

Socialdepartementet
Enheten för upphandlingsrätt

103 33 STOCKHOLM

Vår referens: Dnr 133/2014
Birgitta Laurent/Olof Erixon

Er referens: S2014/5303/RU

(Sid 1 av 10)

2014-09-29

Remissyttrande

Nya regler om upphandling (Ds 2014:25 respektive SOU 2014:51)

Föreningen Svenskt Näringsliv, som beretts tillfälle att yttra sig över rubricerade departementspromemoria respektive betänkande, vill anföra följande.

Remissyttrandet i korthet

Detta yttrande är inriktat mot kommande förändringar i LOU. Nedan synpunkter är i tillämpliga delar giltiga också för kommande förändringar i LUF. Några särskilda synpunkter avseende försörjningssektorerna lämnas inte i detta sammanhang.

Föreningen Svenskt Näringsliv har hela tiden motsatt sig några av de grundläggande förändringar av den offentliga upphandlingen som de nya EU-direktiven innebär. Det viktigaste ursprungliga syftet med en EU-reglering av den offentliga upphandlingen – att bidra till förverkligandet av en inre marknad – har i stor utsträckning kommit att förfuskas. De nya reglerna för tilldelningskriterier är särskilt skadliga. De öppnar i betydande mån för protektionism, såväl utåt mot tredje land som inom Unionen, och tillika inom unionens enskilda medlemsstater. Föreningen har vid ett flertal tillfällen varnat för konsekvenserna av detta, och vill därför utnyttja detta tillfälle att ånyo upprepa sina principiella invändningar, låt vara att de inte har någon inverkan i detta specifika sammanhang. Vårt remissyttrande bör läsas med denna bakgrund i åtanke.

Regeringskansliet och den särskilde utredningsmannen har på ett i huvudsak mycket kompetent sätt behandlat frågan om hur direktiven lämpligen bör omformas till svensk lagtext. Vår bedömning av hur direktiven lämpligen bör implementeras avviker i stort inte från den som de gjort. På några punkter finns det enligt föreningens mening dock skäl att kommentera. Beträffande själva förslagen anser föreningen bl.a. följande.

- Att de s.k. Teckal-kriterierna redan i direktiven har utvidgats alltför mycket. Utredaren utvidgar dessutom det tillåtna området för interna kontrakt genom en synbarligen oriktig tolkning av Art. 12.1.c i LOU-direktivet.
- Att utredaren på ett rimligt sätt tolkat rättsläget avseende möjligheterna att ställa miljö-, sociala- och arbetsrättsliga krav, särskilt med avseende på kollektivavtal.
- Att bestämmelsen om reserverade kontrakt i föreslagen 4 kap 9 § behöver förtydligas för att minska risken för missbruk.
- Att de nya bestämmelserna om tilldelningskriterier i praktiken kan komma att visa sig vara djupt problematiska, särskilt vad avser det som framgent ska anses som en koppling till kontraktsföremålet.

Vår allmänna inställning till offentlig upphandling

Fördelarna med EU:s gemensamma marknad är för företagen obestridliga. En allt närmare integration av de nationella marknaderna kan inte annat än stärka de europeiska företagens konkurrenskraft, och därmed också deras förutsättningar att hävda sig på den internationella marknaden i stort. Alla åtgärder ägnade att stärka och skynda på en i verklig mening gemensam marknad är välkomna. Detta var också det ursprungliga syftet med EU:s upphandlingsregler.

De nya lagregler som nu föreslås grundas på en s.k. Grönbok från EU-kommissionen. Den tog sin utgångspunkt i strategin Europa 2020 ”för smart och hållbar tillväxt för alla”. Där uppställs en vision för en ”konkurrenskraftig social marknadsekonomi i Europa” som ska vila på tre sammankopplade och ömsesidigt förstärkande prioriteringar; att a. utveckla en ekonomi baserad på kunskap och innovation, att b. främja en koldioxidsnål, resurseffektiv och konkurrenskraftig ekonomi, och att c. stimulera en ekonomi med hög sysselsättning och med social och territoriell sammanhållning.

