



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Gustaf Erlandsson

Märkbar påverkan på upphandlingsrätten

Betydelsen av överträdelser av förbudet mot konkurrensbegränsande samarbeten
ur en upphandlingsrättslig kontext

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet
30 högskolepoäng

Handledare: Bengt Lundell

Termin för examen: Period 1 HT2017

Innehåll

| | |
|--|----|
| SUMMARY | 1 |
| SAMMANFATTNING | 2 |
| FÖRORD | 3 |
| FÖRKORTNINGAR | 4 |
| 1 INLEDNING | 5 |
| 1.1 Bakgrund | 5 |
| 1.2 Syfte | 6 |
| 1.3 Frågeställningar | 6 |
| 1.4 Metod & material | 6 |
| 1.5 Avgränsningar | 10 |
| 1.6 Forskningsläge | 11 |
| 1.7 Disposition | 11 |
| 2 KONKURRENSBEGRÄNSANDE SAMARBETEN | 12 |
| 2.1 Konkurrensrättslig bakgrund | 12 |
| 2.2 Förbud mot konkurrensbegränsande samarbete | 12 |
| 2.2.1 Konkurrensbegränsande syfte eller resultat | 14 |
| 2.2.2 Relevant marknad | 15 |
| 2.2.3 Märkbar påverkan | 17 |
| 2.2.4 Vertikala samarbeten | 17 |
| 2.2.5 Horisontella samarbeten | 18 |
| 2.2.5.1 Samarbeten om prissättning | 19 |
| 2.2.5.2 Informationsutbyte mellan konkurrenter | 19 |
| 2.2.5.3 Avtal om produktion | 20 |
| 2.2.5.4 Avtal som sätter upp effektiv kontroll över marknaden | 21 |
| 2.3 Sanktioner mot konkurrensbegränsande samarbeten | 23 |
| 2.3.1 Civilrättslig ogiltighet | 23 |
| 2.3.2 Konkurrenskadeavgift | 24 |
| 2.3.3 Näringsförbud | 26 |
| 2.4 Eftergift av sanktioner vid konkurrensbegränsande samarbeten | 27 |
| 2.4.1 Eftergift av konkurrenskadeavgift | 27 |
| 2.4.2 Nedsättning av konkurrenskadeavgift | 30 |

| | | |
|-------|---|----|
| 3 | DET UPPHANDLINGSRÄTTSLIGA REGELVERKET | 32 |
| 3.1 | De upphandlingsrättsliga grundprinciperna | 33 |
| 3.1.1 | Likabehandlingsprincipen | 33 |
| 3.1.2 | Transparensprincipen | 34 |
| 3.1.3 | Principen om ömsesidigt erkännande | 35 |
| 3.1.4 | Icke-diskrimineringsprincipen | 36 |
| 3.1.5 | Proportionalitetsprincipen | 36 |
| 3.1.6 | Andra EU-rättsliga principers påverkan på upphandlingsrätten | 37 |
| 3.2 | Allmän bakgrund om uteslutning av leverantör | 37 |
| 3.2.1 | Obligatoriska uteslutningsgrunder | 37 |
| 3.2.2 | Fakultativa uteslutningsgrunder | 39 |
| 3.3 | Uteslutning av leverantör som deltagit i konkurrensbegränsande samarbeten | 40 |
| 3.4 | Situationer när samarbeten mellan leverantörer är tillåtna | 42 |
| 3.5 | Self cleaning | 43 |
| 4 | FÖRHÅLLET MELLAN REGELVERKEN | 46 |
| 4.1 | Bevisfrågor | 46 |
| 4.2 | Företrädaransvar | 53 |
| 4.3 | Förhållandet mellan eftergift och self-cleaning | 56 |
| 5 | SAMMANFATTANDE SLUTSATSER | 58 |
| | KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING | 60 |
| | RÄTTSFALLSFÖRTECKNING | 64 |

Summary

One of the cornerstones of the cooperation between the states within the European Union is the common market. This cornerstone is maintained through the competition and public procurement regulation. There is, however, a question of how the two regulations interact with each other. There is an explicit possibility to exclude an economic operator if there are sufficient plausible indications to conclude that the economic operator has entered into agreements with other operators aimed at distorting competition. To conclude that there is a violation of competition law it must be determined that the agreement has an anti-competitive object or result.

As competition law sets higher demands on the evidence used to prove a violation than procurement law, the demands set out by competition law should prevail. Otherwise, there is a risk that an economic operator is excluded for actions that it hasn't been part of. Something that would be against the presumption of innocence.

There is also a difference when it comes to the possibility to claim responsibility from an economic operator's representatives. According to competition law, a representative can be prohibited from carrying on business, any similar possibilities don't exist in the regulation of public procurement. This is a problem since the procurement regulation can be circumvented by transferring the business to a new economic operator. To seal this gap there should be an explicit possibility to claim responsibility from an economic operator's representatives. A possibility to exclude an economic operator from the procurement process, if the operator's representatives previously committed violations of the competition regulation, without going so far as prohibiting the representative from carrying out business.

Lastly, there is one area where the procurement- and competition regulations shouldn't affect each other. The possibility to avoid exclusion or damages. Both systems have possibilities to avoid sanctions by cooperating with the authorities. That an economic operator fulfils the requirements to take part in a leniency program doesn't automatically mean that the operator should avoid exclusion from the procurement process. The assessment whether an operator should avoid sanctions or not must be determined without taking into account of how the operator's actions would be judged.

Sammanfattning

En av grundstenarna i samarbetet mellan staterna i EU är den gemensamma marknaden. Denna grundsten upprätthålls genom det konkurrensrättsliga och det upphandlingsrättsliga regelverket. Frågan uppkommer dock hur de två regelverken interagerar. Det finns en uttrycklig möjlighet att utesluta en leverantör ur en upphandlingsprocess om det finns sannolika indikationer på att leverantören ingått samarbeten för att snedvrída konkurrensen. För att en överträdelse av konkurrensrättens ska konstateras krävs dock att samarbetet har objektivt konkurrensbegränsande syfte eller resultat.

Då konkurrensrätten har strängare beviskrav än upphandlingsrätten bör de konkurrensrättsliga kraven ha företräde framför upphandlingsrätten. Annars finns det en risk att leverantörer utesluts från en upphandlingsprocess på grund av ett agerande som leverantören inte har gjort sig skyldig till. Något som också skulle strida mot den konkurrensrättsliga oskuldprincipen.

Vidare finns det en skillnad mellan upphandlingsrätten och konkurrensrätten när det kommer till möjligheten att utkräva ansvar från ett företags företrädare. Då man inom konkurrensrätten kan utkräva ansvar från en företrädare genom en talan om näringsförbud, saknas motsvarande möjlighet inom upphandlingsrätten. Detta skapar ett problem då det går att kringgå upphandlingsrätten genom att överföra verksamheten till en ny juridisk person. För att täppa till denna lucka i lagstiftningen bör det införas regler om uttryckligt företrädaransvar inom upphandlingsrätten. En möjlighet att utesluta en leverantör ur upphandlingsprocessen om dess företrädare gjort sig skyldig till konkurrensrättsliga överträdelser skulle vidare medföra en möjlighet att sanktionera den konkurrensrättsliga överträdelsen utan att sanktionen blir lika långtgående som ett näringsförbud.

Avslutningsvis berör uppsatsen ett område där upphandlingsrätten och konkurrensrätten inte bör få avgörande påverkan på varandra. Detta område är möjligheten för ett företag att undgå uteslutning eller konkurrensskadeavgift. Båda regelsystemen har möjligheter att undgå sanktioner genom att bland annat samarbeta med myndigheterna. Att ett företag uppfyller kraven för att konkurrensskadeavgiften ska efterges medför dock inte automatiskt att företaget inte ska uteslutas ur en upphandlingsprocess. Bedömningen av huruvida ett företag ska undgå sanktioner eller ej måste alltså göras oberoende av hur en bedömning av det andra regelverket sett ut.

Förord

Jag vill tacka min handledare Bengt Lundell för stöd och feedback under skrivandet av denna uppsats.

För övrigt tillägnar jag denna uppsats till Vildanden.

Vi åt tacos.

Vi drack fulsprit.

Vi hade banandräkt.

Gustaf Erlandsson

december 2017

Förkortningar

| | |
|---------------------------|---|
| Direktiv18 | Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster. |
| Direktiv24 | Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG. |
| EU | Europeiska unionen |
| FEUF | Fördraget om Europeiska Unionens Funktionssätt |
| FPL | Förvaltningsprocesslag (1972:291) |
| HFD | Högsta förvaltningsdomstolen |
| HD | Högsta domstolen |
| KL | Konkurrenslag (2008:579) |
| Kommissionen | Europeiska Kommissionen |
| LNF | Lag (2014:836) om näringsförbud |
| LOU | Lag (2016:1145) om offentlig upphandling |
| LUF | Lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna |
| LUFS | Lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet |
| LUK | Lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner |
| Prop. | Proposition |
| RB | Rättegångsbalk (1942:740) |
| SOU | Statens offentliga utredningar |
| Tillämpningsförfordningen | Rådets förordning (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget |
| ÄLOU | Lag (2007:1091) om offentligt upphandling |

1 Inledning

1.1 Bakgrund

En av grunderna i samarbetet mellan EU:s medlemsstater är den inre marknaden. Den inre marknaden upprätthålls bland annat genom de konkurrens- och upphandlingsrättsliga regelverken. Regelverken är dock, sina snarlika syften till trots, väldigt olika utformade. I och med ikraftträdandet av Direktiv24¹ infördes en uttrycklig skärningspunkt mellan de två regelverken. Möjligheten att utesluta en leverantör som har ingått överenskommelser med syfte att begränsa konkurrensen ur upphandlingsprocessen.

Utformningen av bestämmelserna i Direktiv24 och i lag (2016:1145) om offentlig upphandling² har väckt frågor om hur de kommer att tillämpas i praktiken. Det finns bland annat frågetecken om hur bevisfrågor kommer hanteras när en leverantör utesluts ur en upphandlingsprocess på grund av misstanke om konkurrensbegränsande samarbeten. Oklarheterna i bestämmelserna har fått såväl Konkurrensverket som Upphandlingsmyndigheten att gå ut med klargöranden med hur bestämmelserna, enligt myndigheterna, ska tillämpas.³

Även om myndigheterna försökt klargöra hur de anser att bestämmelserna ska tillämpas finns det fortfarande en rad frågetecken om bestämmelsens tillämpning i praktiken. Viss förklaring till oklarheterna är det faktum att det är konkurrensmyndigheter som tillämpar förbudet mot konkurrensbegränsande samarbeten, samtidigt som uteslutningsgrunderna i LOU tillämpas däremot av samtliga myndigheter som tillämpar LOU. Vidare uppkommer det frågor rörande hur upphandlande myndighet ska göra en bedömning om det finns skäl att utesluta en leverantör ur upphandlingsprocessen eller ej.

Frågetecken rörande bestämmelsernas tillämpning skapar osäkerhet för både leverantörer och upphandlande myndighet. Leverantörerna riskerar att uteslutas på felaktiga grunder om upphandlande myndighet missförstått hur bestämmelserna ska tillämpas. Vidare riskerar upphandlande myndighet att fastna i långdragna domstolsprocesser som sinkar myndighetens verksamhet och medför stora kostnader om myndighetens tillämpning blir föremål för domstolsprövning.

¹ Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG.

² Citeras LOU.

³ Konkurrensverkets nyhetsbrev 15 juni 2017.

1.2 Syfte

Syftet med denna uppsats är att redogöra för regelverket rörande konkurrensbegränsande samarbeten och det upphandlingsrättsliga regelverket rörande uteslutning av leverantörer som varit del i konkurrensbegränsande samarbeten samt undersöka hur regelverken interagerar med varandra.

1.3 Frågeställningar

Uppsatsen kommer att utgå från följande frågeställningar:

1. Hur interagerar bevisfrågor mellan upphandlingsrätten och konkurrensrätten?
2. Hur förhåller sig regleringen om företrädaransvar mellan upphandlingsrätten och konkurrensrätten?
3. Hur förhåller sig ett beslut om eftergift eller nedsättning av konkurrens-skadeavgift till upphandlande myndighets möjligheter att utesluta en leverantör ur upphandlingsprocessen?

1.4 Metod & material

Då både den svenska upphandlings- och konkurrensrätten har sin grund i EU-rätten kommer två olika metoder användas i uppsatsen. Metoderna som används i uppsatsen är dels rättsdogmatisk metod, dels EU-rättslig metod.

