätt har kunnat lämna en förklaring till det låga priset.

## 19. Beräkningen av kontraktsvärdet för upphandlingar inom den icke direktivstyrda sektorn

Konkurrenskommissionen tillstyrker förslaget till 19 kap. 7 § NLOU respektive 19 kap. 8 § LUF att den nu gällande beräkningsregeln i 15 kap. 3 a § LOU respektive 15 kap. 3 a § LUF överförs till NLOU och NLUF i allt väsentligt oförändrad. Kommissionen förordar dock att lagtexten förtydligas med en regel för hur kontrakt som löper på obestämd tid ska beräknas. I nuvarande reglering anges endast att kontraktsvärdet ska beräknas enligt det totala belopp som ska betalas i upphandlingen. Fråga uppkommer därvid hur ett kontrakt som löper tills vidare, eller på obestämd tid, ska beräknas. Beräkningsbestämmelsen i 19 kap. 7 § NLOU samt 19 kap. 8 § NLUF bör härvid kompletteras med en beräkningsregel motsvarande den som återfinns i 5 kap. 10-13 §§ NLOU respektive 5 kap. 9-12 § NLUF avseende tidsbestämda kontrakt eller kontrakt som löper över en tidsperiod som är längre än 48 månader. Åtminstone bör det i vart fall på annat sätt framgå att beräkningsbestämmelserna i den direktivstyrda sektorn ska äga analog tillämpning även i 19 kap. NLOU samt 19 kap LUF.

Konkurrenskommissionen förordar även en justering av den tidperiod för vilken kontraktvärdesberäkningen i 19 kap. 7 § NLOU respektive 19 kap. 8 § NLUF ska göras. Enligt förslaget ska nuvarande reglering överföras oförändrad, innefattande att vid beräkningen ska beaktas direktupphandlingar av samma slag gjorda av myndigheten under *räkenskapsåret*. Denna ordning har emellertid visat sig olycklig, genom att bl.a. tidpunkten på året då direktupphandlingen genomförs kommit att medföra en ibland avgörande betydelse för bedömningen av lagligheten av förfarandet. Kommissionen förordar istället att dessa direktupphandlingar ska beräknas löpande över årsbasis så att den upphandlande myndigheten ska beakta samtliga direktupphandlingar av samma slag som gjorts den senaste 12-månadersperioden. På så sätt skapas transparens och enkelhet i systemet.

Konkurrenskommissionen förordar vidare att det till den aktuella regleringen anges vad som ska avses med direktupphandlingar ”*av samma slag*”. Kommissionen förordar i detta fall en direktivkonform tillämpning såsom är fallet med ”*likartade varor*” enligt skäl 19 till LOU-direktivet respektive skäl 29 till LUF-direktivet. Detta skulle innebära att med direktupphandlingar ”*av samma slag*” ska förstås tidigare genomförda direktupphandlingar som omfattar varor och tjänster avsedda för identisk eller likartad användning och som en leverantör som är verksam på det aktuella området i typfallet skulle ha tillgängliga i sitt normala utbud.

## 20. Annonsering av förenklat förfarande

Konkurrenskommissionen avstyrker förslaget i 19 kap. 8 § första stycket NLOU respektive 19 kap. 9 § första stycket NLUF om att en upphandlande myndighet vid ett förenklat förfarande ska begära anbud genom annons i en elektronisk databas *eller genom annons i annan form som möjliggör effektiv konkurrens*. Istället förordar kommissionen endast en skyldighet att annonsera i elektronisk form. Användandet av *annonser i annan form* får i nuläget anses vara så föråldrat att bestämmelsen har spelat ut sin roll.

## 21. Tilldelning av kontrakt på grundval av kostnad enligt 19 kap. NLOU

Vad gäller tilldelningen av kontrakt enligt 19 kap. NLOU förordar Konkurrenskommissionen att bestämmelsen i 19 kap. 23 § andra stycket punkten 2 NLOU respektive 19 kap. 24 § andra stycket punkten 2 NLUF samordnas med 16 kap. 3 § NLOU respektive 15 kap. 3 § NLUF med avseende på vad som ska bedömas för det fall att myndigheten avser att tilldela ett kontrakt på grundval av kostnad. Utan en sådan samordning, eller i vart fall hänvisning, riskerar det att uppkomma oklarhet om begreppen, varpå det kan komma att felaktigt uppfattas att tilldelning på grundval av kostnad styrs av andra kriterier i den icke direktivstyrda sektorn än i den direktivstyrda sektorn. Detta kan knappast vara lagstiftarens mening, varför ett klarläggande behöver ske.