Offentlig upphandling angavs i Grönboken spela en nyckelroll för Europa 2020-strategin, som ett marknadsbaserat instrument som borde användas för att uppnå dessa mål. Strategin anger särskilt att den offentliga upphandlingen bör utnyttjas till att

- förbättra de grundläggande villkoren för företagens innovationskapacitet med fullt utnyttjande av ekonomisk-politiska åtgärder som avser ekonomins efterfrågesida,
- stödja övergången till en resurssnål ekonomi med låga koldioxidutsläpp, bland annat genom att uppmuntra en mer utbredd användning av miljöanpassad offentlig upphandling, samt

- förbättra företagsklimatet, särskilt för innovativa små och medelstora företag.

Därutöver tog Grönboken upp en rad andra sekundära politiska intressen som möjliga eller önskvärda att ytterligare främja genom den offentliga upphandlingen.

Grönboken och de följande EU-direktiven är tyvärr exponenter för att EU på vissa områden tappat kontakten med det som utgör kittet i gemenskapen – en fungerande inre marknad.

Föreningen motsatte sig mycket bestämt strävandena att

- vilja genom den offentliga upphandlingen indirekt påverka produktionsförhållanden och arbetsvillkor i de europeiska företagen (också i företag i tredje land), trots att sådant redan är reglerat i lag eller kollektivavtal. Vi ansåg, och anser, att denna strävan, oavsett om den riktas mot sociala, miljömässiga eller andra förhållanden, är samhällsekonomiskt kontraproduktiv. Därför borde förslag eller idéer i denna riktning avvisas.
- vilja centralstyra ”vad som ska köpas in”. Försök till centraldirigering i denna riktning kommer otvivelaktigt att få stora effekter, men risken för att dessa effekter i väsentliga hänseenden skulle visa sig vara negativa är betydande.
- vilja frikoppla den upphandlande myndighetens krav från själva kontraktsföremålet. Vi ansåg, och anser, att detta skulle öppna för ovidkommande eller otillbörliga krav, som skulle öka risken för godtycke vid kontraktstilldelning, och tillsammans skulle göra den offentliga upphandlingen mer samhällsekonomiskt kontraproduktiv.

Särskilt beträffande tilldelningskriterierna anförde föreningen följande, beträffande de då och t.v. gällande upphandlingsdirektiven.

”Inget hindrar en upphandlande myndighet att kräva att leverantören ska följa EU:s lagstiftning, eller i förekommande fall sin nationella lagstiftning. Dagens upphandlingsregler hindrar heller inte på något sätt att man indirekt främjar innovativa företag, stödjer övergången till en ekonomi med lägre koldioxidutsläpp eller förbättrar företagsklimatet för små och medelstora företag. Direkta krav på leverantören att i det ena eller andra avseendet uppfylla specifika, objektiva och icke-diskriminerande krav på varan eller tjänsten är fullt möjliga, och leder sannolikt snabbare till målet än t.ex. indirekta krav på produktionsmetoder eller standarder långt bakåt i leverantörskedjan. Sådana sekundära krav lämpar sig dock utmärkt om den som upphandlar har en vilja att rikta beställningen mot en viss leverantör, en viss bransch, en viss region eller ett visst land. Det förhåller sig enligt vår uppfattning nämligen så att möjligheten till manipulation av slutresultatet ökar exponentiellt med antalet möjliga sekundära specialkrav. Det ligger sålunda i sakens natur att vad som nu synes avses från Kommissionen är nya kriterier som i långt större utsträckning öppnar sig för subjektiva bedömningar.”

Föreningens dåvarande inställning har inte förändrats. Näringslivet måste emellertid förhålla sig till de nya direktiven, och föreliggande yttrande har således – med något undantag – främst lagteknisk betoning.