Rättsdogmatisk metod har sin utgångspunkt i lagstiftning, rättspraxis, förarbeten och juridisk doktrin.⁴ Syftet med metoden är att fastställa gällande rätt. När den rättsdogmatiska metoden tillämpas måste det beaktas att domstolspraxis enligt svensk rätt inte är bindande, något som klargjorts av Högsta domstolen⁵ i NJA 1994 s. 194. Värdet av ett prejudikat vilar endast på de resonemang som förs fram i avgörandet och ett domstolsavgörande kan därför frångås om det är förlegat eller ogenomtänkt.⁶ Tyngden hos doktrin måste likt praxis sökas i de argument som förs fram, även om praxis har högre rättskällevärde än doktrin.⁷ Doktrinen har dock fördelar som andra rättskällor ofta saknar, eftersom författaren har en överblick av den aktuella och närliggande frågor samt deras tillämpning. Det är därför möjligt för doktrinen att påpeka och klargöra inkonsekvenser i rättsskipningen. Vidare åligger det doktrinen att visa hur rättstillämpningen ser ut *de lege lata*.⁸ Vad gäller förarbeten måste de generellt tillskrivas större tyngd än ett uttalande i doktrin, men kan inte ensamt användas

⁴ Kleineman Jan, *Rättsdogmatisk metod* i Korling, Fredric, Zamboni, Mauro *Juridisk metodlära*, Lund 2013 [Kleineman] s. 21.

⁵ Hädanefter HD.

⁶ Westberg, Peter: *Civilrättskipning*, Stockholm, 2013 s. 77.

⁷ Kleineman s. 28.

⁸ Kleineman s. 35.

för att uttolka hur en rättsregel ska tillämpas. Det är lagen som antas, inte förarbetsuttalandet.⁹

Före den EU-rättsliga metoden tillämpas måste initialt det inbördes förhållandet mellan olika EU-rättsakter klargöras. Vissa EU-rättsakter är bindande, den nationella rättstillämparen är skyldig att rätta sig efter dem. De bindande rättsakterna är primärrätten, stadgan, bindande sekundärrätt, internationella avtal, allmänna principer samt tribunalens och EU-domstolens praxis.¹⁰ Primärrätten utgörs av Fördraget om Europeiska Unionens Funktionssätt¹¹ och Fördraget om Europeiska Unionen, ländernas anslutningsfördrag och rättsakter som unionen beslutar om i enighet vilka har godkänts enligt medlemsländernas konstitutioner. De rättsakter som utfärdas med stöd av fördragen tillhör sekundärrätten. Till sekundärrätten hör förordningar, direktiv och beslut.¹²

I den EU-rättsliga rättskällelärans normhierarki är primärrättsakterna högst och har företräde framför samtliga sekundärakter.¹³ De EU-rättsliga bestämmelserna i primärrätten har också företräde framför nationella rättsakter som strider mot EU-rättsliga regler.¹⁴ Utöver det finns det en skyldighet för medlemsstaterna att vara lojala med EU-rätten.¹⁵

Eftersom EU bygger på lagstiftning i två nivåer, en unionsgemensam och 28 nationella, syftar tolkning av EU-rättsliga regler ofta till utveckling av hanteringsregler och tolkningsprinciper som gör att EU-rätten får ett effektivt och uniformt genomslag i medlemsstaterna.¹⁶ Den nationella rättstillämparen är skyldig att analysera den nationella lagstiftningen i ljuset av EU-rätten.¹⁷ Vidare måste den roll som de allmänna EU-rättsliga principerna spelar för tolkningen av EU-rätten beaktas.¹⁸

Materialet som har använts varierar mellan olika uppsatsens olika delar. Till följd av den korta tid som gått sedan LOU trädde i kraft finns det lite material skrivet om lagen med utgångspunkt i svensk rätt. Vidare har den uttryckliga möjligheten att utesluta en leverantör som agerat för att snedvrída konkurrens inte funnits i

⁹ Kleineman s. 28.

¹⁰ Hettne, Jörgen, Otken Eriksson, Ida, *EU-rättslig metod*, Stockholm, 2011 [Hettne & Otken Eriksson] s. 40.

¹¹ Hädanefter FEUF.

¹² Hettne & Otken Eriksson s. 41f.

¹³ Hettne & Otken Eriksson s. 42f.

¹⁴ EU-domstolens avgörande i mål C-6/64 *Flaminio Costa mot E. N. E. L.*

¹⁵ Reichel, Jane, *EU-rättslig metod* i Korling, Fredric, Zamboni, Mauro *Juridisk metodlära*, Lund 2013 [Reichel] s. 113.

¹⁶ Reichel s. 121.

¹⁷ Reichel s. 124.

¹⁸ Reichel s. 126.

lagen (2007:1091) om offentlig upphandling^{19, 20}. Det samma gäller regleringen av situationer när en leverantör inte ska uteslutas ur upphandlingsprocessen.²¹ Det medför att stora delar av det material som använts i framställningen som har sin grund i svensk upphandlingsrätt är hänförligt till ÅLOU. LOU trädde i kraft 1 januari 2017 och då lagen inte är tillämplig på upphandlingar som påbörjats före ikraftträdandet finns det begränsat antal domstolsavgörande med utgångspunkt i LOUs regler. Det gäller såväl avgöranden från svenska domstolar²² som EU-domstolen. Därför är de domstolsavgöranden som används i framställningen primärt hänförliga till de äldre reglerna men kan fortfarande användas för att redogöra för rättsläget enligt de nya reglerna. Många av de principer som styr upphandlingsområdet har också konkretiserats eller exemplifierats genom domstolsavgöranden, varpå dessa är nödvändiga för en förståelse av upphandlingsregelverket. Även läroböcker om offentlig upphandling har använts. Dessa böcker redogör dock inte på djupet för det upphandlingsrättsliga regelverket utan kan endast användas för att ge en grundläggande förståelse för hur regelverket är uppbyggt. För att skapa en djupare förståelse används istället kommentarer av upphandlingsregelverket.

Vad gäller det material som hänför sig till konkurrensrätten är det mer omfattande än det material som är hänförligt till upphandlingsrätten. Utöver litteratur konkretiseras konkurrensrätten i stor utsträckning genom att Europeiska Kommissionen²³ och Konkurrensverket har utfärdat en rad riktlinjer för hur de regelverken ska tillämpas. Det är också i många fall konkurrensmyndigheterna som beslutar huruvida en domstolsprocess ska inledas varpå myndighetens riktlinjer, direkt eller indirekt, kommer påverka domstolens prövning. Såväl nationell- som EU-rättspraxis har stor betydelse för tillämpningen av konkurrensrätten. Framställningen grundar sig vidare delvis på kommentarer till konkurrenslagen, som redogör för hur bestämmelserna ska tolkas och tillämpas. Kommentarererna grundar sig i såväl svensk rätt som i den EU-rättsliga regleringen och visar därför hur regelverket tillämpas ur ett svenskt perspektiv. Det finns dock anledning att djupare redogöra för en del av det material som används i uppsatsen.

Till stor del grundas den upphandlingsrättsliga framställningen på Sue Arrowsmiths bok *The law of public and utilities procurement [Volume 1], regulation in the EU and the UK*. Som framgår av titeln utgår Arrowsmith i sin framställning från både EU-rätt och brittisk rätt. Viss försiktighet är därför påkallad vid användning av Arrowsmiths framställning då de delar som är hänförliga till brittisk rätt inte är tillämpliga i en svensk kontext. Det ska också anmärkas att det finns en rad skillnader mellan bestämmelserna i Direktiv24 och reglerna i LOU varpå det som Arrowsmith skriver om Direktiv24 inte alltid är direkt

¹⁹ Citeras ÅLOU.

²⁰ Regeringens proposition 2015/16:195 – Nytt regelverk om upphandling [Prop. 2015/16:195] s. 1086.

²¹ Prop. 2015/16:195 s. 1088f.

²² Detta gäller framförallt i förhållande till avgöranden från kammarrätterna och Högsta förvaltningsdomstolen.

²³ Hädanefter Kommissionen.

tillämpligt på svenska förhållanden. Arrowsmith gör dock i framställningen en jämförelse mellan Direktiv18²⁴ och Direktiv24 varför boken är viktig som referens för hur reglerna har utvecklats. Redogörelsen för såväl bestämmelser som praxis på unionsnivå är nödvändig för en komplett förståelse för upphandlingsregelverket och dess tillämpning. Arrowsmith är professor i offentlig upphandling vid universitetet i Nottingham. Hon är generellt betraktad som den främsta auktoriteten på upphandlingsområdet och har producerat en stor mängd material på området.

Utöver de riktlinjer som har använts för den konkurrensrättsliga framställningen har även litteratur från en rad författare använts. Bland de konkurrensrättsliga framställningarna som har använts ska bland annat *European Union Competition Law* av Bellamy and Child nämnas. Boken grundar sig som nämnt i den EU-rättsliga regleringen och ger en heltäckande bild av konkurrensrätten. Framställningen utvidgas vidare med supplement för att komplettera med ny praxis. Utöver den litteratur som ger en heltäckande bild av det konkurrensrättsliga regelverket grundar sig den del som rör bevisning i konkurrensrätt på boken *Evidence, Proof and Judicial Review in EU Competition Law* av Fernando Castillo de la Torre och Eric Gippini Fournier. Framställningen grundar sig i avgöranden från EU-domstolen och hur domstolen har uttalat sig i bevisfrågor. Båda författarna är processråd på Kommissionen och har gjort en djupanalys av praxis från domstolen för att ge en redogörelse över hur bevisfrågor kommer att bedömas vid en domstolsprövning.

När det gäller svenska domstolsavgöranden ska anmärkas att avgöranden enligt LOU prövas av allmän förvaltningsdomstol²⁵ men avgöranden som rör konkurrenslagen (2008:579)²⁶ kommer att prövas av specialdomstolar²⁷. Det processuella regelverket för en prövning enligt LOU sker enligt förvaltningsprocesslagen (1971:291)²⁸. En konkurrensrättslig prövning sker istället enligt rättegångsbalken (1942:740)²⁹ eller lag (1996:242) om domstolsärenden beroende på vilken fråga som prövas av domstolen. Detta väger in i hur bedömningen av domstolens resonemang ska göras, en specialdomstol har större kompetens inom sitt område jämfört med en domstol som prövar flera olika måltyper. Vidare medför antalet förvaltningsdomstolar att det inte på samma sätt går att på ett tydligt sätt ur praxis kan utläsas hur domstolen kommer tillämpa rätten i ett givet fall.

Avslutningsvis ska de domar från EU-domstolen som använts för framställningen kommenteras. I många fall sker rättsutvecklingen genom avgöranden från EU-domstolen inom såväl upphandlingsrätten som inom konkurrensrätten. Inom konkurrensrätten får vidare EU-domstolens

²⁴ Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtjänster, varor och tjänster.

²⁵ Förvaltningsrätt, kammarrätt och Högsta förvaltningsdomstolen.

²⁶ Hädanefter KL.

²⁷ Patent- och marknadsdomstolen och Patent- och marknadsöverdomstolen.

²⁸ Hädanefter FPL.

²⁹ Hädanefter RB.

avgöranden större betydelse då de nationella domstolarna och konkurrensmyndigheterna inte får tillämpa konkurrensrättsliga regler i strid med hur EU-domstolen tillämpat reglerna. Avgörandena på upphandlingsområdet rör i större utsträckning frågor om hur bestämmelser och principerna ska tolkas. Det ska också anmärkas att såväl domar från Tribunalen som från EU-domstolen och beslut från Kommissionen har använts i framställningen. Detta då Kommissionen i konkurrensrättsliga frågor har befogenhet att på egen hand fatta beslut bland annat om att utdöma konkurrensskadeavgift. Kommissionens beslut kan sedermera överklagas till Tribunalen och EU-domstolen. EU-domstolen kan dock endast pröva rena rättsfrågor och de frågor som kan prövas får endast grundas på bristande behörighet hos Tribunalen, rättegångsfel som kränker den enskildes intressen eller åsidosättande av unionsrätten.³⁰

1.5 Avgränsningar

Framställningen berör uteslutning ur en upphandlingsprocess av leverantör som ingått ett konkurrensbegränsande samarbete enligt reglerna i LOU. Uppsatsen kommer därför ej att beröra bestämmelserna i lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna³¹, lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner³², lag (2008:962) om valfrihetssystem eller lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet³³ samt till denna lagstiftning kopplade direktiv.

Framställningen fokuserar på möjligheterna för upphandlade myndighet att utesluta en leverantör från en upphandling om leverantören ingått samarbeten med syftet att snedvrیدا konkurrensen, samt undantagen från denna uteslutningsgrund. Frågor som berör andra uteslutningsgrunder kommer därför inte att vara föremål för djupare analyser. En översiktlig genomgång av övriga uteslutningsgrunder krävs dock för förståelse av reglerna som reglerar uteslutning av leverantörer som snedvridit konkurrensen. Vidare kommer det inte att ske någon redogörelse för de regler som reglerar andra delar av upphandlingsförfarandet än uteslutning av leverantörer.

Den konkurrensrättsliga framställningen kommer att vara begränsad till konkurrensbegränsande samarbeten, med fokus på horisontella avtal, samt sanktioner för företag som ingått konkurrensbegränsande avtal och möjligheten för eftergift av sådana sanktioner. Någon redogörelse för ett företags missbruk av dominerande ställning kommer därför inte att göras, då sådant missbruk uttryckligen inte kan läggas till grund för uteslutning av en leverantör enligt LOU. Då fokus ligger på horisontella avtal kommer endast en översiktlig redogörelse för vertikala avtal att göras. Det kommer inte heller att göras någon genomgång av de olika gruppundantag enligt vilka vissa avtal eller ageranden inte anses vara konkurrensbegränsande.