## 22. Avtals ogiltighet

Konkurrenskommissionen tillstyrker i allt väsentligt att nuvarande bestämmelser i (2007 års) LOU respektive LUF i allt väsentligt överförs till såväl NLOU som NLUF. Vidare tillstyrker kommissionen att bestämmelsen om avtals ogiltighet i 16 kap. 13 § LOU respektive 16 kap. 13 § LUF överförs i sin nuvarande form till NLOU. Kommissionen får dock göra följande påpekanden.

Av lagförarbetena till nuvarande reglering i 16 kap. 13 § LOU respektive 16 kap. 13 § LUF, se prop. 2009/10:180, s. 360 ff framgår att rättsverkningarna rent civilrättsligt av att ett avtal förklaras ogiltigt är att avtalet inte kan göras gällande mellan parterna. För det fall att förpliktelse i avtalet helt eller delvis har uppfyllts ska huvudregeln vara att prestationerna ska återgå eller att på annat sätt förmögenhetsläget mellan parterna återställs som om avtalet aldrig hade ägt rum.

Konkurrenskommissionen har i sin granskande och tillämpande verksamhet kunnat notera att den rättsverkan som en dom om ogiltighet enligt förarbetena ska ha, såsom ovan beskrivs, inte sällan uteblir - se bl.a. Kammarrätten i Göteborgs dom i mål 3759-11 där en kommun beslutat att inte återkräva någon del av den utbetalade ersättningen för de utförda tjänsterna. Efter att beslutet överklagades med stöd av kommunallagen (1991:900) fann domstolen att det inte gick att upphäva beslutet. Några alternativa rättsmedel finns inte. Härigenom kom beslutet om ogiltighet av avtal aldrig i sig att medföra någon för parterna kännbar sanktion.

Det har för närvarande heller inte ansetts möjligt att som tredje part ansöka om verkställighet hos Kronofogdemyndigheten av ett lagakraftvunnet beslut om avtals ogiltighet. Av 1 kap. 1 § utsökningsbalken framgår att bestämmelserna är tillämpliga i fråga om verkställighet av dom eller annan exekutionstitel som innefattar betalningsskyldighet eller annan förpliktelse. För att en sådan dom ska kunna verkställas krävs således att den innefattar en skyldighet att fullgöra viss förpliktelse - jfr. Nacka Tingsrätts dom i mål Å 4093-14.

Vid angiven avsaknad av effektiva bestämmelser i nationell rätt som säkerställer verkställigheten av domstols beslut om ogiltighet av avtal vid offentlig upphandling framstår regelverket (oavsett om det utformas *ex tunc* eller *ex nunc*) närmast som illusoriskt. Det kan mot denna bakgrund ifrågasättas om Sverige faktiskt har genomfört den unionsrättsliga regleringen med krav på effektiva rättsmedel enligt gällande direktiv.

Konkurrenskommissionen förordar att det i 20 kap. NLOU respektive 20 kap. NLUF införs en bestämmelse med innebörden att domstols förordnande om ogiltighet av avtal även ska innefatta en för den klagande leverantören tillgänglig exekutionstitel, innebärande en förpliktelse för den upphandlande myndigheten att aktivt säkerställa att förmögenhetsläget före det ogiltigförklarade avtalet slöts återställs.

### 23. Tidsfrister för ansökan om överprövning av avtals ogiltighet

Konkurrenskommissionen förordar att den förkortade tidsfrist för ansökan om avtals ogiltighet som återfinns i 20 kap. 18 § andra stycket punkten 2 NLOU respektive 20 kap. 18 § andra stycket punkten 2 NLUF tydliggörs så att det framstår som klart att ett förkortat tidsfristförfarande enligt samma bestämmelse endast är tillämpligt för det fall att det finns fler än en anbudssökande eller anbudsgivare i en upphandling – jfr. prop. 2009/10:180, s. 108.

Kommissionen förordar även att den förkortade tidsfristen enligt samma bestämmelse inte bör börja löpa förrän vid den tidpunkt då anbudssökandena och anbudsgivarna har *fått del av* den upphandlande myndighetens skriftliga underrättelse om att avtal slutits. Genom ett sådant förfarande säkerställs man att den aktuella informationen faktiskt har kommit de berörda parterna till del.