Regeringskansliets och utredningsmannens förslag

Möjligheten för inköpscentraler att bedriva grossistverksamhet ("1 kap 8 §")

Det föreslås i departementspromemorian att inköpscentraler skall ges möjligheten att bedriva grossistverksamhet. Departementet stödjer sig bl.a. på Upphandlingsutredningen 2010 och dess bedömning att inköpscentralernas ramavtalsverksamhet rätt använd kan leda till betydande besparingar för den offentliga sektorn som helhet. I departementspromemorian uppges vidare att farhågor om att centraliserad inköpsverksamhet generellt sett skulle missgynna små och medelstora företag såvitt känt i stor utsträckning inte har besannats. Värt att notera är att Upphandlingsutredningen 2010 inte framlade något förslag om att inköpscentraler skulle få bedriva grossistverksamhet, och således inte kan ha ansett att detta var en god väg att nå effektivitetsvinster.

Eftersom inköpscentraler hittills inte fått bedriva någon grossistverksamhet är det enligt Föreningen knappast möjligt att uttala sig om effekterna. Inte heller finns det någon analys som redogör för de vinster som skulle uppnås om inköpscentraler skulle få möjlighet att bedriva grossistverksamhet. Det är därför omöjligt att uttala sig om huruvida en sådan verksamhet kan leda till betydande besparingar för den offentliga sektorn eller inte. Tvärtom finns det enligt vår uppfattning en risk att möjligheten för en inköpscentral att bedriva grossistverksamhet skulle kunna leda till att konkurrensen på den relevanta marknaden hindras, begränsas eller snedvrids. Om en inköpscentral bygger upp ett lager för vidareförsäljning innebär det ett risktagande med offentliga medel. Om det visar sig att förfarandet snedvrider förutsättningarna för en effektiv konkurrens på marknaden kan en konflikt möjligen uppstå i förhållande till konkurrenslagens förbud mot konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet.

Av departementspromemorian framgår klart att risken för negativa effekter för små och medelstora företag inte skall negligeras. Departementets förslag är att för det fall negativa effekter skulle uppstå så skall eventuella nackdelar eller missförhållanden åtgärdas vid en uppföljning av de nya reglerna. Om man redan från början kunnat konstatera att en icke negligerbar risk för negativa effekter föreligger, så borde man rimligen också redan nu överväga hur sådana effekter skulle kunna åtgärdas.

Svenskt Näringslivs uppfattning är att de i departementspromemorian beskrivna fördelarna med att låta inköpscentraler bedriva grossistverksamhet inte överväger ens de nackdelar som departementet självt beskriver, och vi ställer oss därför och av ovan anförda skäl negativa till förslaget.

Kontraktsbegreppet ("1 kap 9 §")

Direktivet är enligt Föreningens mening i så måtto rätt implementerat genom att föreslagen lagtext återspeglar direktivets text. Dock synes ett problem kunna uppstå för det fall att en svensk domstol finner att ett avtal som ingåtts muntligen eller konkludent, och i realiteten utgör en offentlig upphandling, likväl inte kan angripas

på upphandlingsrättslig grund, då avtalet inte i strikt teknisk mening är ett upphandlingskontrakt. Det skulle då kunna ifrågasättas huruvida Sverige uppfyller rättsmedelsdirektivets krav. Föreningen har inte nu något konkret förslag till hur denna tänkbara diskrepans skall avhjälpas, men anser att frågan bör beaktas under det fortsatta lagstiftningsarbetet.

De s.k. Teckal-kriterierna ("3 kap 11-17 §§")

Reglerna om interna kontrakt har i EU-direktivet tyvärr getts en alltför vid ram. När man beaktar verksamhetskriteriet så räcker det enligt föreningens mening inte med att beakta hur mycket t.ex. ett dotterbolag i en kommunal koncern levererar på marknaden. Man måste titta på helheten, dvs. hur mycket koncernen som sådan levererar. Så t.ex. föreligger beträffande det i upphandlingssammanhang bekanta bolaget SYSAV en bolagskonstruktion som – återigen enligt Föreningens mening – till viss del förefaller bestå av skalbolag. Enligt Föreningens uppfattning har denna konstruktion till syfte att man skall slippa upphandla. Föreliggande underlag behandlar enligt vår mening inte i tillräcklig grad denna problematik.

