

Finansdepartementet  
fi.remissvar@regeringskansliet.se

## **Betänkandet Möjligt, tillåtet och tillgängligt (SOU 2018:44)**

Fi2018/02531/OU

### **Sammanfattning**

Konkurrensverket välkomnar Förenklingsutredningens målsättning att det inom respektive lag ska finnas så få regelsystem och nivåer som möjligt. Konkurrensverket instämmer även med utredningens uttalade inriktning att regelverket bör utgå från de grundläggande principerna för upphandling men även omfatta bestämmelser som är nödvändiga bland annat till skydd för leverantörer samt att regelverket i övrigt bör lämna ett stort utrymme åt de upphandlande myndigheterna och enheterna att själva utforma förfarandet i varje upphandling.

När det gäller de konkreta förslagen i betänkandet tillstyrker Konkurrensverket vissa medan andra avstyrks.

Exempel på förslag och bedömningar som Konkurrensverket tillstyrker är att:

- de materiella reglerna i högre grad anges direkt i 19 och 19 a kap.,
- direktupphandlingsgränsen bestäms till ett fast belopp,
- beräkningsreglerna, inklusive separata operativa enheter, görs likalydande över och under tröskelvärdet,
- de grundläggande EU-rättsliga principerna även fortsättningsvis ska gälla vid icke direktivstyrda upphandlingar som ska annonseras enligt 19 kap.,
- anbuds tiden förlängs vid kompletteringar och förslaget avseende kompletterande information,
- reglerna för direktupphandlingar samlas i ett nytt 19 a kap. och att
- reglerna om dokumentationsplikt och riktlinjer för direktupphandlingar finns kvar.

Konkurrensverket har inte något att invända mot förslaget att upphandlande myndigheter och enheter ska kunna använda en uteslutningsgrund som inte finns angiven i de direktivstyrda bestämmelserna, under förutsättning att det sker i överensstämmelse med de grundläggande principerna för upphandling.

Adress 103 85 Stockholm  
Besöksadress Torsgatan 11  
Telefon 08-7001600  
Fax 08-245543  
konkurrensverket@kkv.se

[www.konkurrensverket.se](http://www.konkurrensverket.se)

Konkurrensverket håller däremot inte med om slutsatsen att alla förslag som utredningen lämnar i betänkandet leder mot målsättningen, eller medför att reglerna blir enklare att tolka och tillämpa. Konkurrensverket konstaterar även att aspekten att regelverket ska vara utformat på ett sådant sätt att det går att kontrollera efterlevnaden i många avseenden saknas i utredningens uttalade inriktning för det föreslagna regelverket under tröskelvärdena.

Enligt Konkurrensverkets mening riskerar flera av förslagen även att öka risken för bland annat korruption i samband med upphandlingar. De förslag som leder bort från konkurrensutsättning genom öppen annonsering riskerar också medföra att inträdeströsklarna, framför allt för små och medelstora företag, ökar när det blir svårare att känna till att en upphandling genomförs.

De förslag som Konkurrensverket avstyrker avser bland annat att:

- direktupphandlingsgränsen för sociala tjänster och andra särskilda tjänster enligt bilaga 2 ska vara densamma som EU:s tröskelvärde,
- sociala tjänster och andra särskilda tjänster enligt bilaga 2 ska ha särskilda regler jämfört med de icke direktivstyrda upphandlingarna i 19 kap.,
- ta bort den 10-dagar långa anbudsfristen vid upphandling av annonspliktiga upphandlingar under tröskelvärdena och annonspliktiga upphandlingar av tjänster enligt bilaga 2,
- de nuvarande obligatoriska uteslutningsgrunderna görs frivilliga för upphandlande myndigheter och enheter. att tillämpa och utmönstra katalogerna med frivilliga uteslutningsgrunder,
- införa en särskild nationell princip för direktupphandlingar,
- utmönstra CPV-nomenklaturen, och att
- införa regler om täckningsköp.

Konkurrensverket konstaterar att avsaknaden i det föreslagna 19 a kap. av en reglering om hur länge upphandlande myndigheter och enheter som inte omfattas av arkivlagen ska spara dokument och avtal behöver åtgärdas.

Konkurrensverket konstaterar att såväl förslag om processkostnadsansvar som ansökningsavgift sannolikt kan medföra att inflödet av ärenden om överprövning i förvaltningsdomstolarna minskar. Konkurrensverket avstyrker att båda åtgärderna genomförs samtidigt eftersom konsekvenserna är svåra att överblicka. I valet mellan de två åtgärderna anser Konkurrensverket att ansökningsavgifter i första hand bör användas.

När det gäller ikraftträdandet av regler om ansökningsavgift eller processkostnadsansvar anser Konkurrensverket att det är mindre lämpligt att införa någon av dem samtidigt med sådana större förändringar av det materiella regelverket för offentlig upphandling som föreslås. Konkurrensverket avstyrker därför att under dessa förutsättningar införa vare sig regler om ansökningsavgift eller processkostnadsansvar.

Konkurrensverket efterlyser den tidigare aviserade utvärderingen av den höjda direktupphandlingsgränsen och dokumentationsplikten för direktupphandlingar.

Betänkandets konsekvensanalys uppvisar brister och behöver kompletteras bland annat avseende förslagen om processkostnadsansvar och ansökningsavgift, särskilt om förslaget om preklusionsfrist, som bereds i annan ordning, ska genomföras samtidigt med processkostnadsansvar och/eller ansökningsavgift.

Konkurrensverket anser att ikraftträdandet av ny reglering bör samordnas med andra förslag på upphandlingsområdet. Därutöver konstaterar Konkurrensverket att författningskommentarerna generellt sett är otillräckliga och behöver utvecklas.

## **Del 1 – Enklare och flexiblare upphandlingsregler**

### **Övergripande synpunkter**

Förenklingsutredningen anger som sin övergripande målsättning att respektive lag ska ha så få olika regelsystem och nivåer som möjligt; för att undvika gränsdragningsproblem och tvister. Konkurrensverket instämmer i denna målsättning. Det är en fördel för alla inblandade eftersom det blir mindre otydlighet och innebär bättre förutsättningar att kontrollera att regelverket efterlevs. Däremot är Konkurrensverket tveksamt till om ett flertal av de förslag som lämnas i betänkandet verkligen bidrar till att nå denna målsättning.

Konkurrensverket anser att all reglering ska utformas med beaktande av aspekten att korruption ska motverkas och att denna aspekt inte getts tillräcklig tyngd vid några av utredningens överväganden och förslag (se t.ex. förslaget om höjd direktupphandlingsgräns för sociala tjänster och andra särskilda tjänster). Konkurrensverket instämmer däremot i utredningens resonemang att det finns skäl att uttryckligen ange att verket i sin tillsynsverksamhet ska arbeta för att motverka korruption.

Utredningen anser att regelverket bör utgå från de grundläggande principerna för upphandling men även omfatta bestämmelser som är nödvändiga bl.a. till skydd för leverantörer samt att regelverket i övrigt bör lämna ett stort utrymme åt de upphandlande myndigheterna och enheterna att själva utforma förfarandet i varje upphandling. Konkurrensverket instämmer i stort i denna ansats men konstaterar att en viktig aspekt saknas – att regelverket ska vara utformat så att det går att kontrollera efterlevnaden. Konkurrensverket har särskilt analyserat förslagen ur perspektivet att det måste vara möjligt att säkerställa efterlevnaden av de regler som ställs upp för den offentliga upphandlingen.

Enligt Konkurrensverket finns det inte ett omedelbart samband mellan ett mer flexibelt regelverk och att det blir enklare att tillämpa. En övergripande ramlagstiftning ger visserligen stort utrymme för flexibilitet men kommer i högre grad kräva domstolarnas praxisutveckling för vägledning för hur reglerna ska tolkas. För upphandlaren ger en sådan ramreglering mindre vägledning och därmed öka behovet av stöd och tillsyn.

Att hänvisningarna till andra delar av upphandlingslagarna minskar och att de materiella reglerna i högre grad skrivs anges direkt i upphandlingslagarnas kapitel om icke direktivstyrda upphandlingar (19 och 19 a kap. lagen [2016:1145] om offentlig upphandling och lagen [2016:1146] om upphandling inom försörjningssektorerna samt 15 och 15 a kap. lagen [2011:1029] om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet) ökar tydligheten och gör regelverket mer lättillgängligt.

