

15 förslag till förbättrad upphandlingslagstiftning



OM ADVOKATFIRMAN KAHN PEDERSEN

Advokatfirman Kahn Pedersen hjälper myndigheter använda offentlig upphandling som ett verktyg inom bland annat offentlig digitalisering, samhällsbärande infrastruktur samt säkerhet och beredskap.

Vårt övergripande intryck av det nuvarande upphandlingsrättsliga regelverket är att det, rätt använt, är ändamålsenligt för att uppnå en robust och välbalanserad affär mellan det offentlig och det privata. Med detta sagt är det dock tydligt att vissa delar bör ändras, utvecklas och moderniseras. Det finns också behov av förtydliganden och, i vissa delar, kodifiering med anledning av utvecklingen i EU-domstolens rättspraxis.

I denna skrift beskriver vi de synpunkter vi har lämnat till EU-kommissionen med anledning av kommissionens arbete med översyn av upphandlingsdirektiven. Vi har helt enkelt valt ut några bestämmelser i upphandlingsdirektiven som vi menar har förbättringspotential.



Innehåll

1. Förhandlat förfarande	4
2. Teckal-undantaget	6
3. Hamburg-undantaget.....	9
4. Beredskapsavtal och offentlig upphandling.....	12
5. Uppdatering av uteslutningsgrunderna	17
6. Komplettering och förtydligande av anbud	22
7. Hyresundantaget – Tredjemansupphandling	25
8. Definitionen av byggentreprenadkontrakt	29
9. Onormalt låga anbud	30
10. Tidpunkt för tillgång till upphandlingsdokumenten.....	33
11. Skyldigheten att motivera varför en upphandling inte delats upp	35
12. Begränsningen av löptiden för ramavtal.....	36
13. Ogilliga, olämpliga och oacceptabla anbud.....	39
14. Tredjelandsleverantörers tillgång till EU-marknaden ...	43
15. ESPD-systemet bör avskaffas	46

1. FÖRHANDLAT FÖRFARANDE

Förhandlat förfarande med föregående annonsering bör tillåtas utan angivande av skäl även i den klassiska sektorn.

Möjligheterna för upphandlande myndigheter i den klassiska sektorn (dvs. vid upphandling enligt LOU) att använda sig av förhandlat förfarande med föregående annonsering har historiskt sett utökats varje gång nya direktiv om upphandling antagits av unionslagstiftaren.

För upphandlande enheter som omfattas av LUF är det alltid tillåtet att välja förhandlat förfarande med föregående annonsering. Detta förfarande är med andra ord alltid ett tillgängligt alternativ för upphandlande enheter.

För upphandlande myndigheter som tillämpar LOU finns det dock fortfarande vissa begränsningar i möjligheterna att använda förhandlat förfarande med föregående annonsering, på så sätt att förfarandet endast får användas i de situationer som (uttömmande) anges 6 kap. 6-7 §§ LOU. Även om denna reglering innebär en utökning av möjligheterna för upphandlande myndigheter att använda förhandlat förfarande med föregående annonsering jämfört med 2007 års LOU, innebär det att upphandlande myndigheter i flera fall går miste om de möjligheter till goda offentliga affärer som förhandlingar kan öppna för.

Vår erfarenhet är att de begränsningar som fortfarande gäller för upphandlande myndigheter ger oönskade effekter, både för myndigheterna och för de allmännyttiga intressen som de har att tillgodose. Även leverantörer brukar se positivt på möjligheten till förhandlingar.

Begränsningarna framstår också som onödiga. Det finns, enligt vår mening, inget som talar för att upphandlande myndigheter inte skulle vara kapabla att använda förhandlat förfarande med föregående annonsering på ett lika ansvarsfullt och korrekt sätt som upphandlande enheter. Det finns inte heller något som talar för att det förhandlade förfarandet med föregående annonsering i sig skulle medföra större risker för överträdelser av de grundläggande unionsrättsliga principerna.

Mot den bakgrunden anser vi att det förhandlade förfarandet med föregående annonsering alltid bör tillåtas för upphandlande myndigheter, dvs. utan krav på särskilda skäl eller förutsättningar, på samma sätt som det redan är tillåtet för upphandlande enheter.

Det bör även övervägas om inte möjligheterna att genomföra förhandlingar inom ramen för konkurrenspräglad dialog bör utökas på motsvarande sätt, eftersom vår erfarenhet är att bristen på möjlighet att förhandla är en av de faktorer som avskräcker från användning av konkurrenspräglad dialog.

2. TECKAL-UNDANTAGET

Teckal-undantaget bör formuleras på ett mer lättläst sätt.

Det så kallade Teckal-undantaget (artikel 12 i direktiv 2014/24/EU, genomfört i 3 kap. 11-16 §§ LOU) har formulerats på ett onödigt svårläst sätt. Artikeltexten i LOU-direktivet är mångordig, utan att för den sakens skull göra undantaget lättare att läsa, tolka eller tillämpa.

I fråga om avtal mellan "koncernsyskon" kan det dessutom konstateras att det är oklart vilken av aktörerna (köparen eller säljaren) som måste uppfylla verksamhetskriteriet.

Vi föreslår att undantaget formuleras om, och att undantaget istället beskrivs på ett mer kortfattat och pedagogiskt sätt. Nedan följer ett exempel på hur Teckal-undantaget skulle kunna formuleras i ett framtida LOU-direktiv, i syfte att underlätta bestämmelsens tillämpning.

"Artikel X

1. *Ett offentligt kontrakt som en upphandlande myndighet tilldelar en annan juridisk person ska inte omfattas av tillämpningsområdet för detta direktiv om följande tre villkor är uppfyllda:*
 1. *Kontrollkriteriet.*
 2. *Verksamhetskriteriet.*
 3. *Kriteriet om avsaknad av privat ägarintresse.*

2. Kontrollkriteriet är uppfyllt i följande situationer:
- a) Den upphandlande myndigheten utövar kontroll över den berörda juridiska personen motsvarande den som den utövar över sin egen förvaltning.
 - b) Den upphandlande myndigheten kontrolleras av den andra juridiska personen på motsvarande sätt som beskrivs i led a.
 - c) Den upphandlande myndigheten och den andra juridiska personen är under kontroll av samma part på motsvarande sätt som beskrivs i led a.