³⁰ Stadgan för Europeiska unionens domstol art. 58.

³¹ LUF.

³² LUK.

³³ LUFs.

Uppsatsen kommer vidare att ta upp två områden där möjligheten att utesluta en leverantör som ingått konkurrensbegränsande avtal kan skapa problem. Dessa problemområden är bevisproblematik och problematik med företrädaransvar. Det finns ytterligare områden där utformningen av bestämmelserna kan skapa problem, men de områden kommer inte att behandlas.

1.6 Forskningsläge

Som redogjorts för ovan finns det begränsat med material som berör de nya upphandlingsreglerna enligt svensk rätt. Det finns dock en liten del material som berör frågan ur ett EU-rättsligt perspektiv, bland dessa anses Sue Arrowsmiths framställningar vara de mest framstående. Ämnet får därför i stor utsträckning beskrivas med stöd av domstolsavgöranden och analyser av dessa avgöranden.

Forskningen inom konkurrensrätt är mer utvecklad och har större omfattning än den upphandlingsrättsliga forskningen. Det medför också att det finns forskning som rör specifika frågor inom konkurrensrätten och inte bara heltäckande redogörelser för regelverket.

1.7 Disposition

Uppsatsen inleds med en redogörelse för det konkurrensrättsliga regelverket, med fokus på förbudet mot konkurrensbegränsande samarbeten. Utöver en redogörelse för kriterierna för när ett avtal ska ses som konkurrensbegränsande redogörs för en rad exempel för avtal som särskilt hämmar konkurrensen. Vidare redogörs för de sanktioner som är kopplade till konkurrensbegränsande samarbeten och möjligheten att undgå sanktioner genom eftergiftsinstitutet.

Uppsatsens andra del är en redogörelse för det upphandlingsrättsliga regelverket. Redogörelsen grundas i de upphandlingsrättsliga principerna som styr hur upphandlande myndighet agerar i upphandlingsförfarandet. Vidare redogörs för regleringen för uteslutning av en leverantör ur upphandlingsprocessen med fokus på de fakultativa uteslutningsgrunderna och särskilt möjligheten att utesluta en leverantör som ingått överenskommelser med syfte att snedvrída konkurrensen. Den upphandlingsrättsliga redogörelsen avslutas med en redogörelse för möjligheterna att undgå uteslutning genom så kallad self-cleaning och situationer när samarbeten mellan leverantörer är tillåtna.

Tredje delen av uppsatsen fokuserar på förhållandet mellan det konkurrensrättsliga- och det upphandlingsrättsliga regelverket. De områden som redogörs för och diskuteras är hur bevisfrågor hanteras och frågan om företrädaransvar vid överträdelser av regelverken. Utöver dessa redogörelser analyseras även hur eftergiftsinstitutet inom konkurrensrätten förhåller sig till möjligheten att undkomma uteslutning genom self-cleaning. I uppsatsens tredje del vävs redogörelser för de olika systemens utformning och diskussion av hur systemen förhåller sig till varandra samman.

Uppsatsen avslutas sedan med några korta slutsatser av förhållandet mellan regelsystemet och konsekvenserna av detta förhållande.

2 Konkurrensbegränsande samarbeten

2.1 Konkurrensrättslig bakgrund

Syftet med de EU-rättsliga konkurrensreglerna är att förbjuda begränsningar i den fria konkurrensen. En konkurrensbegränsning föreligger endast om det framgår av en ekonomisk analys att ett företag har, helt eller delvis, avstått från att utöva ett sådant konkurrenstryck på den relevanta marknaden som kännetecknar effektiv konkurrens, samt att den ekonomiska effektiviteten och konsumenternas välbefinnande påverkas.³⁴ KL har som syfte att undanröja och motverka hinder mot effektiv konkurrens för varor, tjänster och andra områden.³⁵ KL är tillämplig på alla företag som är verksamma i näringslivet. Det finns dock en begränsning i och med användandet av begreppet företag.³⁶

Målet är att den svenska regleringen ska motsvara EUs konkurrensregler så långt det är möjligt.³⁷ Bestämmelserna är primärt fokuserade på agerande som negativt påverkar konkurrensen på den inre marknaden.³⁸

2.2 Förbud mot konkurrensbegränsande samarbete

Förbudet mot konkurrensbegränsande samarbete regleras av art. 101.1 FEUF och 2 kap. 1 § KL. Avtal som har till syfte eller resultat att konkurrensen på marknaden hindras, begränsas eller snedvrids är förbjudna. De två regelverken och domstolsprövningarna tillämpas mot samma typ av förfaranden men med olika utgångspunkter.³⁹ Om handeln mellan medlemsstaterna kan påverkas ska nationell konkurrensrätt och EU-rättsliga bestämmelser tillämpas parallellt. Någon faktisk påverkan på handeln mellan medlemsstaterna krävs inte utan en potentiell påverkan är tillräckligt för att bestämmelserna i FEUF ska vara tillämpliga.⁴⁰ Vidare får inte medlemsstaternas konkurrensmyndigheter eller

³⁴ Förslag till avgörande av generaladvokat Nils Wahl, mål C-194/14 P *AC-Treuhand AG mot Europeiska Kommissionen* punkt 1.

³⁵ SOU 2013:16 – Effektivare konkurrenstillsyn [SOU 2013:16] s. 29.

³⁶ SOU 2013:16 s. 30.

³⁷ SOU 2013:16 s. 29.

³⁸ Tillämpningsområdet för konkurrensreglerna i FEUF ska ställas i kontrast med konkurrensreglerna i KL som enligt sin ordalydelse endast är tillämpliga på den svenska marknaden.

³⁹ EU-domstolens avgörande i mål C-295/04 m.fl. *Vincenzo Manfredi mot Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA m.fl.* [Manfredi] punkt 38 med där refererade avgöranden.

⁴⁰ För vidare utveckling av samhandelskriteriets innebörd se Wahl, Nils, *Konkurrensförhållanden: om förhållandet mellan EGs konkurrensrätt och nationell konkurrensrätt* [Wahl] s. 149-161.

domstolar tillämpa nationell rätt i strid med fördragets regler eller EU-domstolens avgöranden.⁴¹

För att förbudet ska vara tillämplig krävs det att det finns *avtal eller överenskommelser* mellan parterna. Överenskommelsen kan vara skriftlig eller muntlig, med innebörden att ett eller flera företag frivilligt åtar sig att begränsa sin möjlighet att agera fritt på marknaden.⁴² Avgörande för frågan om det föreligger ett avtal eller ej är om det finns en gemensam vilja eller avsikt.⁴³ Även beslut som fattas av en sammanslutning av företag eller samordnande förfaranden ska likställas med avtal enligt 1 kap. 6 § KL. Exempel på avtal av en sammanslutning av företag är beslut av en branschorganisation som påverkar medlemmarnas agerande.⁴⁴ Endast medlemskap i en företagsammanslutning är inte tillräckligt för att det ska röra sig om ett konkurrensbegränsande beteende. Istället måste det i varje enskilt fall kontrolleras om sammanslutningen med bindande verkan kan fatta beslut för sina medlemmars räkning och om medlemmarna följer beslutet.⁴⁵ Ett samordnat förfarande föreligger om företag utan avtal agerar i samförstånd på ett sätt som begränsar konkurrensen på marknaden. Genom agerande i samförstånd har parterna, i praktiken, ett samarbete som undanröjer riskerna som finns på en konkurrensutsatt marknad. Parternas agerande måste dock ha föregåtts av direkta eller indirekta kontakter mellan företagen.⁴⁶ Om ett företag agerar ensidigt så kommer inte agerandet att omfattas av förbudet mot konkurrensbegränsande samarbeten. Ensidigt agerande som är en konsekvens av ett avtal eller en förbindelse mellan olika företag utgör dock ofta en del av ett otillåtet samarbete.⁴⁷ Förekomsten av indicier och omständigheter som talar för att företagen agerar i samförstånd kan vid en bedömning av företagets agerande vara tillräckligt för att avtalskravet ska vara uppfyllt.⁴⁸

Vidare krävs det att det är en överenskommelsen mellan två företag. Begreppet *företag* definieras i 1 kap. 5 § KL som fysisk eller juridisk person som bedriver verksamhet av ekonomisk eller kommersiell natur. Även en sammanslutning av företag ska ses som ett företag i konkurrensrättslig mening. Dock undantas den del av ett företags verksamhet som anses utgöra myndighetsutövning. Definitionen av företag medför att företagets rättsliga form och finansiering inte

⁴¹ Rådets förordning (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget [Tillämpningsförordningen] art.3. Förordningen rör tillämpningen av konkurrensreglerna enligt det tidigare fördraget. Bestämmelserna har i FEUF flyttats till art. 101 och 102, men förordningen är fortfarande i kraft och ger ledning av hur konkurrensreglerna ska tillämpas.

⁴² SOU 2013:16 s. 31. Se även Wahl s. 130.

⁴³ Karlsson, Johan, Östman, Marie, *Konkurrensrätt: en handbok*, Stockholm, 2014 [Karlsson & Östman] s. 180-183.

⁴⁴ SOU 2013:16 s. 31; Wahl s. 132.

⁴⁵ Karlsson & Östman s. 191f.

⁴⁶ SOU 2013:16 s. 31; Karlsson & Östman s. 194f.

⁴⁷ Karlsson & Östman s. 179f.

⁴⁸ EU-domstolens avgörande i mål C-204/00 P m.fl. *Aalborg Portland A/S m.fl. mot Europeiska Kommissionen [Aalborg Portland A/S]* punkt 56-57.

påverkar huruvida lagen är tillämplig. Därmed kan även en ideell organisation som bedrivs utan vinstsyfte komma att omfattas av lagens bestämmelser.⁴⁹ Istället för att se till ett företags legala form ser man till den ekonomiska enheten. Detta medför att företag som bolagsrättsligt ses som två olika enheter ur konkurrensrättslig synvinkel kommer att ses som en enhet. Avtal mellan två bolag som är att anse som konkurrensbegränsande, omfattas inte av förbudet om de sker inom samma ekonomiska enhet. Så är fallet vid vissa avtal inom en koncern mellan moderbolag och dotterbolag, förutsatt att modern har avgörande inflytande över dotterns agerande.⁵⁰ Men företagsbegreppet inom konkurrensrätten medför också att en juridisk person i vissa fall kan tillräknas handlande som en annan juridisk person gjort sig skyldig till.⁵¹

2.2.1 Konkurrensbegränsande syfte eller resultat

Vidare krävs det att avtalet har *konkurrensbegränsande syfte eller resultat*. Rekviriten för att ett avtal ska anses som konkurrensbegränsande är alternativa.⁵² I det fall parterna har upprättat avtalet med syfte att begränsa konkurrensen krävs det inte att avtalet har fått konkurrensbegränsande resultat, syftet är tillräckligt för att avtalet ska strida mot förbudet.⁵³ Bedömningen av huruvida ett avtal har konkurrensbegränsande syfte ska inte göras efter vad som är parternas inställning till syftet, utan utifrån en objektiv bedömning av avtalets syfte.⁵⁴ Dock bör begreppet konkurrensbegränsande syfte endast omfatta ageranden som har en inneboende grad av skadlighet för konkurrensen.⁵⁵ Bedömningen måste ske mot bakgrund av beteendets rättsliga och ekonomiska sammanhang, så att alla andra eventuella förklaringar till agerandet kan uteslutas.⁵⁶ Frågan om ett avtal

⁴⁹ Carlsson, Kenny och Bergman, Mats: *Konkurrenslagen*, Stockholm, 2017 (Zeteo) [Carlsson & Bergman] 1 kap. 5 §. 1.3; Wahl s. 132.

⁵⁰ EU-domstolens avgörande i mål C-73/95 P *Vibo Europé BV mot Europeiska Kommissionen* punkt 13-17. Se även Carlsson & Bergman 1 kap. 5 §. 2.2 och Karlsson & Östman s. 199-202.

⁵¹ Wahl s. 133. Se även EU-domstolens avgörande i mål C-48/69 *Imperial Chemical Industries Ltd. mot Europeiska gemenskapernas kommission* punkt 135 och mål C-40/73 m.fl. *Coöperatieve Vereniging Suiker Unie m.fl. mot Europeiska gemenskapernas kommission* [*Suiker Unie*] punkt 87.

⁵² Andersson, Helene, EU-domstolens avgörande i Cartes Bancaires-målet, Konkurrensbegränsande syfte eller effekt – vari ligger egentligen skillnaden? i *Europarättslig tidskrift* 2015 nr. 2 s. 371-378, [Andersson] s. 371.

⁵³ EU-domstolens avgörande i mål C-56/64 och 58/64 *Établissements Consten S.A.R.L. och Grundig-Verkaufs-GmbH mot Europeiska ekonomiska gemenskapens kommission* och mål C-226/11 *Expedia Inc. mot Autorité de la concurrence m.fl.* [*Expedia*] punkt 35-37. Jämför även resonemang i EU-domstolens avgörande i mål C-67/13 P *Groupement des Cartes Bancaires (CB) mot Europeiska Kommissionen* [*CB mot Kommissionen*] punkt 58 om förhållandet mellan konkurrensbegränsande syfte och effekter.