Ytterligare en ändring som ökar tydligheten är förslaget att införa ett nytt 19 a kap. som samlar de regler som gäller för direktupphandlingar. Även om Konkurrensverket är positivt till detta har verket synpunkter och kommentarer som rör delar av de föreslagna reglerna för direktupphandlingar.

Att beräkningsreglerna görs likalydande på det direktivstyrda området och det icke direktivstyrda området är enligt Konkurrensverkets mening nödvändigt. Skälet till det är att Konkurrensverket kan konstatera att beräkningsreglerna mellan det direktivstyrda området och det icke direktivstyrda området inte fullt ut överensstämmer med varandra.

Mer ingående synpunkter och kommentarer som rör förslagen i betänkandets kapitel 9–19 följer nedan.

## **Kapitel 9 Principer för upphandling**

### **9.1 De grundläggande EU-rättsliga principerna för upphandling ska gälla för annonspliktiga upphandlingar**

Konkurrensverket instämmer i förslaget att de grundläggande EU-rättsliga principerna även fortsättningsvis ska gälla vid icke direktivstyrda upphandlingar som ska annonseras enligt 19 kap. LOU.

Konkurrensverket anser, till skillnad från utredningen, att en motsvarighet till 4 kap. 2 § behövs även på det icke direktivstyrda området. Skälen till det är flera.

Visserligen följer det av de grundläggande principerna att en upphandling inte får utformas i syfte att kringgå lagens tillämpningsområde eller på ett sådant sätt att konkurrensen begränsas och att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt. Det finns ändå ett värde av att upphandlande myndigheters och enheters handlingsutrymme i just dessa två avseenden tydliggörs genom en uttrycklig reglering i stället för endast baseras på principerna.

Detta hör dessutom till de delar av regelverket där det finns ett särskilt värde om regleringen är likalydande över och under tröskelvärdet. Därutöver torde det underlätta för såväl upphandlande myndigheter och enheter samt öka möjligheterna att kontrollera efterlevnaden om dessa krav anges uttryckligen i stället för att endast framgå genom en tolkning av principerna.

### **9.2 Skyldighet att ta tillvara konkurrensen vid direktupphandling**

Att upphandlande myndigheter och enheter ska tillvarata konkurrensen vid direktupphandlingar är högst angeläget. Såväl ur det samhällliga perspektivet att upphandlande myndigheter och enheter är varsamma med offentliga medel som för att minska andra risker, t.ex. för korrupktion, om inköpen sker genom konkurrensutsättning.

Konkurrensverket avstyrker dock förslaget om en nationell princip för direktupphandlingar. Konkurrensverket bedömer att den kan medföra många svårigheter i den praktiska tillämpningen och knappast kommer medföra en förenkling för upphandlande myndigheter och enheter.

Det första och viktigaste skälet är att det sannolikt kommer att bli krångligare med olika principer att förhålla sig till beroende på om upphandlingen har ett bestämt gränsöverskridande intresse (BGI) eller inte. Det gäller särskilt eftersom frågan om förekomsten av BGI är något som ofta endast kan konstateras i efterhand. Det skulle t.ex. kunna leda till situationen att en upphandlande myndighet gör bedömningen att en viss tjänst saknar BGI och därför tilldelar enligt den nya nationella principen, dvs. utan transparent annonsering. Ett exempel kan vara att en utländsk leverantör får höra om kontraktet och hade velat ha möjlighet att vara med och tävla om det. Den utländska leverantören utgör i sig en indikation på att kontraktet har BGI. Under sådana omständigheter har alltså den upphandlande myndigheten brutit mot LOU (och Sverige begått ett fördragsbrott). Den upphandlande myndighetens bedömning om BGI avgör alltså inte om kontraktet omfattas av unionsrätten eller den nationella principen. En felaktig bedömning (som i exemplet) medför alltså att det kan utgöra en otillåten direktupphandling. Därmed medför förslaget, enligt Konkurrensverkets mening, inte en förenkling för upphandlande myndigheter och enheter. I stället leder det till en större osäkerhet och dessutom ökar riskerna för lagöverträdelse.

Därutöver kan konstateras att den ökande digitaliseringen medför att fler tjänster får ett BGI vilket kan antas medföra att bedömningen av vad som har ett BGI blir svårare.

Sedan utredningens betänkande lämnades har dessutom Högsta förvaltningsdomstolen<sup>1</sup> (HFD) tydliggjort att kraven som följer av de allmänna unionsrättsliga principerna inte är exakt desamma när kontraktet inte omfattas av EU-direktiven.

En annan aspekt är att det med den föreslagna regeln finns en klart ökad risk för korruption när det inte finns ett BGI, eftersom vare sig likabehandlings- eller transparensprincipen då behöver iakttas. Kravet på saklighet och opartiskhet utgör i sammanhanget inte lika effektiva styr- och kontrollmekanismer som de allmänna principerna. Den föreslagna nationella principen skapar ett skönsmässigt utrymme då upphandlande myndigheter kan välja ut de anbudsgivare som ska få lämna anbud. Detta är negativt utifrån konkurrenssynpunkt och medför en ökad risk för bl.a. korruption.

En alternativ väg för att tydliggöra principen att dessa inköp ska konkurrensut sättas (i den omfattning som är proportionerligt) vore att överväga om det är

---

<sup>1</sup> HFD 2018 ref. 60.



möjligt att på lämpligt sätt tydliggöra vad riktlinjerna för användning av direktupphandling (19 a kap. 10 §) minst ska innehålla. Regeringen uttalade i förarbetena att det kan finnas skäl att överväga om det behövs ytterligare vägledning om riktlinjernas närmare innehåll men att det vid en kommande utvärdering av den höjda direktupphandlingsgränsen och dokumentationsplikten bör framgå om det finns behov av en reglering av riktlinjernas innehåll.<sup>2</sup> Denna utvärdering har ännu inte genomförts.

### *9.2.2 Ska domstol kunna pröva om ett direktupphandlat avtal har ingåtts i strid med tillämpliga principer?*

Konkurrensverket är tveksamt till att införa krav i lagstiftningen som saknar möjlighet till uppföljning och rättslig kontroll samt någon form av sanktion om upphandlande myndigheter eller enheter bryter mot dem.

Nuvarande situation innebär att upphandlande myndigheter och enheter kan undvika överprövning av en direktupphandling genom att inte annonsera eller på annat sätt konkurrensutsätta den och i stället snabbt sluta ett muntligt avtal. En möjlighet att pröva om ett direktupphandlat avtal har ingåtts i strid med tillämpliga principer kan därmed göra det mindre attraktivt för upphandlande myndigheter och enheter att främja medverkan i upphandlingar genom annonsering, vilket står i strid med intresset av att öka konkurrensen.

Genomförs utredningens förslag att domstol inte ska pröva om ett direktupphandlat avtal har ingåtts i strid med tillämpliga principer bör det därför övervägas om möjligheten till rättslig kontroll av att de principer som gäller för direktupphandlingar (oavsett om det är de allmänna principerna eller en nationell princip) kan säkerställas på annat sätt än genom överprövning, till exempel genom ändrade förutsättningar för tillsyn, och i så fall vilka. Utan sådan kompletterande reglering bör förslaget inte genomföras.

## **Kapitel 10 Upphandlingens utformning**

### **10.1 Förfarande för och metoder vid upphandling**

Konkurrensverket har inget att invända mot förslagen i avsnittet. Det är bra att upphandlande myndigheter och enheter får en valfrihet men med begränsningarna att upphandlingen ska annonseras i en allmänt tillgänglig annonsdatabas (19 kap. 6 §), att förutsättningarna avseende hur förfarandet kommer gå till måste framgå tydligt i upphandlingsdokumenten (19 kap. 7 §) samt att de grundläggande principerna är tillämpliga (19 kap. 2 §). Konkurrensverket konstaterar att om dessa förutsättningar är uppfyllda blir det också möjligt att kontrollera efterlevnaden.

---

<sup>2</sup> Propositionen Direktupphandling (prop. 2013/14:133 s. 27–28).