Kontrollkriteriet kan också uppfyllas gemensamt av flera upphandlande myndigheter tillsammans, förutsatt att följande villkor är uppfyllda:

- a) Den kontrollerade juridiska personens beslutsorgan består av representanter från samtliga deltagande upphandlande myndigheter. Enskilda representanter får företräda flera eller samtliga av de deltagande upphandlande myndigheterna.
- b) Dessa upphandlande myndigheter har tillsammans ett avgörande inflytande såväl över den kontrollerade juridiska personens strategiska mål som över dess viktiga beslut.
- c) Den kontrollerade juridiska personen har inget eget intresse som strider mot de kontrollerande upphandlande myndigheternas intressen.

Kontroll över en juridisk person, i den mening som avses i första stycket i denna punkt, föreligger om den kontrollerande parten har ett avgörande inflytande över den kontrollerade juridiska personens strategiska mål och viktiga beslut. Sådan kontroll kan också utövas av en annan juridisk person, som

själv kontrolleras på samma sätt av den kontrollerande parten.

3. *Verksamhetskriteriet är uppfyllt om den juridiska personen utför mer än 80 % av sin verksamhet för*
 - a) *den upphandlande myndighetens räkning,*
 - b) *andra juridiska personer som den upphandlande myndigheten utöver kontroll över,*
 - c) *andra juridiska personer som är under kontroll av samma juridiska person som kontrollerar den upphandlande myndigheten, eller*
 - d) *andra juridiska personer som utövar kontroll över den upphandlande myndigheten.*

När den upphandlande myndigheten står under kontroll av sin motpart är verksamhetskriteriet uppfyllt om den upphandlande myndigheten utför mer än 80 % av sin verksamhet för den eller de juridiska personer som kontrollerar myndigheten.

4. *Kriteriet om avsaknad av direkt privat ägarintresse är uppfyllt om det inte finns något direkt privat ägarintresse i den kontrollerade juridiska personens kapital med undantag för icke-kontrollerande och icke-blockerande former av privat ägarintresse i kapital som krävs enligt bestämmelser i nationell lagstiftning, i överensstämmelse med fördragen, och som inte utövar ett avgörande inflytande över den kontrollerade juridiska personen.”*

3. HAMBURG-UNDANTAGET

Verksamhetskriteriet i Hamburg-undantaget bör tas bort.

Undantaget för så kallad gemensam upphandling (Hamburg-undantaget) framgår av 3 kap. 17-18 §§ LOU. Enligt de bestämmelserna omfattas inte kontrakt som ingåtts mellan två eller flera upphandlande myndigheter om vissa villkor är uppfyllda.

För det första ska kontraktet inrätta eller genomföra ett samarbete som ska säkerställa att offentliga tjänster tillhandahålls och syfta till att myndigheternas gemensamma mål ska uppnås. För det andra ska samarbetet endast styras av överväganden som hänger samman med allmänintresset. Slutligen krävs att omfattningen av de deltagande myndigheternas verksamhet på den öppna marknaden understiger 20 procent av den verksamhet som berörs av samarbetet.

Att det ska vara fråga om ett samarbete som styrs av allmänintresset och som syftar till att nå mål som är gemensamma för myndigheterna utgör en kodifiering av EU-domstolens tidigare praxis. Däremot har EU-domstolen inte uttalat något om att myndigheternas verksamhet på den öppna marknaden måste vara begränsad. Att ett verksamhetskriterium gäller som en förutsättning vid gemensam upp-

handling har alltså tillkommit genom lagstiftningen i EU-direktiven.

Verksamhetskriteriet vid gemensam upphandling (Hamburg-undantaget) motsvarar verksamhetskriteriet vid intern upphandling (Teckal-undantaget) och förefaller vara tydligt inspirerat av det.

Verksamhetskriteriet vid intern upphandling har dock en tydlig koppling till det för intern upphandling specifika kontrollkriteriet – som inte gäller vid gemensam upphandling – på så sätt att en juridisk persons självständighet, gentemot den organisation som kontrollerar den, ökar om den bedriver extern verksamhet i mer betydande omfattning. Detta framgår av uttalanden från EU-domstolens praxis.

Enligt vår mening är behovet av ett verksamhetskriterium inte lika påtagligt vid gemensam upphandling, eftersom det inte råder något kontrollförhållande mellan parterna. Det är också tveksamt om de myndigheter som deltar i samarbetet åtnjuter några egentliga konkurrens fördelar av samarbetet som de sedan kan utnyttja på den öppna marknaden.

Det finns också en rad frågor om hur verksamhetskriteriet vid gemensam upphandling ska tillämpas. Det framgår exempelvis inte av LOU-direktivet eller av dess skäl vad som menas med verksamhet på den "*öppna marknaden*". Det är oklart om all verksamhet som riktas mot någon annan juridisk person än den myndighet som det aktuella samarbetet sker med ska ses som verksamhet på den öppna marknaden.

Frågan är vad som gäller om en myndighet bedriver samma typ av verksamhet i flera olika separata samarbeten för att nå gemensamma mål med olika myndigheter. En möjlig tolkning är att med "*verksamhet på den öppna marknaden*" endast avses sådan verksamhet som myndigheten tillhandahåller mot ekonomisk ersättning, men om den tolkningen är korrekt framgår inte av direktivet. En annan fråga är hur den verksamhet som berörs av samarbetet ska avgränsas.

Det är inte klart om det är det *den typ av verksamhet* som bedrivs inom samarbetet som avses eller om det endast är *den verksamhet som faktiskt bedrivs* inom samarbetet som avses.

Sammanfattningsvis är verksamhetskriteriet vid gemensam upphandling svårtolkat. Dessutom kan det ifrågasättas om det finns något egentligt behov av ett verksamhetskriterium vid gemensam upphandling, eftersom det inte finns något kontrollförhållande mellan parterna.

Eftersom verksamhetskriteriet inte verkar vara nödvändigt, och dessutom är otydligt, bör det tas bort från undantaget för gemensam upphandling.

4. BEREDSKAPSAVTAL OCH OFFENTLIG UPPHANDLING

Förutsättningarna för näringslivets deltagande i totalförsvaret bör förbättras.

Sverige har en lång tradition av ett starkt civilt försvar byggt på ett engagerat näringsliv. Fram till kalla krigets slut byggde detta försvar på att olika samhällsviktiga företag tecknade avtal med staten som tydliggjorde *dels* vad dessa företag förväntades göra i händelse av höjd beredskap eller krig, *dels* hur dessa företag skulle förbereda sin verksamhet inför höjd beredskap eller krig.

Detta system med ett stort antal företag som genom avtal åtog sig att delta i totalförsvaret kallades företagsplanläggning eller K-företagssystemet. Avtalen var i de allra flesta fall ersättningslösa och byggde på en insikt hos det enskilda företaget att detta, i egenskap av den samhällsviktiga verksamhet de bedrev, också hade ett ansvar för att se till att denna verksamhet kan upprätthållas vid höjd beredskap eller krig.