⁵⁴ Carlsson & Bergman 2 kap. 1 §. 2.2.2; Karlsson & Östman s. 213ff.

⁵⁵ *CB mot Kommissionen* punkt 57.

⁵⁶ EU-domstolens avgörande i mål C-439/09 *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS mot Président de l'Autorité de la concurrence m.fl.* punkt 47. Se även Förslag till avgörande av generaladvokat Nils Wahl, mål C-413/14 P *Intel Corporation Inc. Mot Europeiska Kommissionen* punkt 82. Målet rör missbruk av dominerande ställning, men Wahl gör i sitt förslag paralleller till konkurrensbegränsning genom syfte enligt art.101 FEUF.

har konkurrensbegränsande syfte ska göras utifrån tidpunkten när avtalet ingicks.⁵⁷

Om avtalet inte har konkurrensbegränsande syfte kan det fortfarande strida mot förbudet om avtalet har konkurrensbegränsande resultat. Vid bedömningen av huruvida ett avtal har konkurrensbegränsande resultat ser man till avtalets faktiska eller potentiella effekter på den relevanta marknaden. För att göra bedömningen av avtalets resultat måste man göra ett konkurrenstest. Situationen som skulle råda om inte avtalet funnits används som jämförelse för bedömningen av huruvida avtalet fått konkurrensbegränsande resultat eller ej.⁵⁸ Det är viktigt att särskilja på bedömningen av huruvida ett avtal begränsar konkurrensen genom sitt syfte eller resultat, risken är annars att ett avtal som saknar konkurrensbegränsande syfte, men som (potentiellt) har konkurrensbegränsande resultat får kvarstå då domstolen inte har tillräckligt material för att bedöma avtalets resultat.⁵⁹

2.2.2 Relevant marknad

Utöver avtalskriteriet och kravet på konkurrensbegränsning krävs det att den relevanta marknaden *påverkas på ett märkbart sätt*.⁶⁰ Kravet på att konkurrensen ska påverkas på ett märkbart sätt är oberoende av om agerandet har konkurrensbegränsande syfte eller konkurrensbegränsande resultat.⁶¹

För att kunna avgöra hur konkurrensen påverkas av ett samarbete måste den relevanta marknaden avgränsas och de aktuella företagens marknadsandelar bestämmas.⁶² Den relevanta marknaden delas upp mellan den relevanta produktmarknaden och den relevanta geografiska marknaden, var av båda måste tas med i bedömningen av ett företags marknadsställning.⁶³ Vid bestämmandet av den relevanta marknaden börjar prövningen med att avgränsa den *relevanta produktmarknaden* för att sedan avgränsa den relevanta geografiska marknaden.⁶⁴ Frågan om relevant produktmarknad ska avgöras genom att en bedömning görs av produkternas utbytbarhet. Om de aktuella varorna eller tjänsterna är

⁵⁷ Karlsson & Östman s. 216f.

⁵⁸ SOU 2013:16 s. 31f; Karlsson & Östman s. 218f.

⁵⁹ Se Patent- och marknadsöverdomstolens avgörande mål-nr. PMT 7497-16, meddelad 2017-04-28 *Aleris Diagnostik och Capiro S:t Görans Sjukhus mot Konkurrensverket [Aleris & Capiro]*. Jämför även resonemang i *CB mot Kommissionen* punkt 58 om förhållandet mellan konkurrensbegränsande syfte och effekter.

⁶⁰ SOU 2013:16 s. 32.

⁶¹ Karlsson & Östman s. 207.

⁶² Karlsson & Östman s. 120f.

⁶³ Se EU-domstolens avgörande i mål C-27/76 *United Brands mot Europeiska gemenskapernas kommission [United brands]* p. 10.

⁶⁴ Olsson, Katarina, *Marknadsbegreppets innebörd och utveckling i konkurrensrätten – En studie av hur begreppet relevant marknad redovisas i domstolsprocessen med utgångspunkt i Marknadsdomstolens domar*, Lund, 2009 [Olsson] s. 61.

utbytbara tillhör de samma produktmarknad.⁶⁵ För att avgöra om två produkter är utbytbara beaktas tre olika kriterier: funktionell substitution, uppfattbar substitution och hinder mot substitution.⁶⁶ Prövningen av huruvida två produkter är utbytbara ska enligt Kommissionen avgöras med hjälp av ett teoretiskt test, det så kallade SSNIP-testet.⁶⁷ I korthet kan testet sammanfattas som en bedömning av om en liten varaktig, men hypotetisk, prishöjning på den produkt som är föremål för bedömning kommer medföra att konsumenterna ersätter den med en annan produkt. Kommer konsumenterna att ersätta den prishöjda produkten med en annan produkt, eller kan de vända sig till ett annat företag i ett annat område för att införskaffa produkten, varpå prishöjningen blir olönsam tillhör de olika produkterna sannolikt samma (produkt och/eller geografiska) marknad.⁶⁸ Testet har dock kritiserats eftersom det använder försäljningspris som enda konkurrensvariabel och skulle därför kunna ge en skev bild av den relevanta marknaden.⁶⁹

För att avgöra *relevant geografisk marknad* ska det område där samtliga aktörer konkurrerar på samma villkor inom den relevanta produktmarknaden definieras. Villkoren måste inte vara objektivt fullständigt enhetliga inom området men måste uppvisa tillräckligt stor enhetlighet.⁷⁰ Den geografiska marknaden måste också kunna särskiljas från angränsande geografiska marknader på grundval av skillnader i konkurrensvillkoren.⁷¹ Som utgångspunkt vid bestämmandet av den geografiska marknaden beaktas uppgifter om fördelningen av marknadsandelar mellan företagen, samt skillnader i prissättning på nationell nivå och inom EU.⁷² Den relevanta geografiska marknaden kan begränsas till en medlemsstat men kan omfatta större områden såsom hela eller delar av EU eller i vissa fall omfatta hela världen. Den geografiska marknaden kan också i vissa fall vara mycket mindre och omfatta exempelvis en specifik region eller del av en medlemsstat.⁷³ Problematik kan vidare uppkomma när den geografiska marknaden ska bedömas enligt nationella konkurrensrätt eftersom den faktiska geografiska marknaden i dessa fall kan vara större än nationell rätts tillämpningsområde. Eftersom den relevanta marknads utformning kan förändras med tiden måste en ny

⁶⁵ EU-domstolens avgörande i mål C-85/76 *Hoffman-La Roche mot Europeiska gemenskapernas kommission* punkt 28. Se även Olsson s. 58.

⁶⁶ Wahl s. 207. Jämför Kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning [Tillkännagivande om relevant marknad] punkt 7. Exempel på frågan om substitution är *United Brands* där bananer och annan färsk frukt ansågs tillhöra olika produktmarknader.

⁶⁷ SSNIP står för Small but Significant Non-Transitionary Increase in Price, på svenska ungefär liten, men märkbar och bestående prisökning.

⁶⁸ Tillkännagivande om relevant marknad punkt 15-19.

⁶⁹ Se vidare Olsson s. 93ff.

⁷⁰ EU-domstolens avgörande i mål C-49/07 *Motosyketistiki Omosponida Ellado NIPID mot Elliniko Dimosio* p. 34.

⁷¹ Tillkännagivande om relevant marknad punkt 8.

⁷² Tillkännagivande om relevant marknad punkt 28-30.

⁷³ Olsson s. 64f.

bedömning av den relevanta marknaden göras vid varje enskild konkurrensprovning.⁷⁴

2.2.3 Märkbar påverkan

Hur stora marknadsandelar parterna i avtalet har och hur marknaden avgränsas påverkar hur märkbara avtalets effekter blir. Om den geografiska marknaden avgränsas till hela EU är det otroligt att ett avtal mellan två lokala företag kommer påverka konkurrensen på ett märkbart sätt. Avtal mellan konkurrenter om att dela upp marknaden mellan sig, bestämma priser eller begränsa försäljning och produktion är dock i stort sett alltid att betrakta som konkurrensbegränsande i märkbar utsträckning, oberoende av hur stora marknadsandelar som de inblandade företagen har.⁷⁵ Både Kommissionen och Konkurrensverket har dock riktlinjer för hur myndigheten ska agera i förhållande till avtal mellan parter med låga marknadsandelar.⁷⁶ Genom utfärdandet av dessa riktlinjer ges företag en möjlighet att själva bedöma huruvida det avtal de ingått med ett annat företag kan vara konkurrensbegränsande eller om det kommer ses som ett så kallat bagatellavtal.⁷⁷ Riktlinjerna är dock endast bindande för den myndighet som har utfärdat dem och en domstol, eller en annan konkurrensmyndighet, kan agera mot ett avtal som enligt riktlinjerna inte omfattas av förbudet. Istället ska riktlinjerna ses som en vägledning för tillämpningen av förbudet mot konkurrensbegränsande avtal.⁷⁸ Hur stora marknadsandelar som ett företag har är bara ett indicium som myndigheterna beaktar vid sin bedömning av huruvida ett avtal strider mot förbudet. Eftersom ett konkurrensbegränsande syfte anses vara så skadligt för konkurrensen att någon bedömning av vilka resultat beteendet har fått inte måste göras kan även avtal mellan företag vars marknadsandelar understiger de trösklar som framgår av riktlinjerna vara förbjudna.⁷⁹

2.2.4 Vertikala samarbeten

Ett vertikalt samarbete föreligger när avtal ingås mellan företag på olika nivåer i en leverantörskedja. Det kan exempelvis röra sig om avtal mellan en tillverkare

⁷⁴ Karlsson & Östman s. 123 & 151f.

⁷⁵ Carlsson & Bergman 2 kap. 1 §. Se även Förstainstansens avgörande i mål T-374/94 m.fl. *European Night Services Ltd m.fl. mot Europeiska Kommissionen* punkt 88 och EU-domstolens avgörande i mål C-100/80 m.fl. *SA Musique Diffusion Française m.fl. mot Europeiska gemenskapernas kommission* punkt 83.

⁷⁶ Meddelande från Europeiska Unionens instruktioner, byråer och organ, Europeiska Kommissionen, Meddelande från Kommissionen – Tillkännagivande om avtal med mindre betydelse som inte märkbart begränsar konkurrensen enligt artikel 101.1 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (stöd av mindre betydelse) [Kommissionens riktlinjer om bagatellavtal] och Konkurrensverkets författningssamling KKVFS 2017:3, Konkurrensverkets allmänna råd om avtal av mindre betydelse (bagatellavtal) som inte omfattas av förbudet i 2 kap. 1 § konkurrenslagen (2008:579) [Konkurrensverkets riktlinjer om bagatellavtal].

⁷⁷ Karlsson & Östman s. 208f.

⁷⁸ *Expedia* punkt 31; Kommissionens riktlinjer om bagatellavtal punkt 5 samt Konkurrensverkets riktlinjer om bagatellavtal punkt 5.

⁷⁹ *Expedia* punkt 31 & 38; Kommissionens riktlinjer om bagatellavtal punkt 2.

och en återförsäljare eller distributör. Traditionellt anses inte vertikala samarbeten vara lika allvarliga som horisontella samarbeten ur en konkurrensrättssynpunkt.⁸⁰

De negativa effekterna av vertikala samarbeten kan vara utestängande av leverantörer eller konkurrenter, uppmjukning mellan konkurrenter i både köpar- och leverantörsledet samt hinder för konsumenter att köpa de varor och tjänster som de vill.⁸¹ Avtal som ger en försäljare ensamrätt att sälja ett varumärke hindrar konkurrensen mellan olika aktörer i försäljarledet. På samma sätt skapar ett ensamåterförsäljaravtal hinder mot konkurrensen genom att begränsa försäljarens möjligheter att ta in produkter från andra leverantörer.⁸² Frågan om ett vertikalt samarbete anses ha negativa effekter på konkurrensen måste avgöras utifrån omständigheterna i det enskilda fallet och någon slutsats om huruvida avtalen till sin natur är konkurrensbegränsande kan inte göras. Av särskilt intresse är frågan om det finns marknadsstyrka i något led samt om det finns hinder mot att nya aktörer träder in på marknaden. Om företagen inte har någon marknadsstyrka kan avtalet inte sägas ha några negativa effekter.⁸³

Vertikala avtal kan dock medföra en rad fördelar som främjar konkurrensen i större utsträckning än vad den begränsas. Vertikala samarbeten kan gynna konkurrensen om de medför möjligheter för ett företag att slå sig in på en ny marknad. Ytterligare ett exempel är om det vertikala samarbetet skapar stordriftsfördelar som minskar återförsäljningspriser och ökar effektiviteten på marknaden.⁸⁴

2.2.5 Horisontella samarbeten

Ett horisontellt konkurrensbegränsande samarbete föreligger om ett avtal ingås mellan faktiska eller potentiella konkurrenter.⁸⁵ Ett horisontellt samarbete kan medföra stora ekonomiska fördelar såsom ökad produktivitet, högre innovationstakt och lägre kostnader. Men horisontella samarbeten riskerar också att få stor negativ påverkan på konkurrensen. Exempel på hur konkurrensen kan påverkas är om konkurrenter delar upp marknaden mellan sig eller fastställer priser.⁸⁶ För varje horisontellt samarbete måste en bedömning göras av de konkurrensbegränsande effekterna, enligt art.101.1 FEUF, och de konkurrensfrämjande effekterna som avtalet medför, enligt 101.3 FEUF. Först efter denna

⁸⁰ Carlsson & Bergman 2 kap. 1 § (1.1).