Konkurrensverket instämmer med vad som framförs i ett särskilt yttrande att det kan orsaka en ökad osäkerhet och oklarhet om hänvisningen till 17 kap. 1 § tas bort.

När det gäller förslaget till 19 kap. 3 § 1 andra meningen och 2 stycket är avsikten att upphandlande myndigheter och enheter ska ha samma möjligheter att använda sig av inköpscentraler, samordnade upphandlingar, ramavtal, dynamiska inköpsystem och de andra tekniker och instrument som finns enligt direktiven. Konkurrensverket instämmer i att det inte ska vara någon skillnad i möjligheterna att använda dessa metoder, tekniker och instrument för upphandling beroende på om upphandlingen är över eller under tröskelvärdet. Däremot har Konkurrensverket synpunkter på hur författningsförslaget har formulerats, se nedan.

### 10.2 Annonsering och 10.3 Upphandlingsdokumenten

Konkurrensverket tillstyrker lösningen att reglera i 19 kap. 6 och 7 §§ de mest grundläggande förutsättningarna för annonseringen och upphandlingsdokumenten men att de närmare bestämmelserna om vad annonsen respektive upphandlingsdokumenten ska innehålla i stället regleras i upphandlingsförordningen.

Konkurrensverket konstaterar dock att specifikationen av vad som ska vara obligatoriska uppgifter i annonser respektive upphandlingsdokument kommer behöva ytterligare överväganden. Framför allt eftersom annonsens innehåll behöver samordnas med införandet av e-forms (EU:s nya standardformulär för direktivstyrda upphandlingar) då upphandling av tjänster enligt bilaga 2 är direktivstyrda men fortfarande regleras nationellt i 19 kap. Specifikationerna avseende annonsernas och upphandlingsdokumentens innehåll behöver också samordnas med kommande förslag om upphandlingsstatistiken. Se också Konkurrensverkets kommentarer under *Kapitel 24 Ikraftträdande- och övergångsbestämmelser*.

## Kapitel 11 Dialog i upphandlingar

### 11.6 Utredningens förslag om dialog i upphandlingar

Konkurrensverket har inget att invända mot förslaget att reglera dialog i upphandling. Konkurrensverket konstaterar dock att det finns ett antal oklarheter och behov av förtydliganden för att avsikten med regleringen ska realiseras. En oklarhet är vad som avses med "pågående upphandling", vilket får till följd att även gränsen för när dialog får användas blir oklar. Även användningen av begreppet "dialog" bör övervägas ytterligare då det kan finnas risk för sammanblandning och missförstånd eftersom det ofta används om den konkurrensuppsökande fasen.

Konkurrensverket konstaterar att om det finns flera bristfälliga anbud tillåts inte upphandlande myndigheter och enheter att helt fritt välja vilket av dessa som tillåts kompletteras. För att det ska vara tydligt kan det övervägas att förtydliga



att likabehandlingen medför att kompletteringar ska tillåtas och även begäras in av flera leverantörer beroende på utvärdering.

Om syftet är att verkligen göra skillnad genom att undvika att kompletteringar av rena formaliafel strider mot lagstiftningen behöver det bli ännu tydligare vad som avses vara tillåtet att komplettera vid ett senare tillfälle. Denna fråga om vilka kompletteringar som är tillåtna respektive o tillåtna har stor praktisk betydelse och om det tydliggjordes skulle det vara en verklig förenkling av det praktiska arbetet med offentlig upphandling.

## **Kapitel 12 Nödvändiga förfarandebestämmelser**

### **12.1 Tillämpningsområdet vid icke direktivstyrd upphandling**

Konkurrensverket tillstyrker förslagen att de direktivstyrda bestämmelserna om tillämpningsområdet (1–3 kap. LOU och LUF) är tillämpliga samt att bestämmelserna om tröskelvärden och beräkning av en upphandlings värde (5 kap. i respektive lag) samt om överprövning, upphandlingsskadeavgift och tillsyn (20–22 kap. i respektive lag) ska tillämpas. Konkurrensverket instämmer i utredningens bedömning, nämligen att den enda hanterbara ordningen är att de icke direktivstyrda bestämmelserna om upphandlingar har samma tillämpningsområde som de direktivstyrda. Även fortsättningsvis bör således upphandlande myndigheter och enheter vara skyldiga att upphandla i samma omfattning på det icke direktivstyrda området som på det direktivstyrda. Utrymmet att inte upphandla uttryckligen undantagna varor, tjänster och byggtreprenader bör också vara det samma.

Som Konkurrensverket inledningsvis framhållit i yttrandet avseende del 1 är det viktigt att beräkningsreglerna är likalydande på det direktivstyrda och det icke direktivstyrda området då dagens olika regler kan få orimliga effekter. När kontraktsvärdet beräknas enligt beräkningsreglerna på det direktivstyrda området blir det under tröskelvärdet och hänvisar därmed till reglerna i 19 kap. men när beräkningsreglerna i 19 kap. används blir värdet över tröskelvärdet.

### **12.2 Ramar för de upphandlande myndigheternas och enheternas handlingsutrymme**

#### *12.2.1 Kommunikeringsformer*

Utifrån Konkurrensverkets erfarenheter av upphandlande myndigheters och enheters bristande dokumentation av direktupphandlingar anser Konkurrensverket att det är viktigt att skyldigheten att dokumentera muntliga förhandlingar och kompletteringar uttrycks tydligt. Dessutom, för att det ska gå att upprätthålla efterlevnaden av kravet och bedriva en tillsyn av densamma, bör det till dokumentationsskyldigheten kopplas någon form av sanktion om en upphandlande myndighets dokumentation saknas eller är bristfällig. Skälen till detta är de

samma som angående dokumentationsplikten vid direktupphandlingar, se avsnitt 15.3.2 *Dokumentation av direktupphandlingar*.

Konkurrensverket har i övrigt inget att invända mot att reglerna om kommunikationsformer görs enklare. Samtidigt är det oklart hur stor praktisk betydelse det kommer få i detta sammanhang att utredningen inte föreslår att elektronisk kommunikation ska användas. Reglerna om avtalsspärren (19 kap. 15 § samt 20 kap. 1 §) kommer sannolikt ändå bli handlingsdirigerande mot elektronisk kommunikation eftersom avtalsspärren då blir fem dagar kortare även för dessa upphandlingar.

#### 12.2.2 *Tidsfrister*

Konkurrensverket tillstyrker förslaget att anbudstiden förlängs vid kompletteringar och har inget att invända mot förslaget avseende kompletterande information om upphandlingsdokumenten.

Konkurrensverket avstyrker att den nuvarande regeln om minst tio dagars anbudsfrist tas bort. Utredningen konstaterar enbart att förenklingskäl talar för att regeln tas bort men redogör inte varför eller hur den kommer till den slutsatsen. Särskilt som utredningen strax innan framhåller att externa kontakter påtalat att den tid upphandlande myndigheter och enheter ger för att komma in med anbud är allt för kort.

Konkurrensverket konstaterar för sin del att för möjligheterna att lämna anbud är längden på anbudstiden av stor betydelse. Allt för kort anbudstid kan sannolikt påverka antalet anbud negativt. Utredningens förslag att anbudstiden ska vara "skälig" lämnar för mycket åt praxis. Med tanke på att det här avser upphandlingar mellan direktupphandlingsgränsen och tröskelvärdet torde inte ett krav om minst tio dagar för anbud vara allt för betungande samtidigt som det blir en markering att lagstiftaren anser att anbudstiden inte kan vara hur kort som helst.

Särskilt som trenden i dag är att det genomsnittliga antalet anbud minskar vore ett genomförande av utredningens förslag, som kan medföra att den utvecklingen fortsätter, olyckligt för såväl den enskilda upphandlingen som för offentlig upphandling i allmänhet.

#### 12.2.3 *Information om beslut*

Utredningen föreslår att hänvisningen till de direktivstyrda reglerna ersätts med en reglering direkt i 19 kap. Som framhållits ovan anser Konkurrensverket att denna typ av förändringar är bra. Konkurrensverket tillstyrker därför att reglerna tas in direkt i 19 kap. Det är också ändamålsenligt att det ska ske en efterannonsering när ett avtal tilldelats genom konkurrensutsättning i ramavtal eller med en annan metod för upphandling som innebär löpande tilldelning av kontrakt.