Det förekom emellertid också att staten, genom avtalen, helt eller delvis finansierade sådana robusthetshöjande åtgärder som företaget behövde vidta för att förbättra samhällets beredskap.

Med anledning av Rysslands fullskaliga invasion av Ukraina har frågan om att återinföra denna typ av system aktualiserats. En naturlig förutsättning för ett sådant återinförande är dock att det sker på ett sätt som är förenligt med upphandlingsdirektiven. För att skapa bästa möjliga förutsättningar för en modern företagsplanläggning och ett mer robust totalförsvaret, både i Sverige och Europa, vill vi emellertid efterlysa följande förtydliganden och tillägg i upphandlingsdirektiven.

Förtydligande om att "ersättningslösa" beredskapsavtal inte omfattas av upphandlingsdirektiven

Majoriteten av de avtal som kommer att behöva ingås med näringslivet handlar om att skapa planeringsförutsättningar för det enskilda företaget och statens samverkan i händelse av höjd beredskap eller krig. I avtalen regleras exempelvis vilken krigsorganisation det aktuella företaget ska ha, vilka redundansåtgärder som företaget vidtar (och ska vidta) för att säkerställa leverans även vid ansträngda förhållanden, vilka kontaktvägar som ska finnas i krig och vid höjd beredskap samt hur parterna gemensamt ska öva inför höjd beredskap och krig.

I vissa fall kan avtalen också reglera hur företaget ska prioritera bland sina kunder vid höjd beredskap eller krig för att undvika bunkring och säkerställa största möjliga nytta för totalförsvaret. Avtalen kan också innehålla regleringar av hur företagen ska hantera prissättning och kostnadsökningar i en krigssituation samt en rätt för staten att beställa de aktuella

totalförsvarsviktiga varorna och tjänsterna med prioritet vid höjd beredskap eller krig.

Vår bedömning är att denna typ av avtal inte utgör upphandlingskontrakt eftersom de, vid fredstida förhållanden, vare sig innebär en skyldighet för staten att utge ersättning till företaget eller för företaget att leverera en tjänst, vara eller byggentreprenad till staten. Eventuell leveransskyldighet inträder enligt avtalen istället först vid en krigssituation. I en sådan situation har statens intresse av ett fungerande totalförsvar företräde framför den fria rörligheten.

För att underlätta återupptagandet av Sveriges företagsplanläggning inför höjd beredskap, och för att inte orsaka onödiga fördröjningar av detta arbete, vore det önskvärt med ett förtydligande om att avtal som avser medlemsstatens och näringslivets gemensamma förberedelser inför höjd beredskap och krig, men som inte innebär någon rätt till ersättning för leverantören i fredstid, inte omfattas av upphandlingsdirektiven.

Möjlighet att reservera upphandling för sådana företag som också ingått beredskapsavtal och därmed deltar i företagsplanläggningen

Även vad avser vissa fredstida samhällsviktiga leveranser kan det vara relevant för upphandlande organisationer att, förutom att uppställa olika robusthetshöjande leveranskrav, reservera deltagande i upphandlingen av dessa leveranser åt sådana företag som visar särskild beredskapsmognad och

engagemang i Sveriges totalförsvaret. Det kan exempelvis röra sig om att företaget har ingått ett sådant ersättningslöst beredskapsavtal som vi beskriver ovan.

Det skulle i så fall finnas två syften med denna typ av reserverade upphandlingar. För det första skapar det möjlighet att gynna denna typ av ansvarskännande företag, samtidigt som konkurrensutsättning av villkoren för den fredstida leveransen sker dem emellan. För det andra säkerställer det att de leverantörer som kommer i fråga för tilldelning har ett sådant totalförsvarengagemang som är nödvändigt för att anförtros tillhandahållandet av den aktuella fredstida samhällsviktiga leveransen.

En förutsättning för ett sådant system med reserverad upphandling för beredskapsföretag är naturligtvis att möjligheten att ingå ett ersättningslöst beredskapsavtal även erbjuds företag från andra medlemsstater, förutsatt att dessa klarar de säkerhetsprövningar och liknande som ofta krävs för att få ingå ett beredskapsavtal.

Tydligare möjlighet att ställa olika robusthetshöjande krav även vad avser fredstida leveranser

Den rådande försvarspolitiska situationen har tydliggjort behovet för upphandlande myndigheter att ställa olika robusthetshöjande krav även utanför försvars- och säkerhetsupphandlingsdirektivets tillämpningsområde.

Det bör mot denna bakgrund förtydligas i alla upphandlingsdirektiv att den upphandlande myndigheten har rätt att ställa sådana robusthets- och redundanskrav som myndigheten bedömer vara nödvändiga för att leveransen ska kunna tryggas även vid höjd beredskap eller andra ansträngda förhållanden.

Sådana krav kan exempelvis inkludera krav på lokal lagerhållning och produktionskapacitet, alternativa produktions sätt, legotillverkning eller övertagande av produktion.

5. UPPDATERING AV UTESLUTNINGSGRUNDERNA

Uteslutningsgrunderna är otillräckliga för att säkerställa att upphandlande myndigheter och enheter kan undvika att tilldela kontrakt till oseriösa eller kriminella leverantörer, och reglerna bör därför uppdateras och förbättras.

På senare år har begreppet *välståndskriminalitet* börjat användas i Sverige som ett samlingsnamn för olika typer av kriminalitet som riktar sig mot myndigheter och andra aktörer inom den offentliga sektorn. Det saknas en allmänt vedertagen definition av begreppet, men den aktuella typen av kriminalitet kännetecknas av bedrägerier mot eller överutnyttjande av de offentliga välfärdssystemen.

Enligt en vägledning som KPMG tagit fram på uppdrag av *Sveriges kommuner och regioner* kan välfärdskriminaliteten delas in i två huvudtyper: manipulerad beslutsprocess (såsom felaktig grund för ersättning eller avtal samt försvårad myndighetsutövning) respektive bristfällig leverans (såsom felaktig volym, felaktig kvalitet eller andra lagbrott,

exempelvis brott mot arbetslagstiftning, miljölagstiftning eller sanktionslagstiftning).¹

Ett annat näraliggande begrepp är *arbetslivskriminalitet* som enligt *Delegationen mot arbetslivskriminalitet* definieras som kvalificerade förfaranden som strider mot bestämmelser i författningar eller avtal och som rör arbetslivet. Vid bedömningen av om ett förfarande är kvalificerat beaktas särskilt om förfarandet innebär att arbetstagare utnyttjas, innebär att konkurrensen snedvrids, utförs i organiserad form eller systematiskt, eller är av allvarlig eller omfattande karaktär.²

Det kan konstateras att de nu gällande upphandlingsdirektiven inte innehåller tillräckliga mekanismer för att upphandlande myndigheter och enheter ska kunna säkerställa att de inte tilldelar kontrakt till leverantörer som ägnar sig åt välfärds- eller arbetslivskriminalitet, eller på annat sätt bedriver oseriös verksamhet.