⁸¹ Meddelande från Europeiska Unionens instruktioner, byråer och organ, Europeiska Kommissionen – Riktlinjer om vertikala begränsningar [Kommissionens riktlinjer om vertikala begränsningar] punkt 100. Se även Klasson & Östman s. 441ff.

⁸² Kommissionens riktlinjer om vertikala begränsningar punkt 101-104.

⁸³ Karlsson & Östman s. 442f.

⁸⁴ Kommissionens riktlinjer om vertikala begränsningar punkt 106-109.

⁸⁵ Meddelande från Europeiska Unionens instruktioner, byråer och organ, Europeiska Kommissionen, Meddelande från Kommissionen – Riktlinjer för tillämpningen av artikel 101 i fördraget om Europeiska unionens horisontella samarbetsavtal [Kommissionens riktlinjer om horisontella samarbetsavtal] punkt 1.

⁸⁶ Kommissionens riktlinjer om horisontella samarbetsavtal punkt 2-3.

bedömning kan man få klarhet i huruvida avtalet ska betraktas som konkurrensbegränsande och förbjudet, eller ej.⁸⁷

2.2.5.1 Samarbeten om prissättning

Avtal mellan konkurrenter om försäljningspriser anses vara särskilt skadligt för konkurrensen. Prissamarbeten utgör alltid syftesöverträdelse.⁸⁸ Även avtal mellan konkurrenter om fastställande av inköpspriser av material och råvaror har ansetts utgöra syftesöverträdelse.⁸⁹ Även fastställande av rabatter har ansetts vara ett otillåtet prissättningsamarbete.⁹⁰ Avtal som bestämmer hur en vara ska prissättas är konkurrensbegränsande även om inte avtalet har fått någon reell effekt på parternas agerande.⁹¹

Avtal om att i förväg besluta hur olika anbudsgivare ska utforma sina anbud eller vilken leverantör som ska vinna en anbudsgivning är att anse som särskilt konkurrensbegränsande och förbjudet. Ett sådant agerande kan innebära att ett företag medvetet lämnar ett anbud som inte är konkurrenskraftigt eller bara lämnar anbud på en del av en upphandling.⁹² Även samarbeten inom ramen för en samlingsorganisation som innebär att företagen på förhand beslutar om vem som ska vinna en upphandling anses stå i strid med samlingsförbudet.⁹³ En anbudskartell kan medföra att prisbildningen anpassas efter det företag som är minst effektivt, vilket kan skapa otillbörliga vinster hos de företag med högre effektivitet.⁹⁴

2.2.5.2 Informationsutbyte mellan konkurrenter

Även rent informationsutbyte mellan konkurrenter anses vara konkurrensbegränsande. Det kan gälla såväl utbyte av information om företagets kostnader som information om ett företags försäljning.⁹⁵ Ett informationsutbyte mellan konkurrenter kan medföra att företagen kan förutse varandras agerande och möjliggör för dem att anpassa verksamheten efter informationen. Informationen

⁸⁷ Kommissionens riktlinjer om horisontella samlingsavtal punkt 20.

⁸⁸ Förstainstansens avgörande i mål T-229/94 *Deutsche Bahn AG mot Europeiska gemenskapernas kommission*. Förstainstansens domslut fastställdes i EU-domstolens avgörande i mål C-436/97 P *Deutsche Bahn AG mot Europeiska gemenskapernas kommission*.

⁸⁹ Kommissionens beslut 2004-10-20, COMP/C.38.238/B.2 – *Raw Tobacco Spain* och 2005-10-20, COMP/C.38.281/B.2 – *Raw Tobacco Italy*.

⁹⁰ Marknadsdomstolens avgörande mål-nr MD 2008:12, meddelad 2008-09-10 *Bilhandlarkartellen*.

⁹¹ EU-domstolens avgörande i mål C-286/13 P *Dole Food Company mot Europeiska Kommissionen [Dole]* punkt 112-115.

⁹² Se bland annat Marknadsdomstolens avgörande mål-nr. MD 2009:11, meddelad 2009-05-28 *Asfaltkartellen*; Karlsson & Östman s. 376f.

⁹³ Förstainstansens avgörande i mål T-29/92 *Vereniging van Samenwerkende Prijsregelende Organisaties in de Bouwnijverheid m.fl. mot Europeiska gemenskapernas kommission* och EU-domstolens avgörande i mål C-137/95 P *Vereniging van Samenwerkende Prijsregelende Organisaties in de Bouwnijverheid m.fl. mot Europeiska gemenskapernas kommission*.

⁹⁴ Karlsson & Östman s. 379.

⁹⁵ Se Marknadsdomstolens avgörande mål-nr. MD 2005:7, meddelad 2005-02-22 *Bensinkartellen* och Kommissionens beslut 1986-12-02 IV/31.128 – *Fatty Acids*.

som utbyts måste dock vara av den karaktär att mottagaren kan anpassa sin verksamhet efter informationen. Fördelar som ett företag kan få genom exempelvis ny prissättning kan då undanröjas genom att resterande aktörer på marknaden direkt anpassar sig till den nya prisbilden.⁹⁶ Det samma torde gälla om en branschorganisation samlar in information från sina medlemmar för att kunna fastställa ett genomsnittligt försäljningspris. Det genomsnittliga priset kan ses som en indikation för medlemmarna om hur de ska utforma sin prissättning och kan därmed begränsa konkurrensen.⁹⁷ Bedömningen av de skadliga effekterna av informationsutbyte mellan konkurrenter måste dock göras i förhållande till i vilken utsträckning den information som delges är allmänt känd. Information som är allmänt känd kan inte sägas ha samma konkurrensbegränsande konsekvenser när den delas mellan konkurrenter som om informationen bara varit känd hos ett fåtal aktörer.⁹⁸

2.2.5.3 Avtal om produktion

Avtal om produktion kan påverka priserna på marknaden genom att bara en begränsad mängd varor görs tillgängliga eller verksamhet som finns i en annan del av produktionsledet hindras.⁹⁹ Risken att ett produktionsavtal är konkurrensbegränsande ökar ju större marknadsandel parterna har.¹⁰⁰ Traditionellt sätt är avtal om att begränsa produktion ett led i ett samarbete om att fastställa priser eller dela upp marknader, då fri produktion skulle underminera resterande delar av samarbetet.¹⁰¹ Exempel på ett avtal om produktion som anses vara otillåtet är avtal enligt vilket avtalsparterna förbinder sig att endast producera en viss kvot. Avtal om produktion av en viss kvot av varor är ofta kopplad till någon form av sanktion för det företag som överproducerar eller inte når upp till kvoten.¹⁰² Avtal som delar upp produktionen bör generellt anses vara konkurrensbegränsande, även om de i vissa fall kan vara tillåtna, förutsatt att konkurrensen inte påverkas negativt.¹⁰³ Även avtal som medför att olika företag specialiserar sig på olika områden eller produkter medför förbjudna konkurrensbegränsningar, eftersom det kan påverka konkurrensen negativt inom ett specifikt marknadssegment.¹⁰⁴

⁹⁶ EU-domstolens avgörande i mål C-239/11 P m.fl. *Siemens m.fl. mot Europeiska Kommissionen* punkt 250-253; mål C-8/08 *T-Mobile Netherlands BV m.fl. mot Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit [T-Mobile]* punkt 32 samt *Dole* punkt 119-121. Se också John, Laura Elizabeth, *European Union law of competition. third cumulative supplement to the seventh edition*, 2016 [Bellamy and Child – *Third supplement*] s. 100f och Karlsson & Östman s. 358.

⁹⁷ Karlsson & Bergman 2 kap. 1 § (13.2). Se även Marknadsdomstolens avgörande mål-nr. MD 2005:5, meddelad 2005-02-09 *VVS-leverantörerna*.

⁹⁸ Karlsson & Östman s. 361.

⁹⁹ Kommissionens riktlinjer om horisontella samarbetsavtal punkt 158-159.

¹⁰⁰ Karlsson & Östman s. 320.

¹⁰¹ Rose, Vivien, Bailey, David, Bellamy, Christopher W. & Child, Graham D. (red.), *European Union law of competition*, 2013 [Bellamy and Child] 5.060; Karlsson & Östman s. 323f.

¹⁰² Karlsson & Bergman 2 kap. 1 § (6.1).

¹⁰³ Kommissionens riktlinjer om horisontella samarbetsavtal punkt 160-161.

¹⁰⁴ Kommissionens riktlinjer om horisontella samarbetsavtal punkt 190; Bellamy and Child 5.063.

Även avtal där konkurrenter beslutar om villkor som standardiserar produktionen kan vara konkurrensbegränsande. *Standardiseringsavtalet* fastställer krav på kvalitet och dylikt som produkter och produktionsprocesser ska uppfylla.¹⁰⁵ Standardisering kan medföra att priser höjs, produktionen minskar, den tekniska utvecklingen och innovation begränsas och att vissa aktörer effektivt stängs ute från marknaden.¹⁰⁶ Standardiseringsavtal kan dock vara tillåtna under förutsättningen att de inte ålägger parterna någon skyldighet att följa standarden och nya aktörer kan få tillgång till standarden på rättvisa, rimliga och icke-diskriminerande villkor. Standardisering kan också främja konkurrensen genom att produktionskostnaderna minskar och produktutvecklingen förbättras. Vidare krävs det att införandet av standarden sker på ett öppet sätt och utan begränsningar.¹⁰⁷

2.2.5.4 Avtal som sätter upp effektiv kontroll över marknaden

Företag kan skapa kontroll över en marknad genom att besluta om gemensamma inköp eller gemensam saluföring och/eller distribution av en viss produkt.¹⁰⁸ Vidare kan konkurrenter avtala om att dela upp en geografisk marknad mellan sig och därigenom få kontroll av ett specifikt marknadssegment eller en specifik kundgrupp.¹⁰⁹ Ytterligare ett avtal som utgör upprättande av kontroll av marknader är ett avtal där konkurrenter ingår exklusiva handelsavtal med varandra, dessa avtal är som huvudregel konkurrensbegränsande, men kan under vissa omständigheter falla utanför förbudet mot konkurrensbegränsande avtal.¹¹⁰

Om konkurrenter ingår avtal enligt vilket en *marknad delas upp*, oavsett om uppdelningen avser geografiska områden eller produkter, får samarbetet ofta konkurrensbegränsande effekter.¹¹¹ Genom en sådan uppdelning av marknaden begränsas kundernas möjlighet att fritt välja vilket företag de ska vända sig till. Konsumenterna går därmed miste om de fördelar som större valfrihet medför. Avtal som medför geografisk uppdelning av en marknad får större konkurrens-hämmande effekter om det förses med sanktionen för det företag som agerar utanför det område som det har tilldelats.¹¹² Vidare kan en marknadsuppdelning upprätthållas genom att konkurrenter har en skyldighet att meddela varandra innan de etablerar sig på en ny del av marknaden.¹¹³

Gemensamma inköpsavtal kan påverka konkurrensen negativt bland annat genom att priserna ökar, produktionen minskar och kvaliteten på produkterna som

¹⁰⁵ Karlsson & Östman s. 317.

¹⁰⁶ Kommissionens riktlinjer om horisontella samarbetsavtal punkt 263-268.

¹⁰⁷ Kommissionens riktlinjer om horisontella samarbetsavtal punkt 280-286; Karlsson & Östman s. 321f.

¹⁰⁸ Carlsson & Bergman 2 kap. 1 § (6.2-6.3).

¹⁰⁹ Bellamy and Child 5.066 med där angivna beslut och avgöranden.

¹¹⁰ Bellamy and Child 5.075.

¹¹¹ Karlsson & Östman s. 387f.

¹¹² Karlsson & Östman s. 389f.