#### *12.2.4 Dokumentation av annonspliktiga upphandlingar*

Konkurrensverket har inget att invända mot att reglerna om dokumentation av annonspliktiga upphandlingar föreslås vara oförändrade. Dock, för att det ska gå att upprätthålla efterlevnaden av kravet och bedriva tillsyn bör det till dokumentationsskyldigheten kopplas någon form av sanktion om en upphandlande myndighets dokumentation saknas eller är bristfällig. Skälen för detta är desamma som angående dokumentationsplikten vid direktupphandlingar, se avsnitt 15.3.2 *Dokumentation av direktupphandlingar*.

### 12.3 Skyddsregler för leverantörer

#### *12.3.1 Rätten att delta i en upphandling*

Konkurrensverket tillstyrker förslagen i denna del. Det ska vara tydligt att upphandlande myndigheter och enheter inte kan ställa krav på organisationsform initialt och det är ändamålsenligt att det förtydligas hur annans utbildning-/yrkeskvalifikationer kan användas liksom kravet på solidariskt ansvar för utförandet.

#### *12.3.2 Kommuniceringsskyldighet inför beslut om uteslutning*

Konkurrensverket tillstyrker att det finns en skyldighet för upphandlande myndigheter och enheter att ge leverantören en möjlighet att inom en bestämd tid yttra sig över skälen för uteslutning. Konkurrensverket har inte heller något att invända mot att det finns en öppning för upphandlande myndigheter och enheter att använda en uteslutningsgrund som inte finns angiven i de direktivstyrda bestämmelserna. Förutsättning för detta ska vara att det sker i överensstämmelse med de grundläggande principerna för upphandling (19 kap. 2 §) och att det anges i upphandlingsdokumenten (skyldigheten om vad de ska innehålla, se förslag om ändring i upphandlingsförordningen 14 a § 1 b).

Däremot avstyrker Konkurrensverket att helt ta bort de obligatoriska uteslutningsgrunderna. Det bör inte vara upp till upphandlande myndigheter och enheter att välja att inte utesluta leverantörer som gjort sig skyldiga till den typ av allvarlig brottslighet som omnämns i 13 kap. 1 § och/eller har obetalda skatter och socialförsäkringsavgifter (13 kap. 2 §). Att underlätta konkurrens om uppdrag för och betalning från det offentliga om man skaffat sig en konkurrensfördel genom att inte fullgöra vissa grundläggande skyldigheter mot det offentliga är inte acceptabelt.

Konkurrensverket avstyrker även förslaget om att ta bort listan över de fakultativa uteslutningsgrunderna. Uppräkningen kan däremot utformas så att det tydliggörs att den inte är en uttömmande och att det uttryckligen framgår att andra uteslutningsgrunder kan användas om de överensstämmer med de grundläggande principerna. Förslaget riskerar skapa osäkerhet om vilka uteslutningsgrunder en upphandlande myndighet eller enhet kan använda. Även om de fakultativa uteslutningsgrunderna är frivilliga vore det olyckligt om det genom

borttagandet uppstår en osäkerhet bland upphandlande myndigheter och enheter att dessa kan användas. En förenkling skulle möjligen kunna vara att omformulera de obligatoriska och fakultativa uteslutningsgrunderna när de förs in i 19 kap. på motsvarande sätt som andra hänvisningar i nuvarande 19 kap. har tagits bort till förmån för regleringar direkt i 19 kap. Eftersom utredningen inte lämnat något sådant förslag behöver i så fall en omformulering beredas närmare.

#### *12.3.3 Kommunikeringskyldighet vid onormalt låga anbud*

Konkurrensverket har inget att invända mot förslaget.

#### 12.4 Förfarandebestämmelser som inte behövs

Konkurrensverket tillstyrker utredningens förslag i 12.4.1–12.4.2 samt 12.4.4–12.4.6.

#### *12.4.3 CPV-nomenklaturen*

Konkurrensverket avstyrker förslaget att kravet på att använda CPV-nomenklaturen för att klassificera upphandlingar tas bort utan att ersättas av en annan obligatorisk klassificering. Konkurrensverket anser att CPV-nomenklaturen inte har spelat ut sin roll eftersom CPV-koder används i lagstiftningen för att identifiera såväl upphandlingar enligt bilaga 2 som upphandlingar som får reserveras enligt den regleringen som föreslås i avsnitt *13.3.3 En möjlighet att reservera upphandlingen av vissa tjänster*. CPV-nomenklaturen är därutöver, med sina brister och svårigheter, ändå den variabel som i dag finns för att branschindela upphandlingar på samma sätt över och under tröskelvärdet och används såväl för statistik om upphandlingar som av leverantörer för att identifiera vilka upphandlingar som kan vara av intresse för dem. Därutöver har kommissionen initierat en översyn av CPV-nomenklaturen. I avsaknad av någon annan standardisering av upphandlingar bör CPV-koder fortsatt användas även på det icke direktivstyrda området i avvaktan på resultatet av den nämnda översynen.

Vill någon använda även en annan nomenklatur, t.ex. United Nations Standard Products and Services Code (UNSPSC), utöver CPV-kod i en upphandling finns det enligt Konkurrensverkets mening inget som hindrar det.

### **Kapitel 13 Upphandling av sociala tjänster och andra särskilda tjänster**

#### 13.3 Ett enkelt och flexibelt regelverk för upphandling av sociala och andra särskilda tjänster

Konkurrensverket har inget att invända mot att de sociala tjänsterna och andra särskilda tjänster som ingår i bilaga 2 regleras enhetligt, dvs. utan någon åtskillnad mellan t.ex. välfärdstjänster och andra tjänster. Däremot avstyrker Konkurrensverket förslaget att dessa tjänster ska ha särskilda regler jämfört med de icke direktivstyrda upphandlingarna i 19 kap. Huvudskälet för det är den målsättning som anges i inledningen och som Konkurrensverket ställer sig bakom, nämligen att inom respektive lag ha så få olika regelsystem och nivåer som möjligt.

Med de förenklingar som utredningen föreslår i det nya 19 kap. är detta redan en förenklad ordning jämfört med dagens regleringar som ger stor frihet att utforma såväl upphandlingar som kontraktsvillkor för alla upphandlingar under tröskelvärdena. Att reducera regleringen ytterligare för sociala och andra särskilda tjänster över tröskelvärdet på 7 113 450 kronor i LOU eller 9 484 600 kronor i LUF anser Konkurrensverket inte är motiverat, med hänsyntill de omfattande värden som varje år betalas ut från offentliga verksamheter för sociala tjänster m.m. 2017 betalade stat, kommuner och landsting ut över 184 miljarder kronor för hälso- och sjukvård samt sociala tjänster.<sup>3</sup> Till det kommer, när det inte görs någon skillnad på sociala tjänster och andra tjänster som omfattas av bilaga 2, att det kan ifrågasättas varför upphandlingar av konkurrensutsatt verksamhet som t.ex. post- och paketbefordran, kurirtjänster och hotell- och konferenstjänster inte ska omfattas av åtminstone samma regelverk som de icke direktivstyrda upphandlingarna.

#### 13.3.3 En möjlighet att reservera upphandlingen av vissa tjänster

Konkurrensverket tillstyrker att Sverige använder det utrymme som finns enligt direktiven och inför möjligheten att reservera kontrakt. Konkurrensverket vill dock erinra om att tillämpningsområdena för dessa undantagsbestämmelser är relativt begränsade, och när det avser en avknoppning av verksamhet kan eventuellt kommunallagens (2017:725) regler utgöra ytterligare begränsning för det praktiska tillämpningsområdet. Därför kan det vara angeläget att de myndigheter som vill tillämpa dem ges stöd och vägledning. Samtidigt vill Konkurrensverket framhålla att det kan komma att uppstå svårigheter med att definiera de företag som omfattas av regleringen. Hur det ska gå till behöver klargöras.

#### 13.3.4 Direktupphandlingar

Konkurrensverket avstyrker förslaget att möjliggöra direktupphandlingar av sociala tjänster och andra särskilda tjänster som omfattas av bilaga 2 ända upp till EU:s tröskelvärde på 7 113 450 kronor i LOU eller 9 484 600 kronor i LUF. Enligt Konkurrensverkets mening är det av flera skäl olämpligt.