De bestämmelser som ligger närmast tillhands är uteslutningsgrunderna i 13 kap. LOU/LUF.

Uteslutningsgrunderna är dock otillräckliga av i huvudsak två skäl.

¹ <https://skr.se/download/18.16a4733718de4bf91e36c9e7/1709653543625/V%C3%A4gledning-motverka-v%C3%A4lf%C3%A4rdsbrott-SKR-och-KPMG.pdf>

² SOU 2022:36.

För det första är det alltför lätt för oseriösa eller kriminella leverantörer att, genom att lämna felaktig information, använda förfalskade handlingar eller lämna anbud från bolag som drivs av bulvaner, kringgå risken för uteslutning. Vår erfarenhet är att den nuvarande regleringen av uteslutningsgrunderna främst leder till att seriösa företag som begått marginella regelöverträdelser lägger omfattande tid och resurser på self-cleaningåtgärder och på att förklara och motivera att det inträffade inte ska leda till uteslutning, medan oseriösa eller kriminella aktörer helt kan undgå granskning.

Generellt sett är det mycket svårt för upphandlande myndigheter och enheter att genomskåda information som lämnas av leverantörer i samband med upphandlingar och det är också mycket svårt att få del av domar och annan relevant information om brottslighet eller andra oegentligheter av relevans för uteslutningsgrunderna. Det leder till att sannolikheten för att upptäcka kriminalitet eller andra oegentligheter är låg. I Sverige har *Leverantörskontrollutredningen* föreslagit att ett centralt system för samordnad registerkontroll ska införas, vilken föreslås innebära att Bolagsverket ska tillhandahålla upphandlande myndigheter och enheter.³ Detta system kommer dock inte att vara heltäckande i relation till uteslutningsgrunderna.

³ SOU 2023:43, <https://www.regeringen.se/contentassets/612e0c2bb4024589bb8d8178c7f37070/en-samordnad-registerkontroll-for-upphandlande-myndigheter-och-enheter-sou-202343.pdf>

För det andra är den tid under vilken uteslutning kan ske alltför kort. Enligt 13 kap. 1 a § LOU/LUF får den tid under vilken uteslutning kan ske (förutsatt att inga self-cleaningåtgärder vidtagits) inte överskrida fem år från den dag då domen meddelades i de fall som avses i 13 kap. 1 § LOU/LUF (lagakraftvunnen dom om allvarlig brottslighet) och tre år från dagen för relevant händelse i de fall som avses i 13 kap. 3 § LOU/LUF. Mot bakgrunden av allvarlighetsgraden för den typ av brottslighet som är förtecknad i 13 kap. LOU/LUF framstår fem år som en alltför kort tid för att en leverantör, som begått denna allvarliga typ av brott, återigen ska anses vara lämpad som leverantör till upphandlande myndigheter och enheter.

När det gäller fristen för oegentligheter enligt 13 kap. 3 a § LOU/LUF är den problematisk eftersom den är förhållandevis kort, men även eftersom den räknas från *den senaste relevanta händelsen*. Det tar ofta lång tid att utreda och/eller klarlägga de omständigheter som kan läggas till grund för uteslutning, vilket i praktiken ofta innebär att möjligheten till uteslutning riskerar att upphöra redan innan det till fullo klarlagts att det föreligger grund för uteslutning.

Mot denna bakgrund anser vi att upphandlande myndigheter och enheter bör ges bättre förutsättningar att genomföra kontroller av leverantörer i samband med genomförande av upphandlingar.

Dessa förutsättningar bör inkludera möjlighet att ställa mer omfattande och långtgående krav på den bevisning som krävs in till styrkande av att det inte föreligger skäl för uteslutning – särskilt i upphandlingar av känslig eller verksamhetskritisk karaktär, eller som innefattar särskilda krav på beredskap eller försörjningstrygghet. Möjligheterna till samverkan mellan upphandlande myndigheter samt enheter och utredande och rättsvårdande myndigheter bör utökas, i syfte att underlätta inhämtning och delning av information.

Sådan informationsdelning bör möjliggöras inte bara på nationell nivå, utan även mellan medlemsstater och på unionsnivå.

6. KOMPLETTERING OCH FÖRTYDLIGANDE AV ANBUD

Det bör framgå av upphandlingsdirektiven att det är tillåtet att rätta anbudsbrister i större utsträckning – särskilt när det gäller dokumentation som visar historiska fakta som bevisligen förelegat redan vid tidpunkten för sista anbudsdag.

Konkurrensen i en stor mängd upphandlingar i Sverige blir lidande av att anbudsgivare (av förbiseende) inte lämnar in kompletta anbud. Praxis från såväl EU-domstolen som Högsta förvaltningsdomstolen talar för att upphandlande myndigheter och enheter ofta inte har möjlighet att tillåta att anbudsgivare läker sådana anbudsbrister, om bristen avser ett obligatoriskt krav i upphandlingen.

Detta leder i praktiken till att anbud ofta förkastas, trots att anbuderna egentligen är förmånliga och anbudsgivarna har goda förutsättningar att kunna leverera avtalsenliga varor, tjänster och byggentreprenadarbeten. Ett vanligt sådant exempel är att anbudsgivarens angivna referensuppdrag saknar vissa begärda uppgifter, eller att en kopia på ett visst certifikat skulle ha bifogats till anbudet. Ett annat vanligt exempel är att anbudsgivaren misslyckats med att uppfylla något krav av ren formaliakarakter, såsom ett språkkrav för anbudets upprättande. Denna typ av brister påverkar varken konkurrensen i upphandlingen eller kvaliteten i anbudet.

Upphandlande myndigheter och enheter skulle kunna beakta fler anbud om möjligheten att tillåta att anbudsgivare kompletterar eller förtydligar anbudet utökas. Detta ska naturligtvis ske inom ramen för principerna om likabehandling och öppenhet.

I mål C-336/12, *Manova*, har EU-domstolen uttalat att myndigheten kan *”begära att de upplysningar som framgår av sådana handlingar rättas eller kompletteras i enskilda delar, såvida denna begäran avser omständigheter eller upplysningar, såsom offentliggjorda årsbokslut, som det objektivt går att kontrollera att de förelåg före den tidpunkt då fristen för att lämna in ansökningshandlingarna för att få delta i upphandlingen löpte ut.”* (punkt 39 i domen).