¹¹³ Karlsson & Östman s. 392.

tillhandahålls på marknaden försämrats. Gemensamma inköpsavtal kan också effektivt stänga ute företag med mindre köpkraft från marknaden.¹¹⁴ Genom gemensamma inköpsavtal blir det färre företag som leverantörerna kan sälja sina produkter till, något som framför allt kan få konkurrensbegränsande effekter om det redan före avtalet endast fanns ett fåtal företag i inköpsledet.¹¹⁵ Ofta har också inköpsavtalen en exklusivitetsförpliktelse som innebär att inköp ska ske genom samarbetet, något som förhindrar parterna från att fritt besluta från vilken leverantör de ska köpa produkter.¹¹⁶ Gemensamma inköp kan dock öka effektiviteten på marknaden och nyttan för konsumenterna ökar.¹¹⁷ Exempelvis genom att kringkostnader minskar och tillgången av produkter ökar. Vidare kan också gemensamma inköpsavtal vara nödvändiga för att mindre aktörer ska kunna uppnå stordriftsfördelar.¹¹⁸

Gemensam saluföring kan visa sig bland annat genom särskilda saluföringsfunktioner, gemensam distribution eller marknadsföring.¹¹⁹ Gemensam marknadsföring måste dock inte vara konkurrensbegränsade om den inte hindrar parterna från att på egen hand marknadsföra sig.¹²⁰ Ett avtal om gemensam distribution behöver inte ses som konkurrensbegränsande om parterna fortfarande marknadsför sig separat och ansvarar för sin egen försäljning.¹²¹ Avtalen kan leda till konkurrensbegränsningar genom prisöverenskommelser, uppdelning av marknader och begränsning av produktionen.¹²² En gemensam försäljningsfunktion kan också medföra en ökad risk för priskoordinering och gör det även lättare för företagen att få tillgång till information om konkurrenternas verksamhet.¹²³ Exempelvis kan ett avtal begränsa företagets möjligheter att gå in på varandras marknader.¹²⁴ Avtal om gemensam saluföring kan dock öka konkurrensen om avtalet är en nödvändighet för att mindre aktörer ska kunna ta sig in på en etablerad marknad. Genom avtalet kommer kostnaderna som är förknippade med försäljningen och distributionen att minska och effektiviseras.¹²⁵

¹¹⁴ Kommissionens riktlinjer om horisontella samarbetsavtal punkt 200-204.

¹¹⁵ Karlsson & Östman s. 338f.

¹¹⁶ Karlsson & Östman s. 341f.

¹¹⁷ Kommissionens riktlinjer om horisontella samarbetsavtal punkt 217 & 219.

¹¹⁸ Kommissionens riktlinjer om horisontella samarbetsavtal punkt 218.

¹¹⁹ Carlsson & Bergman 2 kap. 1 § (6.2.2.).

¹²⁰ Karlsson & Östman s. 346f.

¹²¹ Karlsson & Östman s. 367. Jämför med Kommissionens beslut 2003-11-08, COMP/C.2-37.398 – *UEFA Champions League*.

¹²² Kommissionens riktlinjer om horisontella samarbetsavtal punkt 230-233.

¹²³ Karlsson & Östman s. 368ff.

¹²⁴ Avtal som begränsar möjligheten att distribuera vissa produkter kan dock vara förenligt med konkurrensrätten, se exempelvis EU-domstolens avgörande i mål C-230/16 *Coty Germany GmbH mot Parfumerie Akzante GmbH*.

¹²⁵ Kommissionens riktlinjer om horisontella samarbetsavtal punkt 237-238.

2.3 Sanktioner mot konkurrensbegränsande samarbeten

2.3.1 Civilrättslig ogiltighet

Om två företag ingår ett avtal som begränsar eller snedvrider konkurrensen kommer parternas avtal att vara civilrättsligt ogiltigt enligt 2 kap. 6 § KL. Motsvarande regel om civilrättslig ogiltighet, för avtal som begränsar konkurrensen mellan medlemsstaterna, återfinns i art. 101.2 FEUF. Regeln riktar sig till den domstol som prövar avtalets effekter.¹²⁶

Regeln om civilrättslig ogiltighet är till sin natur indispositiv, vilket medför att en domstol kommer att ogiltigförklara avtalet även om samtliga parter anser att avtalet är giltigt. EU-domstolen har också uttalat att de nationella domstolarna är skyldiga att beakta bestämmelsen om civilrättslig ogiltighet *ex officio*.¹²⁷ Avtal som begränsar eller snedvrider konkurrensens civilrättsliga ogiltighet har också prövats av HD som likt EU-domstolen har fastslagit att domstolen måste *ex officio* pröva frågan om avtalets giltighet. Det gäller även om parterna under tvistens gång söker en lösning genom att sluta ett förlikningsavtal.¹²⁸ Domstolen har inte heller möjlighet att skriva om avtalet eller jämka någon bestämmelse på ett sådant sätt att bestämmelsen blir förenlig med den konkurrensrättsliga regleringen.¹²⁹

Ett avtal som är konkurrensbegränsade är per definition aldrig civilrättsligt giltigt. Det ska dock anmärkas att det bara är den del av avtalet som strider mot konkurrensrätten som är ogiltig.¹³⁰ Som huvudregel förblir resterande delar av det aktuella avtalet bindande mellan parterna. Ogiltigheten hos vissa centrala delar i ett avtal kan dock i vissa fall leda till att resterande delar av avtalet blir föremål för jämkning.¹³¹

Avslutningsvis ska nämnas att avtalets ogiltighet kan vara temporär. Ändringar i lagstiftningen eller i ett företags ställning på marknaden kan medföra att ett avtal som är ogiltigt vid avtalslut kan komma att bli giltigt och ett avtal som är giltigt när det sluts till följd av förändrade omständigheter blir ogiltigt.¹³²

¹²⁶ Carlsson & Bergman 2 kap. 6 § (1.1); Karlsson & Östman s. 365ff.

¹²⁷ *T-Mobile* punkt 49. Se även *Manfredi* punkt 39.

¹²⁸ NJA 2013 s. 1017, särskilt punkt 14 & 15 i Högsta domstolens skäl.

¹²⁹ Carlsson & Bergman 2 kap. 6 § (2.2).

¹³⁰ Se Göta hovrätts avgörande i mål T 33/00, meddelad 2001-04-27 *Luffartsverket mot SAS*.

¹³¹ Carlsson & Bergman 2 kap. 6 § (2.3).

¹³² Carlsson & Bergman 2 kap. 6 § (2.4).

2.3.2 Konkurrenskadeavgift

De företag som ingår konkurrensbegränsande avtal kan enligt 3 kap. 5 § KL åläggas att betala konkurrenskadeavgift. Företaget åläggs att betala konkurrenskadeavgift efter en talan av Konkurrensverket vid Patent- och marknadsdomstolen¹³³, 8 kap. 1 § KL. Bestämmelsen kan tillämpas vid både överträdelse av de svenska- och EU-rättsliga konkurrensreglerna. Vidare krävs det att företaget agerat oaktsamt eller haft uppsåt vid överträdelsen av konkurrensrätten. Konkurrenskadeavgift kan utdömas oberoende av huruvida överträdelsen av konkurrensreglerna har upphört eller är fortgående, varpå det faktum att företagets agerande har upphört inte behöver medföra att företagen kommer undan konkurrenskadeavgift.¹³⁴ Till skillnad från Konkurrensverket har Kommissionen befogenhet att på egen hand besluta om sanktioner mot det företag som agerat i strid med förbudet mot konkurrensbegränsande avtal.¹³⁵ Det finns dock en oskuldspresumtion för det företag som riskerar att åläggas sanktioner på grund av konkurrensbegränsande agerande.¹³⁶

Vid bestämmande av konkurrenskadeavgiftens storlek ska PMD, enligt 3 kap. 8 § KL, göra en bedömning utifrån överträdelsens sanktionsvärde. Vid prövningen ska särskild hänsyn tas till överträdelsens art, marknadens omfattning och betydelse, samt den konkreta eller potentiella påverkan som överträdelsen haft på konkurrensen. Vidare ska överträdelsens allvar och varaktighet beaktas vid bestämmandet av konkurrenskadeavgiftens storlek.¹³⁷

Allt konkurrensbegränsande beteende kan dock inte bedömas på samma sätt och vissa ageranden är till sin karaktär allvarligare och resulterar per definition i högre konkurrenskadeavgift, för att verka avskräckande.¹³⁸ Vid bedömningen av storleken på bötesbeloppet som utdöms av Kommissionen ska det vidare beaktas att det i bötesbeloppet ska ingå ett belopp som saknar koppling till överträdelsens varaktighet, utan som endast har som syfte att avskräcka företaget från att begå nya överträdelse.¹³⁹ Konkurrenskadeavgiften ska också sättas högre om överträdelsen har fortgått under en längre period. Enligt Konkurrensverkets riktlinjer för fastställande av konkurrenskadeavgift ska avgiftens storlek

¹³³ Hädanefter PMD.

¹³⁴ Carlsson & Bergman 3 kap. 1 § (1).

¹³⁵ Tillämpningsförrordningen art. 23. Frågan om möjligheten för Konkurrensverket att fatta beslut som konkurrenskadeavgift utan att vända sig till PMD har nyligen varit föremål för utredning i SOU 2016:49 – En utökad beslutanderätt för Konkurrensverket [SOU 2016:49] som lagt fram förslaget att Konkurrensverket ska få rätt att besluta om konkurrenskadeavgift utan att vända sig till PMD. Regeringen har dock valt att inte ha med förslaget om Konkurrensverkets rätt att besluta om konkurrenskadeavgift i Proposition 2017/18:15 – Ändringar i konkurrenslagen.

¹³⁶ EU-domstolens avgörande i mål C-199/92 P *Hüls AG mot Europeiska gemenskapernas kommission* [Hüls] punkt 150.

¹³⁷ Konkurrensverkets promemoria – Metod för att fastställa konkurrenskadeavgift, Dnr 394/2009. [Metod för att fastställa konkurrenskadeavgift].

¹³⁸ Regeringens proposition 2007/08:135 – Ny konkurrenslag m.m. [Prop. 2007/08:135] s. 124; Metod för att fastställa konkurrenskadeavgift s. 3.

¹³⁹ Kommissionens riktlinjer för beräkning av böter punkt 7.

fastställas med hänsyn till överträdelsens allvarlighet, multiplicerat med antalet år som överträdelsen fortgått.¹⁴⁰ Det finns även föreskrivet en rad omständigheter som kan vara försvårande eller förmildrande, vid bedömningen av hur stort belopp konkurrensskadeavgiften ska bestämmas till enligt 3 kap. 9-10 §§ KL.

Oberoende av överträdelsernas omfattning och allvar kan konkurrensskadeavgiften för varje överträdelse enligt 3 kap. 6 § KL inte bli högre än 10 % av företagets omsättning föregående år. Den totala konkurrensskadeavgiften kan dock komma att överstiga 10 % av företagets omsättning om företaget begått flera överträdelser.¹⁴¹ Vid bestämmandet av omsättningen ska bedömningen göras utan hänsyn till begränsningar av den marknad som överträdelsen är hänförlig till. Vid en överträdelse som endast sker på den svenska marknaden rörande en specifik produkt ska konkurrensskadeavgiftens tak beräknas utifrån företagets omsättning på samtliga marknader, för samtliga produkter.¹⁴² Dock är bedömningen av ett företags omsättning enligt svensk rätt begränsad till just det specifika företaget, till skillnad från inom EU-rätten där omsättningen kan beräknas utifrån den omsättning som en hel koncern har. En överträdelse av en koncerns moderbolag ska sedermera bestämmas med hänsyn till moderns egna omsättning. Skulle flera företag i samma koncern vara del av det konkurrensbegränsande agerandet ska konkurrensavgiften för varje företag bestämmas separat.¹⁴³

Avslutningsvis ska talan om konkurrensskadeavgift väckas inom fem år från det att överträdelsen har avslutats enligt 3 kap. 20 § KL. Det finns dock möjlighet för preskriptionsfristen att förlängas från den dag då företaget får del av utkast till stämningsansökan¹⁴⁴ eller från den dag Konkurrensverket har inlett en platsundersökning¹⁴⁵ hos företaget. För Kommissionen är preskriptionstiden istället tre år från det att det har genomförts en platsundersökning eller fem år i andra fall.¹⁴⁶ Vidare löper Kommissionens preskriptionstid från den dag då överträdelsen begicks och endast utifrån den dag då överträdelsen upphört om den rör sig om upprepade eller fortsatta överträdelser.¹⁴⁷ Likt preskriptionstiden enligt de svenska reglerna kan dock preskriptionsavbrott ske om Kommissionen

¹⁴⁰ Metod för att fastställa konkurrensskadeavgift s. 4.

¹⁴¹ Carlsson & Bergman 3 kap. (3:6 1) Samma tak för hur stor konkurrensskadeavgift som får tas ut uppställs av Kommissionen i Tillämpningsförrordningen art. 23.2 och i Riktlinjer för beräkning av böter som döms ut enligt artikel 23.2 a i förordning nr 1/2003 [Kommissionens riktlinjer för beräkning av böter] punkt 32.

¹⁴² Regeringens proposition 1992/93:56 – Ny konkurrenslagstiftning [Prop. 1992/93:56] s. 92.

¹⁴³ Prop. 1992/93:56 s. 92.

¹⁴⁴ Konkurrensverket ska enligt 3 kap. 5 § 3 st. KL ge företaget möjlighet att yttra sig över ett utkast av den stämningsansökan som myndigheten avser överlämna till Patent- och marknadsdomstolen.

¹⁴⁵ Om Konkurrensverket misstänker att ett företag missbrukar sin dominerande ställning eller har ingått ett avtal som snedvrider konkurrensen får myndigheten efter ansökan till Patent- och marknadsdomstolen göra en platsundersökning hos företaget enligt 5 kap. 3 § KL.