Det rör sig om omfattande belopp som det offentliga köper in av dessa tjänster. Uppgifterna om offentliga utbetalningar i rapporten *Statistik om offentlig upphandling 2018* ger en fingervisning om konsekvenserna, även om uppgifterna inte omfattar samtliga upphandlande myndigheter. Stat, kommuner och landsting betalade ut över 240 miljarder kronor för tjänster inom SNI-koderna för hälso- och sjukvård samt sociala tjänster (86–88), hotell och restaurang (55–56), post och kurir (53), offentlig förvaltning och försvar (84) samt säkerhet och bevakning (80).<sup>4</sup>

Dessutom kan konstateras att inom de grupper av CPV-koder som i stort sett omfattas fullt ut av bilaga 2 (dvs. 85 *Hälso- och sjukvård samt socialvård*, 55 *Hotell-*,

<sup>3</sup> Konkurrensverket och Upphandlingsmyndigheten, *Statistik om offentlig upphandling 2017* (tabell 2.9), Konkurrensverkets rapportserie 2018:9.

<sup>4</sup> Konkurrensverket och Upphandlingsmyndigheten, *Statistik om offentlig upphandling 2017* (tabell 2.9), Konkurrensverkets rapportserie 2018:9.

*restaurang- och detaljhandelstjänster* samt 6411 *Postgång*) var majoriteten av de annonserade upphandlingarna under tröskelvärdet men över dagens direktupphandlingsgräns. Därmed skulle förslaget innebära en omfattande förändring för förutsättningarna kring upphandling av dessa tjänster. Eftersom den uppföljning som aviserades när de nya direktupphandlingsgränserna infördes 2014 fortfarande inte har genomförts anser Konkurrensverket att det vore bättre om den uppföljningen genomfördes innan en så omfattande förändring av direktupphandlingsgränsen genomförs.

Eftersom det utan ett annonserat förfarande är mycket svårare att känna till att en upphandling genomförs kan en kraftigt höjd direktupphandlingsgräns medföra etableringshinder, inte minst för små och medelstora företag. Att inte använda ett annonserat förfarande och en öppen konkurrens innebär dessutom ökade risker för bland annat korruption. Konkurrensverket anser därför sammantaget att det vore olyckligt att kraftigt utvidga möjligheterna för upphandlande myndigheter och enheter att köpa varor och tjänster utan konkurrensutsättning genom ett annonserat förfarande.

## **Kapitel 15 Direktupphandlingar**

### **15.1 Definition av direktupphandlingar**

Konkurrensverket konstaterar att den av utredningen föreslagna definitionen återspeglar verkliga förhållanden på ett bättre sätt än dagens definition. Den är dock väl snäv eftersom direktupphandlingar inte enbart är oreglerade avseende annonsering utan att det, med några få undantag, är hela förfarandet som är oreglerat. Konkurrensverket har tidigare konstaterat att de välfärdstjänster under cirka 1,9 miljoner kronor som är undantagna från annonseringsskyldigheten inte omfattas av definitionen av direktupphandling. När definitionen ändras bör det tydliggöras att även dessa upphandlingar definitionsmässigt är direktupphandlingar.

### **15.2 När får direktupphandling användas?**

#### *15.2.1 Direktupphandling vid lågt värde*

Konkurrensverket tillstyrker att direktupphandlingsgränsen fastställs till nominella belopp i stället för andel av tröskelvärdena. Konkurrensverket noterar precis som utredningen att den utvärdering av direktupphandlingsgränsen m.m. (som aviserades i samband med förändringen 2014) ännu inte har gjorts. Verket instämmer därför i utredningens bedömning om att det vore lämpligt att en sådan utvärdering görs först, innan några större förändringar av direktupphandlingsgränsen genomförs.

#### *15.2.2 Direktupphandling i samband med överprövning (täckningsköp)*

Att direktupphandla i samband med överprövning är redan möjligt under förutsättning att det föreligger synnerlig brådska. Den nuvarande möjligheten att



direktupphandla på grund av synnerlig brådska tillgodoser, enligt Konkurrensverkets mening, upphandlande myndigheters och enheters behov av täckningsköp vid överprövning. Undantagen är ett område där det är önskvärt med lika regler ovan och under tröskelvärdet.

Den föreslagna regleringen är inte handlingsdirigerande för att upphandlande myndigheter och enheter ska påbörja upphandlingen i god tid, dvs. undvika att hamna i trångmål och behöva direktupphandla på grund av att de själva orsakat tidsbrist i upphandlingen. En nackdel med förslaget om täckningsköp är därmed att det, till skillnad från undantaget för synnerlig brådska, minskar incitamenten att upphandlande myndigheter för påbörja sina upphandlingar i tid.

Konkurrensverket avstyrker därför förslaget om direktupphandling i samband med överprövning, s.k. täckningsköp.

Därutöver kan konstateras att eftersom värdet av täckningsköpet ska räknas samman med värdet på den annonserade upphandlingen, och de tillsammans inte får överstiga tröskelvärdet, kommer det begränsa den praktiska nyttan av bestämmelsen samtidigt som den riskerar att bli förvirrande.

### 15.3 Förfarandet vid direktupphandlingar

#### 15.3.1 Information om beslut vid direktupphandling

Konkurrensverket tillstyrker förslaget eftersom det klargör att det inte uppstår någon avtalsspärr vid tilldelning av direktupphandlade kontrakt som annonserats. Den upphandlande myndighet eller enhet som väljer att annonsera en direktupphandling hamnar därmed inte i ett annat läge när det gäller risk för ansökan om överprövning än den som snabbt sluter ett muntligt avtal t.ex. via telefon.

#### 15.3.2 Dokumentation av direktupphandlingar

Konkurrensverket tillstyrker att det även fortsättningsvis finns en dokumentationsplikt för direktupphandlingar. Hur dokumentation ska ske och vad som ska dokumenteras bör tydliggöras.

Som nämnts tidigare är Konkurrensverket tveksamt till krav i lagstiftningen som det inte är möjligt att kontrollera rättsligt. För att det ska gå att bedriva en effektiv tillsyn bör det till dokumentationsskyldigheten kopplas någon form av sanktion om en upphandlande myndighets eller enhets dokumentation saknas eller är bristfällig.

Konkurrensverkets erfarenhet är att upphandlande myndigheter och enheter ofta saknar dokumentation trots att det finns ett lagstadgat krav på dokumentation. Det finns en risk att en upphandlande myndighet eller enhet som misskött sin dokumentationsplikt kan hamna i ett bättre läge (vid kontroll av efterlevnaden av



upphandlingsregelverket, annat än just dokumentationsplikten) än den som skött sin dokumentation.

Bristande dokumentation försämrar transparens vid upphandling. I detta avseende är det också en klar att 19 a kap. saknar en motsvarighet till den föreslagna 19 kap. 19 § vilket enligt Konkurrensverket måste åtgärdas innan ett nytt 19 a kap. införs. Avsaknaden av en motsvarighet skulle innebära att upphandlande myndigheter och enheter som inte omfattas av arkivlagen, t.ex. privata aktörer i försörjningssektorerna, kan göra sig av med dokumentation och avtal som rör direktupphandlingar så fort det är klart. I praktiken innebär detta att möjligheterna såväl för insyn som för kontroll försvåras.

Konkurrensverket konstaterar att det finns både för- och nackdelar med det gränsvärde på 100 000 kronor som i dag finns för dokumentationsplikten. Att ha en dokumentationsplikt från första kronan är tveksamt på grund av den administrativa belastningen. Förändringar av dokumentationsplikten bör under alla förhållande anstå till den ovan nämnda utvärderingen genomförs.

#### 15.3.3 Riktlinjer

Konkurrensverket tillstyrker att skyldigheten att besluta om riktlinjer för direktupphandlingar behålls. I dag är detta dock ett krav som det saknas förutsättningar att följa upp. För övriga synpunkter avseende riktlinjer se avsnitt 9.2 *Skyldighet att ta tillvara konkurrensen vid direktupphandling*.