I ett fall – föreslagen 3 kap 13 § 3 p. – synes utredaren ha gjort en direkt felaktig tolkning av direktivet. Direktivets Art. 12.1.c, jämförd med skäl 32 andra stycket i beaktandesatserna, stadgar enligt vår uppfattning att inget privat ägarintresse får föreligga, annat än i de särskilda undantagsfall som uppräknas.

Det s.k. hyresundantaget ("3 kap 20 § första stycket")

Av direktivets Art. 10 a) framgår uttryckligen att undantaget från upphandlingsreglerna vid ingående av hyresavtal endast gäller en befintlig byggnad. För undvikande av ev. frestelser att missbruka hyresavtal i *de facto*-syfte att anskaffa en byggnad bör detta förtydligas i lagtexten.

Miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter ("4 kap 4 §")

Lika med utredaren finner Föreningen att bestämmelserna i direktiven om miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter inte innebär någon materiell förändring i vad som redan gäller. Detta måste med särskild skärpa framhållas avseende de krav som ibland reses på att partsställning i ett kollektivavtal, eller ett s.k. hängavtal, skall utgöra en förutsättning för deltagande i offentlig upphandling. Som Föreningen redan sedan länge uppfattat rättsläget står det klart att ett sådant krav inte är förenligt med upphandlingsreglerna. Sverige har inte ratificerat ILO-konvention 94 och har inte heller ett system med allmängiltigförklaring av kollektivavtal. Nu aktuell artikel i direktiven (18.2 resp. 36.2) säger uttryckligen att vad som avses är *tillämpliga* skyldigheter. Ett avtal är som bekant inte tillämpligt på någon som inte är part i det, så ej heller beträffande kollektivavtal. Vi bedömer att ett inte obetydligt antal upphandlande myndigheter genom införandet av direktivets Art.18.2 har kommit att sväva i tvivelsmål om i vilken utsträckning det är möjligt att ställa krav på kollektivavtalsbundenhet, eller tillämpning av kollektivavtalsliknande villkor. Det

vore därför önskvärt att man i det fortsatta lagstiftningsarbetet mer precist utvecklade resonemang som utredaren inlett.

Reserverade kontrakt ("4 kap 9 §")

Bestämmelser om reserverade kontrakt finns i 2004 års direktiv, men Sverige fattade då beslutet att inte införa motsvarande regler i svensk rätt. I det nya direktivet avseende varor, tjänster och byggentreprenader återfinns bestämmelsen om reserverade kontrakt, låt vara ändrad i ett flertal avseenden. Utredaren föreslår att artikel 20 i detta direktiv införs i svensk rätt och att reglerna, som föreslås placeras i 4 kap. 9 § i nya LOU, ges följande lydelse:

En upphandlande myndighet får

- 1) reservera deltagandet i en upphandling för skyddade verkstäder eller för leverantörer vars främsta syfte är social eller yrkesmässig integration av personer med funktionsnedsättning eller av missgynnade personer, eller*
- 2) föreskriva att ett kontrakt ska fullgöras inom ramen för ett program för skyddad anställning, om minst 30 procent av arbetstagarna i sådana verkstäder, hos sådana leverantörer eller i sådana program är personer med funktionsnedsättning eller missgynnade personer.*

När en upphandlande myndighet avser att reservera ett kontrakt enligt första stycket, ska den i annonsen enligt 10 kap. ange att upphandlingen ska genomföras enligt bestämmelserna om reserverade kontrakt.

Enligt den nya artikeln om reserverade kontrakt skall det vara möjligt för en upphandlande myndighet att reservera kontrakt inte bara för s.k. skyddade verkstäder utan även för leverantörer vars främsta syfte är social eller yrkesmässig integration av personer med funktionsnedsättning eller av missgynnade personer.