¹⁴⁶ Tillämpningsförrordningen art. 25.1.

¹⁴⁷ Tillämpningsförrordningen art.25.2.

eller en nationell konkurrensmyndighet vidtar åtgärder för att undersöka överträdelsen eller ingriper mot företagets överträdelse.¹⁴⁸

2.3.3 Näringsförbud

Utöver sanktioner riktade mot det företag som har ingått ett avtal som begränsar eller snedvrider konkurrensen kan även den som är företrädare för ett sådant företag komma att bli föremål för sanktioner. En sådan sanktion är enligt 3 kap. 24 § KL möjligheten att meddela näringsförbud för företrädarna. Till följd av överträdelser av förbudet mot konkurrensbegränsande avtal kan företrädare för delaktiga företag enligt 7 § lag (2014:836) om näringsförbud¹⁴⁹, beläggas med näringsförbud. Hänsyn kan dock även tas till överträdelser av andra regler än de konkurrensrättsliga.¹⁵⁰ Det krävs dock att näringsförbud är påkallat från allmän synpunkt. För att kunna bedöma om förbudet är påkallat från allmän synpunkt ska hänsyn, enligt 8 § LNF, tas till om åsidosättandet av konkurrensrättsliga regler har varit systematiskt, syftat till att bereda betydande vinning eller om det har orsakat, varit ägnat att skapa betydande skada eller om näringsidkaren tidigare har dömts för brott i näringsverksamhet.¹⁵¹

De företrädare för företaget som kan drabbas av näringsförbud är enligt 3 § 3 p. LNF styrelseledamöter (och suppleanter) samt företagets VD och vice-VD. Vidare gäller att näringsförbud kan meddelas för den som har en faktisk ledande ställning i företaget, oavsett om personens formella roll i företaget.¹⁵²

Konsekvenserna av näringsförbudet är enligt 11 § LNF bland annat förbud mot att driva näringsverksamhet, vara styrelseledamot i ett aktiebolag eller jobba som VD. Vidare får den som beläggs med näringsförbud inte heller vara anställd i det företag där överträdelsen har begåtts, vara anställd i ett företag där en närstående har en ledande ställning eller äga mer än 50 % av aktierna i ett aktiebolag. Näringsförbudet gäller i minst tre år och högst tio år enligt 10 § LNF. Rätten har dock möjlighet att förordna om tillfälligt näringsförbud fram till det att frågan om näringsförbud har slutgiltigt avgjorts av domstolen, 21 § LNF. Tanken är att det tillfälliga näringsförbudet ska möjliggöra att agerande som skapar stora skador eller är stötande ska kunna hindras så fort som möjligt. Utdömande av tillfälligt näringsförbud förutsätter dock att omständigheterna talar starkt för meddelande av näringsförbud.¹⁵³

Ett yrkande om näringsförbud till följd av överträdelse av konkurrensrättsliga regler ska väckas av Konkurrensverket enligt 17 § LNF. Talan om näringsförbud kan väckas i samband med talan om konkurrensskadeavgift enligt 3 kap. 5 § KL. Konkurrensverket har dock en möjlighet att ansöka om näringsförbud för en företrädare hos PMD utan att väcka talan om konkurrensskadeavgift mot

¹⁴⁸ Tillämpningsförfordningen art. 25.3.

¹⁴⁹ Hädanefter LNF.

¹⁵⁰ Regeringens proposition 2013/14:215 – Ny lag om näringsförbud [Prop. 2013/14:215] s. 92f.

¹⁵¹ Prop. 2013/14:215 s. 93.

¹⁵² Prop. 2013/14:215 s. 41ff.

¹⁵³ Prop. 2013/14:215 s. 98f.

företaget. Det är även Konkurrensverket som yrkar på tillfälligt näringsförbud enligt 22 § LNF, om talan om näringsförbud grundar sig på 7 § LNF.

2.4 Eftergift av sanktioner vid konkurrensbegränsande samarbeten

Företag som varit del i ett konkurrensbegränsande samarbete har vissa möjligheter att undvika de sanktioner som agerandet resulterar genom att ta del av Kommissionens eller Konkurrensverkets eftergiftsprogram. Det gäller möjligheten att få konkurrensskadeavgiften eftergiven, 3 kap. 12 § KL, eller i vart fall få den nedsatt, 3 kap. 13 § KL. Även enligt Kommissionens eftergiftsprogram finns det möjligheter för deltagande företag att få sin konkurrensskadeavgift eftergiven eller nedsatt.¹⁵⁴ Det finns dock inte någon möjlighet, enligt varken Konkurrensverkets eller Kommissionens eftergiftsprogram, att förklara ett konkurrensbegränsande avtal civilrättsligt giltigt. Avtalet kommer att vara civilrättslig ogiltigt även i förhållande till part för vilken konkurrensskadeavgiften har eftergivits.¹⁵⁵

2.4.1 Eftergift av konkurrensskadeavgift

Det företag som är del av ett konkurrensbegränsande samarbete har möjlighet att undkomma ansvar genom att anmäla överträdelsen enligt 3 kap. 12 § KL. För att företaget ska befrias från konkurrensskadeavgift krävs dock att företaget är först med att anmäla överträdelsen och anmälan innehåller tillräckligt med information för att myndigheten ska kunna ingripa mot överträdelsen.¹⁵⁶ En anmälan som inte ger Konkurrensverket tillräckligt med information kan sedermera inte leda till att Konkurrensverket meddelar att myndigheten efterger företagets konkurrensskadeavgift. Med tillräckligt information bör anses tillräckligt med information för att myndigheterna ska kunna göra en platsundersökning hos andra företag som är del av det konkurrensbegränsande samarbetet.¹⁵⁷ Skulle Konkurrensverket ha tillräckligt med information för att genomföra en platsundersökning redan innan företaget överlämnar information om överträdelsen till Konkurrensverket kvarstår dock möjligheten att få konkurrensskadeavgiften eftergiven enligt bestämmelsens andra stycke. I grunden är bestämmelsen riktad mot PMD som kommer att pröva en fråga om konkurrensskadeavgift. Bestämmelsen kommer dock i praktiken att tillämpas av

¹⁵⁴ Kommissionens tillkännagivande om immunitet mot böter och nedsättning av böter i kartellärenden (2006/C 298/11) [Tilkännagivande om immunitet mot böter och nedsättning av böter] punkt 8 och 23.

¹⁵⁵ Carlsson & Bergman 3 kap. 12 § (1).

¹⁵⁶ Karlsson & Östman s. 1033f. Jämför även med Tillkännagivande om immunitet mot böter och nedsättning av böter punkt 8 enligt vilken det för att Kommissionen ska meddela eftergift krävs att informationen möjliggör för Kommissionen att göra en målinriktad inspektion eller konstatera en överträdelse av art.101 FEUF.

¹⁵⁷ Carlsson & Bergman 3 kap. 12 § (2). Jämför Tillkännagivande om immunitet mot böter och nedsättning av böter punkt 8 samt art.9 som redogör för den information som ska vara med för att eftergift av konkurrensskadeavgift ska aktualiseras.

Konkurrensverket när myndigheten gör en bedömning av huruvida en talan om konkurrensskadeavgift ska väckas mot ett specifikt företag eller ej.¹⁵⁸

Relevant för det företag som överväger att överlämna information till myndigheterna för att undgå konkurrensskadeavgift är att eftergift av konkurrensskadeavgiften endast kan meddelas för det företag som först samarbetar med myndigheterna och uppfyller kriterierna, 3 kap. 15 § KL.¹⁵⁹ Ett sådant samarbete med utredande myndigheter kan ske genom att företaget lämnar över protokoll eller kommunikation med andra parter som visar på en begränsning eller snedvridning av konkurrensen.¹⁶⁰ Att eftergift av konkurrensskadeavgiften endast kan meddelas för ett företag medför att en gemensam anmälan från flera företag utsläcker möjligheten för något av företagen att få konkurrensskadeavgiften eftergiven.¹⁶¹ Skulle mer än ett företag kunna få konkurrensskadeavgiften eftergiven skulle det vara för enkelt att undkomma sanktioner.¹⁶²

Konkurrensverket har möjlighet att i visa fall meddela ett företag anstånd med att inkomma med information om ett konkurrensbegränsande samarbete enligt 3 kap. 14a § KL. Om företaget då lämnar information innan anståndstiden löpt ut ska den anses inkommen vid den tidpunkt då anmälan till myndigheten gjordes. I samband med anmälan behöver då endast grundläggande information tillhandahållas om samarbetet, som inte är tillräcklig för att myndigheten ska fatta beslut om eftergift.¹⁶³ Prövningen av huruvida kriterierna för eftergift av konkurrensskadeavgiften är uppfyllda sker först efter att anståndstiden har gått ut. Skulle inte den information som företaget lämnat uppfylla kraven för eftergift kvarstår möjligheten för ett annat företag att få eftergift av konkurrensskadeavgiften.¹⁶⁴

De ytterligare krav som ställs på det företag som ansöker om eftergift av konkurrensskadeavgiften framgår av 3 kap. 14 § KL. Utöver att lämna bevisning till myndigheterna måste företaget aktivt samarbeta med myndigheten, inte förstöra bevisning eller försvåra utredningen, samt upphöra med överträdelsen.¹⁶⁵ Att företaget ska lämna all information och bevisning till

¹⁵⁸ Carlsson & Bergman 3 kap. 12 § (1). Istället för att vara riktat till en domstol är Tillkännagivande om immunitet mot böter och nedsättning av böter riktat till Kommissionen. Skillnaden beror dock på att Konkurrensverket inte på egen hand kan besluta om att utdöma konkurrensskadeavgift, något som Kommissionen har kompetens att göra.

¹⁵⁹ Samma möjlighet att få konkurrensskadeavgiften eftergiven om Kommissionen har tillräckligt med information för att genomföra en undersökning eller konstatera en överträdelse av art.101 FEUF finns inte, Tillkännagivande om immunitet mot böter och nedsättning av böter punkt 10.

¹⁶⁰ SOU 2013:16 s. 107f.

¹⁶¹ Konkurrensverkets författningssamling KKVFS 2015:1 – Konkurrensverkets allmänna råd om eftergift [Konkurrensverkets allmänna råd om eftergift] p. 3.

¹⁶² Prop. 2007/08:135 s 135f.

¹⁶³ SOU 2013:16 s. 140.

¹⁶⁴ Carlsson & Bergman 3 kap. 14a §.

¹⁶⁵ Motsvarande krav uppställs av Kommissionen för att eftergift ska meddelas, Tillkännagivande om immunitet mot böter och nedsättning av böter punkt 12.

myndigheterna medför att företaget inte kan undanhålla information om sitt eget agerande för att framstå i bättre dager. Ett undanhållande av viss information kan medföra att möjligheten till eftergift faller bort.¹⁶⁶ För att företaget ska anses samarbeta aktivt med myndigheterna krävs att företaget ställer sin personal till myndighetens förfogande under utredningen och domstolsprocessen samt lämnar uppgifter och bevisning som företaget fått tillgång till efter det att anmälan gjorts.¹⁶⁷ Vidare får inte företaget agera på ett sätt som medför att myndighetens undersökning försvåras. Det omfattar såväl att inte förstöra material som att inte meddela andra företag som är del i det konkurrensbegränsande agerandet att man har ansökt om eftergift. Skyldigheten att inte försvåra myndigheternas undersökning inträder redan innan företaget ansöker om eftergift, vilket medför att företaget inte kan förstöra bevisning eller agera på ett sätt som försvårar utredningen innan det ansöker om eftergift. Skyldigheten är dock begränsad till den tidpunkt då företaget överväger att göra en ansökan om eftergift. Skulle företaget motverka eller försvåra myndigheternas undersökning anses företaget ha försuttit sin möjlighet att få sin ansökan om eftergift bifallen.¹⁶⁸

Avslutningsvis krävs det att företaget slutar med den konkurrensbegränsande verksamheten. Om inte den konkurrensbegränsande verksamheten har avslutats redan när ansökan om eftergift görs kan det i vissa fall krävas att företaget och myndigheterna tillsammans lägger upp en plan för hur agerandet ska avvecklas. Skulle företaget abrupt avsluta sitt deltagande i samarbetet kan det skapa misstänksamhet hos de andra avtalsparterna om att företaget är i kontakt med myndigheten och har gjort en ansökan om eftergift.¹⁶⁹ Det kan medföra att andra medlemmar förstör bevisning eller försvårar utredningen innan myndigheterna får en möjlighet att påbörja sin undersökning.¹⁷⁰ För att företaget ska ha avslutat sitt deltagande i det otillåtna samarbetet kan det i vissa fall ställas krav på att företaget offentligt tagit avstånd från samarbetet, förutsatt att det inte finns någon annan bevisning för att företaget avslutat sitt deltagande.¹⁷¹

Ogrundat om företagens ansökan om eftergift uppfyller kraven för att konkurrensskadeavgiften ska efterges eller ej finns det omständigheter som medför att ett eftergiftsbesked inte kan meddelas. Om företaget har hotat andra företag eller tvingat dem att delta i det konkurrensbegränsande samarbetet kan

¹⁶⁶ Konkurrensverkets allmänna råd om eftergift punkt 10-12.