Vi anser att det synsätt som EU-domstolen ger uttryck för i mål *Manova* borde omformuleras till en generell regel i upphandlingsdirektiven (och följaktligen de svenska upphandlingslagarna) och därvid möjliggöra att komplettera ett anbud som uppvisar brister i förhållande till kraven i en viss upphandling, när det inte är fråga om att erbjudandet som sådant förändras.

En sådan ordning skulle exempelvis kunna möjliggöra komplettering av anbud som saknar begärda kopior på certifikat, ackrediteringsbevis, referensblanketter, dokumentation kopplad till krav på ekonomisk och finansiell ställning m.m. Det skulle kunna medföra en markant ökning av mängden kvalificerade anbudsgivare i de offentliga

upphandlingarna jämfört med att behöva förkasta anbud på formella grunder när dessa brister inte har med anbudsgivarens faktiska förmåga eller kvaliteten i anbudet att göra.

7. HYRESUNDANTAGET – TREDJEMANSUPPHANDLING

Regleringen av hyresundantaget i LOU/LUF borde förtydligas genom att ange följande.

Lagstiftningens ändamålsenliga verkan kan säkerställas genom att en upphandlande myndighet eller enhet i rollen hyresgäst kan förplikta sin hyresvärd att genomföra annonserade upphandlingar för det fall ett hyresavtal samtidigt anses uppfylla definitionen av ett upphandlingspliktigt byggentreprenadkontrakt.

I EU-domstolens mål C-399/98, *Ordine degli Architetti m.fl. (La Scala)* hade bygglov beviljats en markexploatör som bland annat skulle låta uppföra vissa byggnadsverk. I målet hävdade den upphandlande myndigheten att italiensk lag hindrade myndigheten från att välja avtalspart. Den kunde endast ingå avtal med innehavaren av den mark som exploateringsavtalet avsåg. EU-domstolen ansåg att detta inte hindrade bedömningen av om markexploateringsavtalet i sig medförde en upphandlingsskyldighet (punkterna 71-74 i domen).

EU-domstolen konstaterade dock att det inte nödvändigtvis måste vara myndigheten själv som genomför upphandlingen enligt direktivet. Upphandlingsdirektivets ändamålsenliga verkan kunde garanteras i lika hög grad om den

upphandlande myndigheten enligt nationell lagstiftning kan förplikta markexploatören genom avtal att använda de förfaranden som föreskrivs i direktivet (punkt 100 i domen).

I ett senare avgörande har EU-domstolen uttalat att en upphandlande myndighet eller enhet inte kan undandra sig upphandlingsskyldigheten enligt direktiven genom att ålägga den leverantör med vilken myndigheten ingår ett kontrakt att rätta sig efter reglerna i upphandlingsdirektivet vid fullgörandet av kontraktet i fråga (mål C-28/23, *NFS*, punkt 60).

Dessa avgöranden synes vara motstridiga. Det senare avgörandet hänvisar inte heller till det förra, vilket får uppfattas som att det inte ska tolkas som ett avsteg från tidigare praxis.

Frågans oklarhet leder till omfattande problem vid tillämpningen av hyresundantaget i de situationer där en upphandlande myndighet eller enhet vill kunna bedriva verksamhet på en viss geografisk plats genom att hyra en viss byggnad, men där myndighetens eller enhetens krav på lokalen innebär att kontraktet också uppfyller definitionen av ett upphandlingspliktigt byggentreprenadkontrakt.

Om kontraktet skulle upphandlas som ett enda avtal, genom så kallad hyresvärdsupphandling, är det statistiskt vanligaste utfallet att upphandlingen måste avbrytas på grund av

bristande konkurrens.⁴ Mer än hälften av hyresvärdsupphandlingarna avbryts på grund av bristande konkurrens. Detta ska jämföras med det svenska genomsnittet av avbrutna upphandlingar om ca 14 procent.

I 37,5 procent av hyresvärdsupphandlingarna inkommer endast ett (1) anbud. I 33,3 procent av hyresvärdsupphandlingarna inkommer noll anbud. 71 procent av hyresvärdsupphandlingarna präglas med andra ord av bristande konkurrens (0 eller 1 anbud). Det genomsnittliga antalet anbud i en hyresvärdsupphandling är 1,4 anbud per upphandling, vilket ska jämföras med en genomsnittlig upphandling i Sverige där det kommer in 5,8 anbud.⁵

Den lösning som många aktörer föredrar, och som alltså statistiskt sett leder till en bättre möjlighet till konkurrensutsättning av entreprenadarbetena, är att myndigheten eller enheten tillämpar hyresundantaget för valet av hyresvärd-/geografisk placering, för att därefter säkerställa att alla nödvändiga byggtreprenadkontrakt upphandlas av hyresvärden i enlighet med upphandlingslagstiftningen.

Denna möjlighet till så kallad tredjemansupphandling vid tillämpning av hyresundantaget bör – i ljuset av

⁴ Uppgifterna baseras på en undersökning som vi har genomfört av samtliga avslutade hyresvärdsupphandlingar i Sverige under perioden oktober 2021 till och med oktober 2024. Antalet hyresvärdsupphandlingar uppgick till 48.

⁵ <https://www.upphandlingsmyndigheten.se/statistik/upphandlingsstatistik/statistik-om-annonserade-upphandlingar-2023/58-anbud-per-upphandling-2023/>. Läst den 23 mars 2025.

EU-domstolens till synes motstridiga praxis – förtydligas i upphandlingsdirektiven.

8. DEFINITIONEN AV BYGGENTREPRENAD-KONTRAKT

Lagstiftningens definition av offentliga byggentreprenadkontrakt bör i förenklingssyfte formuleras om.

1 kap. 9 § LOU (och 1 kap. 8 § LUF) innehåller en definition av ett offentligt byggentreprenadkontrakt. Språkbruket i bestämmelsen är dock något otillgängligt, och innehållsmässigt ser leden ut att vara i vart fall delvis överlappande. Om direktivtexten uttrycks på ett enklare sätt kan det sannolikt leda till en ökad förståelse och en mer ändamålsenlig tillämpningen av angränsande frågor, exempelvis rörande hyresundantagets tillämpningsområde.

Vi menar att bestämmelsen borde förenklas, exempelvis på följande sätt.

”ett offentligt byggentreprenadkontrakt är ett kontrakt som avser (i) utförande, (ii) både projektering och utförande, eller (iii) realisering av

ett byggnadsverk som motsvarar de krav som anges av den upphandlande myndighet som utövar ett avgörande inflytande över typen eller projekteringen av byggnadsverket, eller

sådana verksamheter som omfattas av bilaga II.”