Rent principiellt har Svenskt Näringsliv inga invändningar mot att försök görs att hitta sysselsättningsmöjligheter åt personer som i annat fall sannolikt inte skulle kunna erbjudas en plats på den reguljära arbetsmarknaden, men det måste i så fall vara fullt klart vilka regler som gäller. Möjligheten till konkurrenssnedvridande missbruk bör så långt möjligt beskäras. Formuleringarna i 4 kap. 9 § uppfyller enligt vår uppfattning inte detta behov.

Vad som avses med begreppet "främsta syfte" är dunkelt och likaså vad som avses med "missgynnade personer". Utredaren har själv konstaterat att vissa begrepp skulle tjäna på att preciseras i den svenska lagtexten, men samtidigt konstaterat att utrymmet för detta vid genomförandet är högst begränsat. Enligt vår uppfattning är det tveksamt om lagstiftaren medvetet skall införa bestämmelser som är så oklara. När något är behäftat med så stor oklarhet som i detta fall finns alltid risken att oseriösa aktörer utnyttjar situationen. Det vore t.ex. fullt tänkbart att bilda ett bolag med det uttalade syftet enligt ovan, men i praktiken bara till en liten del ägna sig åt detta eller sysselsätta anställd eller inhyrd personal som har behov av angiven integration.

En annan förändring jämfört med formuleringen i 2004 års direktiv är att det tidigare krävdes att en majoritet av de anställda skulle ha ett funktionshinder men att det nu räcker med att 30 procent av personerna i företaget skall ha ett funktionshinder eller vara missgynnade för att företaget skall kunna delta i en offentlig upphandling som reserverats för denna typ av företag. Det synes vidare som om dessa 30 procent inte behöver vara anställda i företaget utan att det skall räcka med att dessa 30 procent är sysselsatta i företaget. Inte heller synes det föreligga något krav på att det är just personerna med funktionsnedsättningen eller på annat sätt missgynnade personerna som skall delta i produktionen eller utförandet av de varor och tjänster som upphandlats. Det saknas med andra ord indirekt det krav på koppling till kontraktsföremålet som hittills varit en fundamental princip inom offentlig upphandling.

Sammantaget vill Svenskt Näringsliv därför att Regeringen i den fortsatta beredningen av lagstiftningsärendet förtydligar under vilka omständigheter kontrakt skall kunna reserveras.

Reserverade kontrakt för vissa tjänster

Artikel 77 i det nya direktivet avseende varor, tjänster och byggentreprenader handlar också om möjligheten att reservera kontrakt, men där avses specifikt vissa hälso- och sjukvårdstjänster, sociala tjänster och kulturella tjänster. En skillnad mellan bestämmelserna i artikel 20 och i artikel 77 är att upphandlande myndighet enligt artikel 77, under förutsättning att en organisation uppfyller vissa i artikeln uppräknade villkor, kan reservera och med andra ord direkttilldela ett kontrakt utan konkurrensutsättning.

De möjligheter i övrigt som finns att tilldela ett kontrakt utan föregående konkurrensutsättning är beskrivna i det föreslagna nya 3 kap. i LOU. Vi anser dessa vara fullt tillräckliga. Föreningen är som bekant en mycket bestämd motståndare till konkurrensbegränsande åtgärder. Rent samhällsekonomiskt torde det inte finnas några vägande skäl till att undanta just hälso- och sjukvårdstjänster m.m. från konkurrens. Därtill kommer att en mängd företag, med ett betydande antal anställda, redan är verksamma inom de angivna sektorerna. Att missgynna dem vid offentlig upphandling tjänar enligt föreningens mening inget praktiskt syfte. Utredarens förslag, att bestämmelserna om reserverade kontrakt i artikel 77 i angivet direktiv inte bör genomföras i svensk rätt, bör följas.