#### 15.4 Frivillig förhandsannonsering

Konkurrensverket tillstyrker att den tio dagars avtalsspärr som gäller i förhållande till när en frivillig annonsering av en direktupphandling publicerades behålls. Skälen till detta är i allt väsentligt desamma som varför Konkurrensverket anser att regeln om minst 10 dagars anbudsfrist vid annonspliktiga upphandlingar bör behållas, se avsnitt 12.2.2 *Tidsfrister*.

#### 15.6 Om myndigheten eller enheten väljer att inte direktupphandla

Konkurrensverket bedömer att det är oklart vilken praktisk betydelse den föreslagna 19 a kap. 2 § kommer få. Det gäller särskilt i ljuset av att HFD<sup>5</sup> nyligen konstaterade att det står den upphandlande myndigheten fritt att själv organisera förfarandet på det sätt som är lämpligt för myndigheten, under iakttagande av de allmänna principerna. Av domen framgår även att det förhållandet att myndigheten kan välja att låta sig inspireras av de detaljerade och direktivstyrda reglerna inte medför att de reglerna blir tillämpliga. Om den föreslagna 19 a kap. 2 § införs uppstår frågan hur en bedömning i efterhand ska göras av huruvida den upphandlande myndigheten eller enheten valt att inte direktupphandla eller låtit sig

---

<sup>5</sup> HFD 2018 ref. 60.

inspireras av reglerna i 19 kap.? Denna oklarhet medför en icke obetydlig osäkerhet för upphandlande myndigheter varför Konkurrensverket avstyrker införandet av den föreslagna bestämmelsen.

## 15.7 Beräkning av upphandlingens värde

### *15.7.1 De särskilda reglerna om principer för beräkning vid direktupphandling utgår*

Konkurrensverket tillstyrker att beräkningsreglerna görs likalydande på det direktivstyrda området och det icke direktivstyrda området. Se avsnitt 12.1 *Tillämpningsområdet vid icke direktivstyrd upphandling.*

### *15.7.2 Självständiga separata operativa enheter ska få direktupphandla*

När det gäller beräkningsregler och förhållandet till olika tröskelvärden är det angeläget att de är enhetligt utformade oavsett placering i upphandlingslagarna, se avsnitt 12.1 *Tillämpningsområdet vid icke direktivstyrd upphandling.* Med hänsyn till att självständiga separata operativa enheter inte sammanläggs vid beräkning av huruvida en upphandling överskrider EU:s tröskelvärde är det inte heller rimligt att de läggs samman vid bedömningen om det är tillåtet att direktupphandla i förhållande till direktupphandlingsgränsen. Konkurrensverket tillstyrker därför förslaget.

## **Kapitel 19 Ändringar av LUFS och LUK**

### 19.1 LUFS

Konkurrensverket har inget att invända mot att LUFS ändras i konsekvens med eventuella ändringar i LOU och LUF.

### 19.2 LUK

Konkurrensverket har inget att invända mot att inte ändra reglerna i 15 kap. LUK.

## **Kapitel 25.1 Konsekvenser av förslagen om ett enklare och flexiblare regelverk**

Konkurrensverket anser till skillnad från utredningen att tillsyn över ett flexiblare regelverk är mer resurskrävande vilket innebär att Konkurrensverket kommer behöva ytterligare resurser för att upprätthålla en effektiv tillsyn. I övrigt har verket inga synpunkter på konsekvensbeskrivningen i denna del.

Konkurrensverket konstaterar dock att den nuvarande regleringen för tillsyn över upphandlingsregelverket redan i dag är bristfällig. Konkurrensverket har för avsikt att återkomma angående regleringen av tillsynen på upphandlingsområdet.

## Del 2 – Vissa regler om överprövningsmål

### Övergripande synpunkter

Konkurrensverket konstaterar att både en eventuell ansökningsavgift och processkostnadsansvar sannolikt kommer leda till att syftet med förslagen uppnås, dvs. att inflödet av ärenden om överprövning i förvaltningsdomstolarna kommer minska. Däremot är verket tveksamt till om det är möjligt att beräkna minskningen så konkret som utredningen gör i konsekvensanalysen, se *Kapitel 25.5 Konsekvenser av införandet av ansökningsavgifter och processkostnadsansvar*.

Konkurrensverket konstaterar också att det utöver dessa två förslag enligt uppgift bereds ett tredje, om en preklusionsfrist, som också syftar till att minska inflödet av ärenden om överprövningar. En sammanhållen konsekvensbeskrivning av om ett eller olika kombinationer av de tre förslagen genomförs finns inte i betänkandet. Det är över lag svårt att överblicka konsekvenserna om flera av dessa åtgärder genomförs på samma gång. Konkurrensverket avstyrker mot den bakgrunden ett samtidigt införande av de aktuella förslagen.

I valet mellan ansökningsavgift och processkostnadsansvar anser Konkurrensverket att man i första hand bör införa en ansökningsavgift. Framför allt eftersom en reglering om processkostnadsansvar är mer komplex och i vissa avseende problematisk.

När regelverket genomgår en större förändring som innebär ökad flexibilitet är alla delar av tidigare utarbetad praxis inte längre tillämpbar. Därmed uppstår en period då behovet av förtydliganden via rättspraxis ökar. Enligt Konkurrensverket medför det att det är mindre lämpligt att införa ansökningsavgifter och/eller processkostnadsansvar samtidigt med sådana större förändringar av det materiella regelverket för offentlig upphandling som föreslås i den första delen av betänkandet. Konkurrensverket avstyrker därför att under dessa förutsättningar införa vare sig ansökningsavgift eller processkostnadsansvar.

Om ansökningsavgift och/eller processkostnadsansvar ska införas har Konkurrensverket dessutom synpunkter på utformningen och en del av övervägandena, dessa redogörs för nedan.

### Kapitel 21 Processkostnadsansvar

Konkurrensverket konstaterar att den föreslagna författningslösningen för att införa ett processkostnadsansvar är tekniskt sett godtagbar. Det som kommer bli mycket svårt är däremot den praktiska tillämpningen.

Det är enligt Konkurrensverket bra att det i författningstexten inte regleras i detalj vem som vinner eller förlorar i vissa givna situationer utan att det blir en fråga för domstolen. Samtidigt kommer det i den praktiska tillämpningen finnas ett antal situationer då det är svårt att säga vem som är vinnare eller förlorare.

En viktig aspekt som inte berörs i betänkandet avseende avbrytande och vilken part som då ska anses vara "vinnande" är att upphandlande myndigheter har ett stort handlingsutrymme när det gäller att motivera sina avbrytanden. Om en upphandlande myndighet eller enhet vet med sig att ett avbrytande på vissa grunder medför ett processkostnadsansvar torde det medföra ett incitament att motivera avbrytandet på andra grunder för att slippa processkostnadsansvar. Det är inte en rättssäker situation om upphandlande myndigheter och enheter i viss mån kan styra vem som får processkostnadsansvaret genom hur de motiverar ett avbrytande av en upphandling som blivit föremål för överprövning.

I vissa fall kan en upphandling avbrytas med motiveringen att tilltänkt avtalstidpunkt passerats på grund av en överprövning men det finns inte någon skyldighet för upphandlande myndigheter eller enheter att ta höjd för detta vid sin planering eller annonsering. Inte heller påverkas handläggningen i domstol av tidsaspekten. Sammantaget kan det bidra till att det blir svårt att avgöra vem som är vinnare eller förlorare vid avbrytande i sådana fall.

Konkurrensverket har tidigare tillstyrkt Överprövningsutredningens förslag för att återställa jämvikten mellan parterna i upphandlingsmål. Konkurrensverket konstaterar att Förenklingsutredningen framför att det skulle kunna finnas rättsliga hinder mot att genomföra Överprövningsutredningens förslag, samtidigt har det sedan Förenklingsutredningen presenterade sitt yttrande tillkommit ytterligare praxis som rör detta. Sammantaget innebär det att det behövs ytterligare utredning av såväl huruvida behovet att ändra rättsläget genom lagstiftning fortfarande finns och hur det i så fall ska ske.