9. ONORMALT LÅGA ANBUD

Bestämmelserna om onormalt låga anbud är svårtillämpade och fyller inte sitt syfte. Bestämmelserna bör därför genomgå en fullständig översyn.

Onormalt låga anbud utgör ett förhållandevis frekvent problem för upphandlande myndigheter och enheter.

I grunden är förstås förmånliga inköpsvillkor, såsom låga anbudspriser, en positiv effekt av en väl fungerande konkurrens, både på marknaden i stort och i den enskilda upphandlingen. Det leder också till god hushållning med offentliga medel.

I praktiken är det dock vanligt förekommande att onormalt låga anbud beror på osund strategisk anbudsgivning, dvs. att en anbudsgivare ensam, eller tillsammans med andra, bryter mot villkoren, eller i vart fall intentionerna som den upphandlande myndigheten eller enheten har, rörande hur anbudsgivarna ska agera.⁶ Det kan handla om att anbudsgivaren försöker kringgå eller dra fördelar av utvärderingsmodellens utformning eller om att anbudsgivaren under avtalstiden inte har för avsikt att leverera det som kravställts eller inte på de villkor som avtalats. Vår erfarenhet är att det i

⁶ Se "Osund strategisk anbudsgivning i offentlig upphandling", Konkurrensverkets uppdragsforskningsrapport 2011:1.

vissa fall även finns en överlappning mellan onormalt låga anbud och sådana oegentligheter som uteslutningsgrunderna avser att hantera.

De nuvarande bestämmelserna om onormalt låga anbud (16 kap. 7 § LOU respektive 15 kap. 7 § LUF) innebär att en upphandlande myndighet eller enhet är skyldig att begära en förklaring avseende anbud som framstår som onormalt lågt samt att förkasta anbudet om den förklaring som lämnas inte är tillfredsställande.

I rättspraxis har detta tolkats som att det är den upphandlande myndigheten eller enheten som har bevisbördan för att ett anbud är onormalt lågt och att det därefter är anbudsgivaren som har bevisbördan för att anbudet ändå är seriöst menat och ska godtas.

Bestämmelserna har dock i praktiken visat sig vara svår-tillämpade både för upphandlande myndigheter och enheter och för svenska domstolar. De senaste åren har det endast i ett fåtal fall förekommit att svenska domstolar upprätthållit en upphandlande myndighets eller enhets beslut att förkasta ett onormalt lågt anbud. Detta trots att det är förhållandevis vanligt förekommande att det lämnas onormalt låga anbud i svenska upphandlingar och det också är vanligt förekommande att upphandlande myndigheter och enheter upplever att det under avtalstiden uppkommer problem av olika slag med leverantörer som lämnat onormalt låga anbud.

Vår uppfattning är att det numera finns en utbredd inställning hos upphandlande myndigheter och enheter om att bestämmelserna om onormalt låga anbud i praktiken inte kan tillämpas för att säkerställa sunda prisnivåer i de anbud som antas i svenska upphandlingar.

De nuvarande bestämmelserna fyller med andra ord inte sitt syfte. Mot den bakgrunden anser vi att det behövs en översyn av bestämmelserna om onormalt låga anbud i syfte att göra dem mer praktiskt tillämpbara.

I en sådan översyn bör särskilt övervägas om särskilda beräkningsregler kan användas för att förenkla tillämpningen, samtidigt som förutsebarhet och rättssäkerhet bibehålls.

10. TIDPUNKT FÖR TILLGÅNG TILL UPPHANDLINGSDOKUMENTEN

Reglerna om fri, direkt, fullständig och kostnadsfri tillgång till upphandlingsdokument bör förtydligas på så sätt att detta bara gäller dokument som är relevanta för den aktuella fasen i en viss upphandling.

Enligt bestämmelserna i 10 kap. LOU/LUF ska upphandlande myndigheter och enheter med elektroniska medel ge fri, direkt, fullständig och kostnadsfri tillgång till upphandlingsdokumenten från och med den dag då ett meddelande om anbudsinfordran eller inbjudan om att ansöka om att få delta offentliggörs. Skyldigheten gäller, enligt lagarnas ordalydelse, oavsett vilket upphandlingsförfarande som den upphandlande myndigheten eller enheten tillämpar i den aktuella upphandlingen.

Vid upphandlingar som genomförs i flera steg (selektiva förfaranden, förhandlade förfaranden med föregående annonsering, konkurrenspräglade dialoger och inrättande av innovationspartnerskap) är det typiskt sett irrelevant att publicera inbjudan att lämna anbud tillsammans med inbjudan att ansöka om att få delta. Lagarnas nuvarande ordalydelse kan dock tolkas som att den upphandlande myndigheten eller enheten är skyldig att publicera även inbjudan att lämna anbud tillsammans med inbjudan att delta

i upphandlingen, eftersom inbjudan att lämna anbud ingår i begreppet upphandlingsdokument.

Vi anser därför att det bör förtydligas att skyldigheten att ge fri, direkt, fullständig och kostnadsfri tillgång till upphandlingsdokumenten bara gäller för sådana upphandlingsdokument som är relevanta för den aktuella fasen i en upphandling.

Närmare bestämt bör det framgå att upphandlande myndigheter och enheter endast är skyldiga att publicera de upphandlingsdokument som är hänförliga till det aktuella skedet av upphandlingen. Upphandlingsdokument som endast är relevanta för att leverantörer som har ansökt om att få delta och därefter bjudits in att lämna anbud ska kunna lämna anbud, behöver alltså inte publiceras redan i samband med att inbjudan att ansöka om att delta publiceras.

11. SKYLDIGHETEN ATT MOTIVERA VARFÖR EN UPPHANDLING INTE DELATS UPP

Skyldigheten att ange skälen till att en upphandling inte delats upp i delar bör tas bort.

Enligt 4 kap. 14 § LOU respektive 4 kap. 12 § LUF är upphandlande myndigheter och enheter skyldiga att ange skälen till sitt val att inte dela upp kontrakt i flera delar.

Denna skyldighet är enbart en rent administrativ börda för upphandlande myndigheter och enheter. Det finns ingen skyldighet att dela upp kontrakt i flera delar under några omständigheter och leverantörer kan inte heller angripa en upphandling på grund av att den upphandlade myndigheten inte motiverat varför kontraktet inte delas upp i flera delar.