Tilldelning av ett kontrakt i separata delar ("4 kap 10 §")

En uppdelning av ett kontrakt i separata delar förutsätter att den upphandlande myndigheten på lämpligt sätt axlar ansvaret som projektledare eller samordnare, och därmed tar ett ansvar för helheten. I annat fall föreligger en betydande risk för brister i såväl kvalitet som funktionalitet. Svenskt Näringsliv instämmer bl.a. av detta skäl i utredarens uppfattning att det inte finns någon anledning att införa ett obligatorium avseende att tilldela ett kontrakt i delar, varken generellt eller för vissa typer av upphandlingar eller upphandlingsföremål. En sådan bestämmelse skulle enbart skapa

ett mycket betydande merarbete, särskilt för upphandlande myndigheter, utan någon konstaterbar nytta för t.ex. små företag.

Ramavtal ("7 kap 3 § och 6 §")

Genom det nya direktivet om varor, tjänster och byggentreprenader blir det obligatoriskt för medlemsländerna att införa regler om ramavtal. Enligt direktivets systematik är ett ramavtal inte i sig ett kontrakt. Dock förhåller det sig så att ett företag, efter att ha tecknat ett ramavtal, också förväntar sig att få leverera i enlighet med avtalet. Även om ramavtalet inte är att betrakta som ett kontrakt i direktivets mening så uppfattas det ofta av företagen som ett sådant.

Föreningen har under lång tid kritiserat användningen av ramavtal, som bl.a. inte sällan inneburit att en upphandlande myndighet tecknat ett flertal parallella ramavtal utan att ens ha haft tanken att avropa från dem alla. Om företagen insåg att en upphandlande myndighet inte är förpliktad att avropa från ett ingånget ramavtal skulle de sannolikt i högre grad än nu överväga om det alls är värt att delta i offentlig upphandling. Det vore därför värdefullt om det i den fortsatta beredningen av lagstiftningsärendet ännu mer tydligt kunde redogöras för skillnaden mellan ett ramavtal och ett upphandlingskontrakt.

I vilken utsträckning ett ramavtal är ömsesidigt civilrättsligt förpliktande kommer som anmärkts att behöva fastställas i särskild ordning.

Beträffande möjligheten att ta hänsyn till fysiska personers behov eller val vill Föreningen instämma i vad som anförs i departementspromemorian. Redan av principiella skäl framstår det som olämpligt att lagfästa skäl anförda i ett EU-direktivs beaktandesatser. Lika med promemorian anser vi att det bör lämnas åt upphandlande myndigheter att, med beaktande av upphandlingsregelverket i stort, själva utforma villkor och fördelningsnycklar.

Uteslutning av leverantörer ("13 kap 2 § första stycket jämfört med 19 kap 17 § resp. 13 kap 5 § andra stycket")

Det synes föreligga en diskrepans mellan att en leverantör under vissa förutsättningar (t.ex. lagakraftvunnen dom avseende obetald skatt) ska uteslutas enligt de direktivstyrda reglerna, men enligt de icke direktivstyrda får uteslutas. Såvitt vi kan se har utredaren inte i funktionellt avseende motiverat varför en upphandling som t.ex. kanske bara obetydligt understiger det direktivstyrda området skulle vara underkastad en mindre ingripande reglering. Frågan förtjänar att belysas närmare i det fortsatta lagstiftningsarbetet.

Det principiellt motsatta förhållandet gäller möjligheten att undgå uteslutning (genom rättelse i efterhand) enligt regeln i 13 kap 5 § andra stycket. Här föreligger såvitt vi kan se ingen motsvarande möjlighet på det icke direktivstyrda området. Inte heller i detta avseende kan vi hitta en funktionell motivering.