Konkurrenskommissionen förordar vidare att bestämmelsen förtydligas så att det tydligt framgår att den förkortade tidsfristen enligt andra punkten endast gäller för de anbudssökande och anbudsgivare som deltagit i den aktuella upphandlingen och inte för övriga leverantörer inom det aktuella området. För dessa leverantörer gäller istället den normala överklagandetiden om sex månader från det att den upphandlande myndigheten efterannonserat upphandlingen.

## 24. Den upphandlande myndighetens uppgiftsskyldighet

Konkurrenskommissionen tillstyrker förslaget i 22 kap. 6 § NLOU respektive 22 kap. 6 § NLUF att de upphandlande myndigheterna ska vara skyldiga att lämna uppgift om den totala årliga summan av sina inköp. Kommissionen förordar därtill att de upphandlande myndigheterna åläggs att på samma sätt särskilt rapportera värdet av samtliga *direktupphandlingar* som myndigheten genomfört under året. Genom en sådan bestämmelse skulle det bli möjligt att kvantitativt uppskatta hur stor del av myndighetens totala inköp som faller in under denna kategori upphandlingar samt hur den totala volymen av genomförda direktupphandlingar fördelar sig nationellt. En sådan statistik kan bl.a. tjäna till upplysning för bedömning av direktupphandlingskontraktens totala andel av de offentliga kontrakten och om den aktuella direktupphandlingsgränsen fyller sitt avsedda syfte.

## 25. Proportionalitetsbestämmelser

Konkurrenskommissionen delar inte utredarnas bedömning att det i den nya lagen inte behöver genomföras sådana proportionalitetsbedömningar som framgår av artiklarna 15.2, 19.2, 42.1, 47.3 andra stycket och 57.3 andra stycket i LOU-direktivet.

Genom att inte genomföra de proportionalitetbedömningar som framgår av direktivens bestämmelser riskeras den nya lagen att missförstås på ett sådant sätt att någon sådan bedömning inte behöver göras. I de fall en uttalad proportionalitetsbedömning återfinns i direktivtexten bör även denna genomföras i den nya lagen. Konkurrenskommissionen förordar således att NLOU justeras i enlighet med detta.

## 26. Felskrivningar i föreslagen lagtext samt förslag till omdispositioner

I förslaget till 16 kap. 1 § NLOU anges att *”en upphandlande myndighet ska tilldela ett kontrakt den leverantör vars anbud är det ekonomiskt mest fördelaktiga för myndigheten.”* Konkurrenskommissionen förordar att i enlighet med tidigare resonemang (under punkten 1 ovan) att begreppet *”kontrakt”* stryks för att ersättas med *”avtal”*. Den aktuella bestämmelsen innebär vidare bristfällig svenska och bör därför antingen skrivas om så att *”den leverantör vars anbud är det ekonomiskt mest fördelaktiga för myndigheten ska tilldelas avtal”* eller kompletteras med ordet *”till”* så att *”en upphandlande myndighet ska tilldela avtal till den leverantör vars anbud är det ekonomiskt mest fördelaktiga för myndigheten”*. Motsvarande gäller för 19 kap 24 § NLOU och även NLUF.

I förslaget till 19 kap. 26 § andra stycket NLOU respektive 19 kap. 27 § andra stycket NLUF anges att den föreslagna dokumentationsplikten för direktupphandlingar inte ska gälla för upphandlingar vars värde *överstiger* 100.000 kronor. Konkurrenskommissionen kan inte tro att det är lagstiftaren avsikt att kravet på dokumentation ska begränsas till upphandlingar under 100.000 kronor (jfr. prop. 2013/14:133, s. 21 ff.). Kommissionen förordar därför att bestämmelsens andra stycke omformuleras så att första stycket inte gäller om upphandlingens värde *understiger* 100.000 kronor.

Konkurrenskommissionen förordar att bestämmelsen i 19 kap. 27 § tredje stycket andra meningen NLOU respektive 19 kap. 28 § tredje stycket andra meningen NLUF flyttas till 19 kap. 9 § 3 stycket NLOU respektive 19 kap. 10 § 3 stycket NLUF. Detta eftersom den aktuella bestämmelsen i 19 kap. 27 § NLOU samt motsvarande reglering i NLUF reglerar innehållet i en annons, ett område som i övrigt regleras genom 19 kap. 9 § NLOU respektive 19 kap. 10 § NLUF. Genom att föra in den aktuella meningen i 19 kap. 9 § NLOU skapas ett överskådligt system där alla bestämmelser hur ett anbud ska utformas enligt de nationella reglerna återfinns i samma paragraf.

#### KONKURRENSKOMMISSIONEN

Inger Ridderstrand Linderöth  
/ordförande/

Pär Cronhult  
/föredragande