Vi anser därför att skyldigheten att ange skälen för varför ett kontrakt inte delats upp i flera delar bör utgå, eftersom skyldigheten inte fyller någon funktion (varken för upphandlande myndigheter/enheter eller för leverantörer).

12. BEGRÄNSNINGEN AV LÖPTIDEN FÖR RAMAVTAL

Upphandlingslagarnas olika regler om begränsning av ramavtals löptid borde ersättas med en gemensam regel som anger att ett ramavtal bara får löpa under en så lång tid som är vederbörligen motiverat i det enskilda fallet.

I nuvarande upphandlingslagar finns olika bestämmelser kring hur långt ett ramavtal får vara utan att några särskilda skäl behöver föreligga. Hur långt ett ramavtal får löpa är dock bundet av vilken sektor som den upphandlande myndigheten eller enheten är aktiv i, och inte i förhållande till vad som upphandlas eller konkurrensen på en viss marknad.

Detta leder inte sällan till märkliga situationer, där en upphandlande myndighet i den klassiska sektorn exempelvis är förhindrad att teckna ett ramavtal för IT-tjänster som löper längre tid än fyra år, förutsatt att det inte finns särskilda skäl, medan en upphandlande enhet har möjlighet att köpa in exakt samma IT-tjänster under en ramavtalstid om åtta år. Detta kan knappast anses logiskt och det främjar inte heller konkurrensen eller upphandlande myndigheters och enheters möjligheter att tillgodogöra sig densamma.

Bestämmelserna om ramavtals löptid bör rimligen utgå från vilket det upphandlade föremålet är, det vill säga dess egen beskaffenhet, och inte från vem som upphandlar det.

Bestämmelserna verkar även utgå ifrån att en kortare ramavtalstid, såsom fyra år, alltid är bättre för konkurrensen än en längre ramavtalstid, såsom exempelvis tio år. Detta är emellertid en felaktig utgångspunkt. I många fall, särskilt i ett mindre land såsom Sverige, kan en längre avtalstid och det högre värde detta innebär, vara nödvändig för att locka nya leverantörer att etablera sig i Sverige och delta i offentliga upphandlingar. En kortare avtalstid kan också skapa inlåsnings effekter för den upphandlande myndigheten eller enheten, särskilt om det rör sig om komplexa tjänster med höga trösklar för marknadsinträde. Kortare ramavtalstider gynnar således, i många fall, redan etablerade inhemska leverantörer, på bekostnad av leverantörer som måste bygga upp en organisation och kompetens för att kunna konkurrera.

Det bör därför förtydligas att upphandlande myndigheter och enheter har rätt att välja en sådan avtalstid som ger en så bra konkurrenssituation som möjligt i upphandlingen.

De olika tidsgränserna för hur lång tid ett ramavtal får löpa utan att det finns särskilda skäl bör därför ersättas med en generell regel som anger att ett ramavtal bara får löpa under en så lång tid som är vederbörligen motiverad i det enskilda fallet, dels utifrån den upphandlande myndighetens eller enhetens behov, dels utifrån det upphandlade föremålet som sådant.

För att undvika att möjligheten att använda längre ramavtal än vad som faktiskt är motiverat otillbörligen utnyttjas kan

bestämmelsen lämpligen förenas med en motiverings-skyldighet som tvingar upphandlande myndigheter och enheter att särskilt motivera grunderna för den valda ramavtalstiden. På så sätt får leverantörer dels insyn i skälen till valet av ramavtalstid, dels möjligheten att ifrågasätta bedömningen inom ramen för en överprövning.

Därmed uppnås en balans mellan upphandlande myndigheters och enheters berättigade intresse av att i vissa fall ingå ramavtal för längre perioder även när det saknas sådana särskilda skäl som möjliggör det i dagsläget, samtidigt som leverantörers intressen av att ramavtal inte löper för länge tillgodoses.

EU-lagstiftaren bör även överväga att i skälen till upphandlingsdirektiven förtydliga att det i vissa fall kan finnas behov av att ett ramavtal löper på längre tid på grund av en koppling till ett separat upphandlat kontrakt. I praktiken är det förhållandevis vanligt att upphandlande myndigheter och enheter har behov av att kunna teckna ett separat ramavtal för exempelvis löpande service och underhåll i förhållande till ett separat upphandlat IT-avtal med en längre teknisk livslängd än fyra respektive åtta år. Detta bör därför klargöras, på samma sätt som det i dagsläget klargörs det motsatta förhållandet, att vissa kontrakt kan behöva löpa under längre tid än ett ramavtal (se skäl 62 till direktiv 2014/24/EU).

13. OGILTIGA, OLÄMPLIGA OCH OACCEPTABLA ANBUD

Bestämmelserna om möjligheten att använda förhandlade förfaranden med eller utan föregående annonsering i fall där det förekommer olämpliga, ogiltiga eller oacceptabla anbud bör ses över och förenklas.

Bestämmelserna i 6 kap. LOU/LUF om möjligheten att använda förhandlade förfaranden med eller utan föregående annonsering i fall där det förekommer olämpliga, ogiltiga eller oacceptabla anbud bör göras om och förenklas. Bestämmelserna är svårtolkade och i vissa fall motsägelsefulla, vilket i förlängningen begränsar och försvårar den praktiska användningen av dem.

Det kan noteras att en "*anbudsansökan*" ska anses olämplig om den leverantören ska eller kan uteslutas eller inte uppfyller de kvalificeringskrav som den upphandlande myndigheten eller enheten har fastställt. Det ska med andra ord röra sig om kvalificeringsbrister hos leverantören. Detta begrepp är förhållandevis förståeligt.

Vad som däremot ska anses utgöra ett "*olämpligt anbud*" är svårare att förstå. Det avgörande begreppet för att avgöra om ett anbud är olämpligt är om det är irrelevant för kontraktet.

En naturlig tolkning skulle kunna vara att ett anbud anses vara olämpligt i samma situation som en anbudsansökan, alltså när det föreligger brister hos leverantören. Det går dock inte att utläsa ur lagstiftningen, vilket försvårar tillämpningen av bestämmelserna.

Vad gäller "*ogiltiga anbud*" nämns särskilt anbud som inte överensstämmer med upphandlingsdokumenten, som inkommit för sent, där det finns bevis för hemligt samförstånd eller korruption samt anbud som den upphandlande myndigheten funnit onormalt låga.

Detta skulle kunna tolkas som att ogiltiga anbud framförallt avser situationer där anbuden brister i någon form av kravuppfyllelse och där bristen är hänförlig till själva anbudet, snarare än till anbudsgivaren. Denna tolkning motsägs dock av det faktum att direktivtexten särskilt nämner hemliga samförstånd mellan leverantörer och korruption, eftersom dessa omständigheter tar sikte på anbudsgivarnas aktiviteter och inte anbuden som sådana. Det faktum att begreppet ogiltigt anbud både avser brister hos leverantören och brister i själva anbudet ger upphov till oklarhet och begränsar den praktiska möjligheten att använda sig av bestämmelserna.