Nya bestämmelser om tilldelningskriterier ("16 kap 4 §")

Som vi inledningsvis anmärkt kommer de nya reglerna om tilldelningskriterier att ställa nuvarande ordning på huvudet. Detta framgår inte helt tydligt av utredningsmannens förslag till lagtext. I direktiven sägs uttryckligen att tilldelningskriterier ska anses vara kopplade till föremålet för den offentliga upphandlingen (= varan eller tjänsten) oavsett om de utgör en del av varan eller tjänsten. F.n. gäller att ett tilldelningskriterium, med de undantag som EU-domstolens praxis anvisar, måste ha en konkret innebörd för varans eller tjänstens egenskaper. Så kommer fortsättningsvis inte att vara fallet. Ett tilldelningskriterium kan således avse en produktionsprocess eller vilket som helst annat villkor under själva produktionen, inkluderande både förhållanden före – t.ex. råvaruframställningen – som efter – t.ex. skrotning eller återvinning. Det bör beaktas att tillämpningen av bestämmelsen om tilldelningskriterier i lika mån kan påverka också tjänsteföretag. Vi kan inte nog kraftigt understryka att denna förändring riskerar att få synnerligen ingripande återverkningar i företagen, i synnerhet om de krav som kan komma att uppställas i praktisk mening ligger bortom all kontroll för ett enskilt företag. I sådana fall lär företag vara obenägna att lämna anbud i offentlig upphandling ö.h.t. Ett förtydligande av föreslagen lagtext vore därför önskvärd.

Uteslutning av leverantör p.g.a. onormalt lågt anbud ("16 kap 11 § första stycket")

Utredaren anser att de nya direktiven innebär en förändring avseende den upphandlande myndighetens nu föreliggande möjlighet att godta anbud även om de skulle kunna anses onormalt låga. Utredaren menar att det med de nya direktiven i stället finns en skyldighet att förkasta ett anbud som kan anses onormalt lågt. I avsaknad av vägledande praxis från EU-domstolen måste emellertid hans resonemang avvisas, i all synnerhet som den aktuella direktivtexten (Art. 69.3) uttryckligen fortfarande säger "får...förkasta", inte "bör" eller "ska". Ordalydelsen i den föreslagna 16 kap 11 § första stycket är således enligt vår mening oriktig, och bör ändras från "ska" till "kan". Däremot framhåller utredaren med rätta den tämligen långtgående utredningsskyldighet som enligt direktivet (Art. 69.1-2) åligger den upphandlande myndigheten när den finner att ett anbud kan anses vara onormalt lågt.

Betalning direkt till en underleverantör ("17 kap 4 §")

Utredaren anför att frågan om huruvida betalning skall kunna ske direkt till en underleverantör eller inte lämpligen bör lämnas till involverade parter (upphandlande myndighet/enhet, leverantör och underleverantör) att hantera inom ramen för avtalsfriheten. Vidare anför utredaren att denna bedömning vinner stöd på så sätt att EU-lagstiftaren enligt artikeln sett det som nödvändigt att myndigheten eller enheten bör konstruera en ordning som möjliggör för leverantören att invända mot betalningen av underleverantören (enligt artikeln dock "kan", ej "bör"). Trots att det enligt utredaren således är olämpligt att införa en regel om att myndigheten får betala för kontraktets fullgörande direkt till en underleverantör om denne begär det, och

kontraktets art tillåter det, så föreslås detta mot bakgrund av att utredaren inte finner några lagtekniska invändningar mot bestämmelserna. Svenskt Näringsliv kan inte annat än ställa sig helt oförstående till ett sådant resonemang och motsätter sig bestämt införande av en sådan regel. Det inses lätt att en bestämmelse av denna karaktär i praktiken skulle kunna åstadkomma betydande problem, av både juridisk och leveransteknisk karaktär.

Dokumentationsplikt ("19 kap 26 § andra stycket")

Ett redaktionellt fel synes ha insmugit sig i rubricerade text. Vi kan inte annars inse varför den angivna dokumentationsskyldigheten skulle omfatta endast upphandlingar under 100 000 kronor, men inte dem över detta belopp. Om något misstag inte är begånget bör det beaktas att en dokumentationsplikt för alla upphandlingar under 100 000 kronor sannolikt skulle bli mycket omfattande och därmed administrativt onödigt betungande.

Göran Norén

Birgitta Laurent

Olof Erixon