I processkostnadsansvaret omfattas såväl eget arbete och tidsspillan som arvode till ombud eller biträde, och det gäller även när upphandlande myndigheter ska få ersättning av den som ansökt om överprövning. Det innebär att en offentlig verksamhet kan få ersättning för eget arbete och tidsspillan vilket vore ett avsteg från vad som är brukligt. Frågan behandlas inte närmare i betänkandet men behöver beredas ytterligare innan ett processkostnadsansvar införs.

Den föreslagna regleringen innebär att inköpscentraler får stå för processkostnadsansvaret för ramavtal de upphandlar medan det vid en ombudsupphandling är de upphandlande myndigheterna och enheterna som ska tillämpa avtalet som får bära processkostnadsansvaret. En fråga som då uppstår är hur många inköpscentraler som kommer att ta risken att stå processkostnadsansvaret för de upphandlande myndigheter och enheter de hjälper? Omvänt finns det en fråga om hur många upphandlande myndigheter och enheter som vill delta i en ombudsupphandling och eventuellt få ta processkostnadsansvaret om ombudet gör en bristande upphandling? Finns det därmed en risk att användningen av centraliserade upphandlingar minskar i omfattning på grund av ett införande av processkostnadsansvar och är det i så fall en önskvärd utveckling?

Utredningens förslag om processkostnadsansvar skulle kunna medföra ett ökat incitament för mallupphandlingar, dvs. att återanvända särskilt sådana upphandlingar som redan har testats i överprövningar. Det är inte givet att det vore utvecklande för den offentliga upphandlingen eftersom en ökad användning av mallupphandlingar innebär att upphandlande myndigheter i mindre utsträckning prövar nya lösningar och upphandlingsformer samt att möjligheterna till innovation i eller genom upphandlingarna minskar.

Konkurrensverket konstaterar också att incitamenten med såväl processkostnadsansvar som ansökningsavgifter kan slå oproportionerligt mot små upphandlingar. Det kan vara svårt för en leverantör att motivera risktagandet avseende processkostnadsansvaret för att ansöka om överprövning om upphandlingen avser ett lägre värde.

## **Kapitel 22 Ansökningsavgifter**

Det är angeläget att en eventuell ansökningsavgift är balanserad. En för lågt satt ansökningsavgift kommer inte medföra någon skillnad i inflödet av ärenden mer än på marginalen, vilket talar för en högre avgift än den föreslagna. Samtidigt kan en allt för hög ansökningsavgift få oönskade effekter och det skulle kunna i förlängningen ifrågasättas om Sverige har rättsmedel som uppfyller EU:s rättsmedelsdirektiv. Utredningen föreslår att det ska införas såväl en ansökningsavgift och processkostnadsansvar. Om endast en ansökningsavgift införs bör därför förnyade överväganden göras för avgiftens storlek.

En aspekt på frågan om ansökningsavgifter som inte berörs i betänkandet är att en leverantör som begär överprövning inte är garanterad att tilldelas ett kontrakt även om den når framgång med sin talan. Frågan som då uppstår är om det är en bra ordning att ålägga leverantörer att betala för en möjlighet att lämna nytt anbud om upphandlingen görs om på grund av domstolens bedömning eller för att upphandlande myndighet väljer att avbryta?

Utredningens förslag innebär att den som betalat en ansökningsavgift har rätt till ersättning för den om man vinner målet via processkostnadsansvaret. Någon teknisk lösning för den frågan finns dock inte om inte förslaget om processkostnadsansvar införs samtidigt. Därför bör det vid ett införande av enbart ansökningsavgift övervägas om den som har betalat ansökningsavgiften bör få ersättning för den om domstolen anser att denna haft framgång i målet.

## **Kapitel 25.5 Konsekvenser av införandet av ansökningsavgifter och processkostnadsansvar**

Konkurrensverket instämmer i Förenklingsutredningens konstaterande att såväl ansökningsavgift som processkostnadsansvar sannolikt kan leda till en minskning av antalet överprövningsmål. I likhet med utredningen konstaterar Konkurrensverket att olika kombinationer av regelförändringar och andra åtgärder avseende rättsmedlen kan få svårförutsägbara effekter.

Samtidigt som utredningen kostnaterar att förslagen har svårförutsägbara effekter har minskningen kvantifierats till 5 procent med enbart ansökningsavgift, 20 procent med enbart processkostnadsansvar och 15 procent om båda införs. Hur utredningen kommit fram till just dessa tal är oklart.

Som angivits ovan anser Konkurrensverket att detta talar för att de bägge förslagen under alla förhållanden inte ska genomföras samtidigt.

Vilka andra samhällsekonomiska effekter som kan väntas av införandet av ansökningsavgifter och/eller processkostnadsansvar är inte tydligt belyst, särskilt om de kombineras med t.ex. införande av en preklusionsfrist.

Utredningen avfärdar eventuella samhällsekonomiska kostnader av förslagen med att de är mycket svåra att mäta och att det inte ingått i uppdraget att göra någon uppskattning av de positiva och negativa samhällsekonomiska effekterna. Detta argument framstår som mindre väl valt eftersom utredningen inte heller har kunnat kvantifiera nyttan med förslagen på ett trovärdigt sätt.

Konkurrensverket har inget att invända mot konsekvensbeskrivningen avseende hur ett införande av ansökningsavgift och/eller processkostnadsansvar påverkar Konkurrensverkets tillsynsverksamhet.

## **Del 3 – Gemensamma överväganden**

### **Kapitel 24 Ikraftträdande- och övergångsbestämmelser**

När det gäller tidpunkten för införandet vill Konkurrensverket framhålla att det i dagsläget pågår ett flertal processer som avser förändringar av upphandlingsregelverket som är delvis överlappande. Att samordna lagstiftningsärendena är av flera skäl angeläget. Flera materiella ändringar av samma regler på kort tid skapar en ökad osäkerhet för aktörerna och problem i tillsynsverksamheten.

Förändringar av den omfattningen som föreslås för 19 och 19 a kap. medför också att de företag som tillhandahåller allmänt tillgängliga annonsdatabaser behöver ändra delar av databaserna och det interface som användarna möter. Det utgör en kostnad som i förlängningen kommer att belasta de upphandlande myndigheterna och enheterna. Två andra förändringar som kommer påverka dessa företag i stor omfattning och som kan föranleda att de behöver ändra annonsdatabaserna är aktuella, nämligen förslagen om upphandlingsstatistik<sup>6</sup> och införandet av nya eForms<sup>7</sup>. För att minska kostnaderna är det angeläget att samordna införandet av dessa tre förändringar.

Därutöver anser Konkurrensverket anser att det i det fortsatta lagstiftningsarbetet bör klargöras att fastställandet av när en upphandling påbörjats utgår från det prejudicerande avgörandet i HFD 2013 ref. 31.

---

<sup>6</sup> Statistik på upphandlingsområdet (Ds 2017:48)

<sup>7</sup> En uppdatering av EUs standardformulär för annonsering av upphandlingar.



## Författningsförslagen och författningskommentarerna

I det följande kommenterar Konkurrensverket utformningen av förslaget till lag om ändring i lagen (2016:1145) om offentlig upphandling jämte vissa delar i författningskommentaren (kapitel 26). Kommentaren omfattar i tillämpliga delar även förslag till lag om ändring av lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna och förslag till lag om ändring av lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

Genomgående konstaterar Konkurrensverket att författningskommentarerna är i övervägande delar otillräckliga och behöver utvecklas. Med tanke på att det avseende 19 kap. och 19 a kap. är i stora delar ny lagstiftning där lagtexten ger mindre vägledning än tidigare anser Konkurrensverket att författningskommentaren är allt för begränsad och bör utformas så att den ger mer vägledning än den gör i betänkandet. Eftersom det är ett genomgående problem har Konkurrensverket valt att inte kommenterat detta vid varje paragraf. I stället har behovet av förtydliganden konkretiserats för paragrafer där denna brist är särskilt tydlig.

### Förslaget till lag om ändring i lagen (2016:1145) om offentlig upphandling

Synpunkter och kommentarer i denna del gäller även motsvarande förslag i förslag till lag om ändring av lagen om upphandling inom försörjningssektorerna och förslag till lag om ändring av lagen om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet

19 kap. Annonspiktiga upphandlingar under tröskelvärdena och annonspiktiga upphandlingar av tjänster enligt bilaga 2

19 kap. 2 §

#### Författningsförslaget

Konkurrensverket välkomnar att principerna för upphandling nämns i 19 kap. i stället för endast en hänvisning till de direktivstyrda delarna (nuvarande 19 kap. 2 § fjärde strecksatsen).