Vad gäller "*oacceptabla anbud*" exemplifieras dessa i LOU-direktivet med anbud som lämnats av anbudsgivare som saknar de kvalifikationer som krävs och anbud vars pris överskrider den budget som beslutats och dokumenterats av den upphandlande myndigheten innan

upphandlingsförfarandet inleds. Även i detta fall tycks bedömningen av vad som utgör ett oacceptabelt anbud dels kunna hänföra sig till omständigheter kopplade till leverantören, dels till omständigheter som är kopplade till själva anbudet (dvs. ett för högt pris).

Även i detta avseende blandas brister hos leverantören och brister kopplade till själva anbudet ihop, vilket gör det mycket svårt att avgöra i vilka övriga situationer som anbuden skulle kunna anses oacceptabla, förutom i just de typfall som anges.

Frågan om ett anbud är olämpligt, ogiltigt eller oacceptabelt har avgörande betydelse för möjligheten att förhandla med eller utan anbudsgivare som lämnat anbud i en tidigare (misslyckad) upphandling. Det är således viktigt att kunna förstå dessa regler.

På det hela taget ger de olika begreppen dessvärre upphov till oklarhet, snarare än att utgöra en faktisk möjlighet för upphandlande myndigheter att använda sig av förhandlade förfaranden med eller utan annonsering när så är befogat.

Det kan noteras även att EU-domstolen har uttalat att ett anbud "*anses olämpligt om det är oacceptabelt*", och därvid funnit att ett anbud som överskrider den upphandlande myndighetens budget skulle kunna vara såväl "*olämpligt*" som "*oacceptabelt*" (mål C-376/21, *Obshtina Razlog*, punkt 62). Att inte ens EU-domstolen gör någon tydlig åtskillnad mellan begreppen är ett tydligt tecken på att bestämmelserna behöver ändras.

Bestämmelserna bör därför ses över och formuleras på ett enklare sätt. De bör därvid förtydliga att upphandlande myndigheter och enheter har rätt att inleda ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering om inget anbud har kunnat antas till följd av brister hänförliga till anbudsgivarna och/eller de inkomna anbuden.

14. TREDJELANDSLEVERANTÖRERS TILLGÅNG TILL EU-MARKNADEN

EU:s upphandlingsdirektiv bör förtydligas så att det uttryckligen framgår att de endast ger rättigheter till leverantörer från EU/EES-länder samt leverantörer från tredjeländer som till följd av internationella avtal ska tillförsäkras samma rättigheter.

I upphandlingsdirektiven tillerkänns leverantörer från unionens medlemsstater särskilda rättigheter genom att de upphandlande organisationerna ska behandla dessa leverantörer likvärdigt och icke-diskriminerande samt förfara på ett öppet och proportionerligt sätt.

När det gäller vissa leverantörer från så kallade tredjeländer finns särskilda bestämmelser i upphandlingsdirektiven. Unionen är nämligen i förhållande till vissa tredjeländer bunden av internationella avtal, bland annat WTO-avtalet, som garanterar tillträde till offentliga upphandlingar. Artikel 25 i direktiv 2014/24/EU föreskriver att medlemsstaterna ska bevilja leverantörer från tredjeländer som är parter i ett sådant avtal en behandling som inte är mindre gynnsam än den som beviljas leverantörer i unionen.

EU-domstolen har i mål C-652/22, *Kolin*, prövat vad som gäller när en leverantör från ett tredjeland som saknar ett internationellt avtal med unionen deltar i en offentlig

upphandling som genomförs av en upphandlande organisation inom någon av medlemsstaterna. EU-domstolen uttalade att även om det inte finns något hinder för sådana leverantörer att delta i upphandlingsförfaranden som regleras i upphandlingsdirektiven kan de inte åberopa direktiven och kräva att deras anbud ska behandlas lika jämfört med övriga anbudsgivare.

Vidare angav EU-domstolen att de nationella myndigheterna inte får tolka de nationella bestämmelser som införlivar upphandlingsdirektiven så att de även är tillämpliga på leverantörer i tredjeländer utan avtal med unionen.

EU-domstolens avgörande är av stor betydelse såväl principiellt som praktiskt. Det är därför önskvärt att denna praxis beaktas vid översynen av upphandlingsdirektiven och att det genom en kodifiering klargörs att leverantörer från tredjeländer som saknar relevanta avtal med unionen inte kan åberopa några rättigheter enligt upphandlingsdirektiven.

Vidare bör det anges i upphandlingsdirektiven att det inte heller är möjligt för medlemsstaterna att ge dessa leverantörer motsvarande rättigheter genom den nationella lagstiftningen, eller genom tolkning av den nationella lagstiftningen.

I direktiven bör även tydliggöras i vilken utsträckning kapacitet får åberopas av en leverantör från ett tredjeland, i vilken utsträckning sådana leverantörer får användas som underleverantörer samt slutligen i vilken utsträckning produkter som helt eller delvis produceras i tredjeland får

offereras. Utan denna typ av reglering finns det en uppenbar risk för kringgående av bestämmelserna.

15. ESPD-SYSTEMET BÖR AVSKAFFAS

ESPD-systemet underlättar inte för vare sig upphandlande myndigheter och enheter eller leverantörer, och bör därför avskaffas och ersättas med en enklare huvudregel.

ESPD-systemet baserades på den goda intentionen att underlätta för anbudsgivare att på förhand intyga kravuppfyllelse i upphandlingsförfaranden. Erfarenhetsmässigt kan dock konstateras att ESPD-systemet framstår som otillgängligt för ovana anbudsgivare (ofta små och medelstora företag) och onödigt för vana anbudsgivare. I själva verket har ESPD-systemet fått motsatt effekt mot den förenklingseffekt som eftersträvades.

Det syfte som unionslagstiftaren eftersträvade kan på ett enklare sätt uppnås om ESPD-systemet istället ersätts med en ny huvudregel.

Regeln bör utformas så att leverantörer inte är skyldiga att lämna in bevis om uppfyllelse av kvalificeringskrav tidigare än på anmodan från den upphandlande myndigheten eller enheten. Det bör även förtydligas att sådan bevisning som lämnas in på anmodan i enlighet med denna regel aldrig är att betrakta som en komplettering av anbud.

www.kahnpedersen.se

ISBN 978-91-986495-5-0