19 kap. 3 §

#### Författningsförslaget

Konkurrensverket ifrågasätter lämpligheten av att införa nya termer enligt förslaget ("metoder för upphandling" och "tekniker och instrument för upphandling"). Begreppens närmare innebörd är oklar.

#### Författningskommentaren

Författningsförslaget är mycket allmänt hållet och ger upphandlande myndigheter och enheter en betydande frihet att utforma förfarandet vid upphandlingar. Enligt Konkurrensverket borde författningsförslaget därför ha kommenterats ingående i författningskommentaren. En sådan kommentar borde bland annat ha

avsett betydelsen av principerna för upphandling (19 kap. 2 §) vid myndighetens/enhetens utformning av förfarandet vid upphandling, däribland det krav på att beskriva upphandlingsförfarande och tilldelningskriterier i annonsen som följer av transparensprincipen.

*19 kap. 6 §*

#### **Författningsförslaget**

Det bör framgå av lagtexten att annonsen ska publiceras på allmänt tillgänglig plats (jfr. 19 kap. 9 § i nu gällande lydelse). Ett sådant förtydligande säkerställer efterlevnad av de krav på insyn som följer av transparensprincipen.

*19 kap. 8 §*

#### **Författningskommentaren**

Om minimiregeln om 10 dagars anbudsfrist tas bort i enlighet med förslaget, vilket Konkurrensverket avstyrker, efterfrågar Konkurrensverket i författningskommentaren vägledning för hur en bedömning ska göras av vad som är "skälig" tid för inlämnande av anbud.

*19 kap. 9 §*

#### **Författningskommentaren**

Konkurrensverket efterfrågar vägledning för den lämplighetsbedömning som föreskrivs.

*19 kap. 12 §*

#### **Författningsförslaget**

Av den föreslagna 2 § följer att all upphandling enligt kapitel 19 ska vara förenlig med de allmänna principerna för upphandling, vilket därmed även inkluderar dialog i upphandlingar enligt 12 §. Enligt Konkurrensverket bör det ändå framgå av 12 § att all dialog måste ske på ett sätt som är förenligt med de allmänna principerna för upphandling (jfr. 4 kap. 9 § andra stycket i nu gällande lydelse).

#### **Författningskommentaren**

Konkurrensverket efterfrågar kommentar kring vilka krav som följer av principerna för upphandling, särskilt principerna om likabehandling och transparens, vid dialog med en eller flera leverantörer. Vidare bör det klargöras att den dokumentationsplikt som råder vid kommunikering i upphandlingar (19 kap. 9 § i förslaget) även omfattar dialog enligt 12 §.

Utrymmet för förhandling genom dialog (tredje stycket) behöver kommenteras, särskilt i förhållande till principerna för upphandling. Som förslaget är utformat framstår utrymmet för förhandling med en leverantör om alla aspekter i upphandlingsdokumentet (förutom minimikrav och tilldelningskriterier) som oklart.

*19 kap. 19 §*

**Författningsförslaget**

Konkurrensverket konstaterar att den nuvarande utformningen av tredje stycket innebär att upphandlande myndigheter och enheter som inte omfattas av arkivlagen, till exempel en privat aktör i försörjningssektorerna, kan slänga ett avtal som inte har någon löptid utan avser ett enstaka köp så fort köpet är avslutat. Något som i praktiken innebär att möjligheterna att kontrollera och upprätthålla efterlevnaden av regelverket försvåras, för att inte säga omöjliggörs. En sådan situation skapar större hinder än vad som är lämpligt för såväl tillsyn som ansökan om överprövning av upphandlingen. Denna situation är enligt Konkurrensverkets mening inte tillfredsställande.

Konkurrensverket anser därför att det vore en bättre ordning att även handlingar enligt tredje stycket ska sparas under hela kontraktstiden, men minst under samma tid som anges i andra stycket (dvs. fyra år). En sådan lösning skulle tillgodose tillsynsmyndighetens behov av att få tillgång till handlingar som behövs för att ta ställning i tillsynsbeslut mot upphandlande myndigheter och enheter som inte omfattas av arkivlagen, till exempel privata aktörer i försörjningssektorerna. Vidare skulle en sådan ordning medföra att det inte uppställs onödiga hinder för leverantörer om de vill ansöka om överprövning av upphandlingen.

*19 a kap. Direktupphandlingar*

**Författningsförslaget**

Förenklingsutredningens förslag saknar en motsvarighet till 19 kap. 19 §. Konkurrensverket anser att en sådan måste tillföras om ett nytt 19 a kap. införs. I detta kapitel är det viktigt att det finns en samstämmighet mellan hur länge dokumentationen av direktupphandlingen och avtalet ska sparas, se Ovan angående 19 kap. 19 §. Annars kommer det i praktiken att skapas orimliga hinder mot såväl talan om ogiltighet och upphandlingsskadeavgift som annan form av tillsyn.

*19 a kap. 3 §*

**Författningsförslaget**

Det tredje stycket avser kontrakt som är av bestämt gränsöverskridande intresse i den mening som följer av EU-domstolens praxis. Det bör övervägas att utforma stycket på ett sätt som tydliggör detta genom att använda begreppet "bestämt gränsöverskridande intresse". Begreppet får anses väl etablerat i domstolens praxis.

**Författningskommentaren**

Konkurrensverket efterfrågar en konkretisering i författningskommentaren av vad som är en "rimlig proportion" i första stycket mellan kostnaderna för att genomföra en upphandling och upphandlingens uppskattade värde. Likaså behövs ledning i hur en sådan bedömning ska göras.

Innebörden av kravet på att upphandlingar ska genomföras på ett sakligt och opartiskt sätt bör beskrivas (andra stycket).

Likaså bör omständigheter som medför att ett kontrakt har ett bestämt gränsöverskridande intresse beskrivas i en författningskommentar.

*19 a kap. 4 §*

**Författningsförslaget**

Ordet "eller" saknas i slutet av första punkten.

*19 a kap. 5 §*

**Författningskommentaren**

Konkurrensverket efterfrågar ett förtydligande att samma rekvisit gäller för direktupphandling vid synnerlig brådska enligt andra punkten som vid de direktivstyrda delarna. På så vis skulle det tydliggöras att EU-domstolens praxis rörande synnerlig brådska även fortsättningsvis är tillämplig när värdet av upphandlingen understiger tillämpligt tröskelvärde.

Konkurrensverket efterfrågar överväganden om innebörden av "synnerliga skäl" (punkt 2) i författningskommentaren.

*19 a kap. 6 §*

**Författningsförslaget**

Det bör förtydligas att täckningsköp endast kan avse kontraktsföremål som den upphandlande myndigheten/enheten tidigare har upphandlat, men upphandlingen har blivit föremål för överprövning och övriga åtgärder som anges i punkt 1–3.

Den närmare innebörden av rekvisitet "angeläget behov" är oviss och förslagets utformning innebär oklarheter i fråga om vilka behov hos upphandlande myndigheter och enheter som är angelägna. Oklarheten förstärks av att frågan inte behandlas i författningskommentaren.

**Författningskommentaren**

Innebörden av den föreslagna begränsningen av avtalets omfattning och löptid är oklar. Konkurrensverket efterfrågar överväganden om innebörden av detta krav på nödvändighet samt hur en bedömning om det föreligger nödvändighet ska göras. En exemplifiering av vad som är nödvändig löptid och omfattning av ett avtal respektive vad som inte är det hade varit önskvärd. Det bör även klargöras vilken "upphandling" som åsyftas i sista stycket.

**Särskilt om förslag till lag om ändring i lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet**

*16 kap. 13 a § 1*

**Författningsförslaget**

Hänvisningarna till 19 a kap. ska rätteligen avse 15 a kap.

*16 kap. 13 a § 3*

**Författningsförslaget**

Hänvisningarna till 19 kap. ska rätteligen avse 15 kap.

---

Detta yttrande har beslutats av generaldirektören. Föredragande har varit rådet Karin Morild.

Rikard Jermsten

Karin Morild