¹⁶⁷ Konkurrensverkets allmänna råd om eftergift punkt 13-15. Se även SOU 2013:16 s. 109f.

¹⁶⁸ Konkurrensverkets allmänna råd om eftergift punkt 16-18; SOU 2013:16 s. 110; Prop. 2007/08:135 s. 137.

¹⁶⁹ Det måste dock vara klarlagt att kontakt med andra parter i det otillåtna samarbetet endast sker med avsikt att inte skapa misstanke om att företaget ansökt om eftergift. Jämför Tribunalens avgörande i mål T-154/09 *Manuli Rubber Industries SpA (MRI) mot Europeiska Kommissionen* punkt 182-185.

¹⁷⁰ Konkurrensverkets allmänna råd om eftergift punkt 19. SOU 2013:16 s. 110.

¹⁷¹ Bellamy and Child – *Third supplement* s. 33 samt Tribunalens avgörande i mål T-147/09 & T-148/09 *Trelleborg mot Europeiska Kommissionen [Trelleborg]* punkt 61-69.

enligt 3 kap. 12 § 3 st. KL inte företaget vara aktuellt för eftergift. Att meddela eftergift för ett sådant företag anses vara oskäligt.¹⁷²

2.4.2 Nedsättning av konkurrensskadeavgift

Även om den information som ett företag delger myndigheterna inte når upp till kraven för att myndigheterna ska efterge konkurrensskadeavgiften kan företaget få konkurrensskadeavgiften nedsatt enligt 3 kap. 13 § KL.¹⁷³ Kravet på att myndigheten väsentligt blir behjälpt av informationen som företaget lämnar kvarstår för att konkurrensskadeavgiften ska sättas ner.¹⁷⁴ För att företaget ska anses ha underlättat myndigheternas undersökning i sådan utsträckning att nedsättning kan aktualiseras måste uppgifterna lämnas frivilligt och ge myndigheterna tillgång till information av stort värde, som den inte hade tillgång till tidigare.¹⁷⁵ Det räcker därför inte att företaget endast bekräftar den information som myndigheten redan har.¹⁷⁶ Vidare kvarstår kravet på att all information ska lämnas över, företaget ska samarbeta aktivt, inte förstöra bevis och upphöra med det konkurrensbegränsande agerandet.¹⁷⁷

Det är i praktiken Konkurrensverket som beslutar hur stor nedsättning av konkurrensskadeavgiften företaget får, genom den stämningsansökan som upprättas för talan om konkurrensskadeavgift.¹⁷⁸ Hur stor nedsättning av konkurrensskadeavgiften som Konkurrensverket beslutar om är beroende av i vilken ordning företagen uppfyller kraven för nedsättning. Ju tidigare företaget väljer att samarbeta med myndigheter, ju mer har de att vinna.¹⁷⁹ Det finns inte heller något som hindrar att ett eller flera företag får sin konkurrensskadeavgift nedsatt, även om Konkurrensverket redan har beslutat att efterge konkurrensskadeavgiften för ett annat företag. Det kapplöpningmoment som finns för att få eftergift, kan alltså inte sägas vara lika tydligt för möjligheten att få konkurrensskadeavgiften nedsatt.¹⁸⁰

¹⁷² SOU 2013:16 s. 110f. Även Kommissionen anser att ett företag som har tvingat andra företag till att ansluta sig till eller delta i en kartell inte kan aktualiseras för eftergift av konkurrensskadeavgiften, ett sådant företag kan dock enligt Kommissionen fortfarande få avgiften nedsatt om kraven för nedsättning är uppfyllda, Tillkännagivande om immunitet mot böter och nedsättning av böter punkt 13.

¹⁷³ Samma möjlighet att avgiften nedsatt finns i förhållande till Kommissionens eftergiftsprogram, Tillkännagivande om immunitet mot böter och nedsättning av böter punkt 23.

¹⁷⁴ Jämför med 3 kap. 12 § 3 st. 2 p KL där informationen om företaget lämnar måste medföra att myndigheterna blir hjälpta i högst väsentlig mån. För nedsättning från Kommissionen krävs det att informationen har ett betydande mervärde i förhållande till den information som Kommissionen redan har insamlat, Tillkännagivande om immunitet mot böter och nedsättning av böter punkt 24 och 25.

¹⁷⁵ Konkurrensverkets allmänna råd om eftergift punkt 38-42.

¹⁷⁶ Se Tribunalens avgörande i mål T-299/08 *Elf Aquitaine SA mot Europeiska Kommissionen* och EU-domstolens beslut i mål C-404/11 P *Elf Aquitaine SA mot Europeiska Kommissionen*.

¹⁷⁷ Konkurrensverkets allmänna råd om eftergift punkt 43-51.

¹⁷⁸ Carlsson & Bergman 3 kap. 13 § (3).

¹⁷⁹ Konkurrensverkets allmänna råd om eftergift punkt 52-53.

¹⁸⁰ Carlsson & Bergman 3 kap. 13 § (2).

För det fall Kommissionen beslutar som att nedsätta bötesbeloppet för företag som avslöjar sitt deltagande i ett konkurrensbegränsande samarbete finns det fortfarande ett kapplöpningmoment då det företag som agerar först får störst nedsättning av bötesbeloppet.¹⁸¹ Vidare har Kommissionen en möjlighet att ytterligare nedsätta beloppet för det företag som ingår i ett förlikningsförfarande.¹⁸²

¹⁸¹ Kommissionens riktlinjer punkt 26. Se även Kommissionens beslut 2016-07-19 AT.39824 – *Trucks* [*Trucks*] punkt 128-133.

¹⁸² Meddelande från Europeiska Unionens instruktioner, byråer och organ, Europeiska Kommissionen – Kommissionens tillkännagivande om förlikningsförfaranden i samband med beslut enligt artikel 7 och artikel 23 i rådets förordning (EG) nr 1/2003 i kartellärenden punkt 32; *Trucks* punkt 134-135.

3 Det upphandlingsrättsliga regelverket

Bestämmelserna i LOU bygger på Direktiv24. Genom införandet av det nya regelverket förändrades en rad bestämmelser i ÄLOU. Bestämmelserna bygger till stor del på förtydliganden och klargöranden av regler som redan tidigare tillämpats. Men även en mängd nya regler har tillkommit till det upphandlingsrättsliga regelverket.¹⁸³ Det ska dock tilläggas att bestämmelserna om rättsmedel i LOU inte grundar sig på Direktiv24, dessa bestämmelser grundar sig istället på bestämmelserna i de så kallade rättsmedelsdirektiven¹⁸⁴.

LOU är tillämplig på upphandlingar som utförs för att införskaffa varor tjänster eller byggentreprenader, 1 kap. 2 § LOU. Utöver de upphandlingar som omfattas av LOU finns det regler som reglerar upphandlingsförfarandet i LUF, LUK och LUF5.

En upphandling kan delas upp i upphandlingar under angivna tröskelvärden och upphandlingar över tröskelvärdena, 1 kap. 4 § LOU. Bestämmelserna i Direktiv24 är endast tillämpliga på upphandlingar som överskrider tröskelvärdena och det är fritt för medlemsstaterna att själva genom nationell lagstiftning reglera upphandlingar under tröskelvärdena.¹⁸⁵ I svensk rätt regleras upphandlingar under tröskelvärdena av bestämmelserna i 19 kap. LOU.

En upphandlingsprocess kan utföras enligt en rad olika förfaranden beroende på omständigheterna i den specifika upphandlingen, 6 kap. 1 § LOU. Upphandlingen kan ske genom ett öppet förfarande, ett selektivt förfarande, förhandlat förfarande med eller utan föregående annonsering samt konkurrenspräglad dialog och inrättande av ett innovationspartnerskap.¹⁸⁶

¹⁸³ Exempel på regler som är nya i LOU är reglerna om upphandling mellan upphandlande myndigheter (tillämpning av de så kallade Teckal och Hamburg-undantagen) i 3 kap. LOU, se även prop. 2015/16:195 s. 400ff.

¹⁸⁴ RÅDETS DIREKTIV av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten (89/665/EEG), RÅDETS DIREKTIV 92/13/EEG av den 25 februari 1992 om samordning av lagar och andra författningar om gemenskapsregler om upphandlingsförfaranden tillämpade av företag och verk inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna och EUROPAPARLAMENTETS OCH RÅDETS DIREKTIV 2007/66/EG av den 11 december 2007 om ändring av rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG vad gäller effektivare förfaranden för prövning av offentlig upphandling.

¹⁸⁵ Art. 4 Direktiv24.

¹⁸⁶ Regleringen för situationer när den upphandlande myndigheten kan använda sig av de olika förfarandena finns i 6 kap. LOU. Vidare finns bestämmelser om vilket förfarande som ska användas i art. 26-32 i Direktiv24.

3.1 De upphandlingsrättsliga grundprinciperna

Upphandlingsrätten vilar på fem grundprinciper som återfinns i 4 kap. 1 § LOU. De fem principerna är likabehandlingsprincipen, icke-diskrimineringsprincipen, transparensprincipen, principen om ömsesidigt erkännande och proportionalitetsprincipen. Principerna utgör allmänna EU-rättsliga principer och återfinns i Direktiv24.¹⁸⁷ För de upphandlingar som faller utanför Direktiv24s tillämpningsområde gäller de allmänna EU-rättsliga principerna i den mån upphandlingen har ett gränsöverskridande intresse.¹⁸⁸ Genom att de upphandlingsrättsliga principerna även finns inskrivna i den svenska regleringen blir de tillämpliga även på upphandlingar under tröskelvärdena.¹⁸⁹ Införandet av principerna i den nationella upphandlingsrätten tydliggör vidare gränserna för upphandlande myndigheternas handlingsutrymme.¹⁹⁰ Principerna ligger till grund för varje del av upphandlingsprocessen, tolkning av upphandlingsreglerna och i stort sett alla avgöranden som berör det upphandlingsrättsliga området grundar sig i någon av principerna.¹⁹¹

3.1.1 Likabehandlingsprincipen

Likabehandlingsprincipen ska försäkra att effektiv konkurrens upprätthålls och att upphandlande myndighet antar det bästa anbudet. Upphandlande myndighet får inte särbehandla leverantörer i varken positiv eller negativ bemärkelse. Samtliga leverantörer ska få samma möjlighet när de utformar sina anbud och samma anbudsvillkor ska gälla för alla leverantörer.¹⁹² Det medför även att upphandlingsdokumenten ska utformas på ett sådant sätt att rimligt informerade och normalt omsorgsfulla leverantörer kan förstå den exakta innebörden av de krav som uppställs och tolka dem på samma sätt.¹⁹³ För att likabehandlingsprincipen ska aktualiseras måste anbuderna lämnas av leverantörer i jämförbar situation.¹⁹⁴ Principen tillförsäkrar också att upphandlande myndighet vid tilldelningen av ett kontrakt gör sin bedömning på grundval av objektiva kriterier

¹⁸⁷ Se art.18 i Direktiv24, samt punkten (1) i skälen till samma direktiv.

¹⁸⁸ EU-domstolens avgörande i mål C-470/13 *Generali-Providencia Biztosító Zrt mot Közbeszerzési Hatóság Közbeszerzési Döntőbizottság* [*Generali-Providencia Biztosító*] punkt 27 & 32.

¹⁸⁹ Sundstrand, Andrea, *Offentlig upphandling: en introduktion*, Lund, 2013 [Sundstrand] s. 26f.

¹⁹⁰ Prop. 2015/16:195 s. 427.

¹⁹¹ Arrowsmith, Sue, *The law of public and utilities procurement [Volume 1], regulation in the EU and the UK*, London, 2014 [Arrowsmith] s. 613; Sundstrand s. 27.

¹⁹² Arrowsmith s. 614f; Sundstrand s. 27. Se även EU-domstolens avgörande i mål C-396/14 *MT Højgaard A/S, Züblin A/S mot Banedanmark* punkt 38.

¹⁹³ EU-domstolens avgörande i mål C-27/15 *Pippo Pizzò mot CRGT srl* [*Pippo Pizzò*] punkt 36-37 och där refererade avgöranden.

¹⁹⁴ EU-domstolens avgörande i mål C-21/03 & C-34/03 *Fabricom SA mot État belge* punkt 27. Jämför EU-domstolens avgörande i mål C-513/99 *Concordia Bus Finland Oy Ab mot Helsingin kaupunki m.fl.* och Arrowsmith s. 616.

och därigenom väljer det anbud som är det mest ekonomiskt fördelaktiga.¹⁹⁵ Upphandlande myndighet måste sedermera använda sig av urvalskriterier som uppfyller kriterierna på likabehandling. I övrigt står det fritt för myndigheten att välja vilka ekonomiska och kvalitativa kriterier som ska användas för att se till att myndighetens behov uppfylls.¹⁹⁶

Likabehandlingsprincipen är tillämplig på samtliga stadier av upphandlingsprocessen och i förhållande till samtliga leverantörer, även de som bara kan klassificeras som potentiella leverantörer.¹⁹⁷ Det går inte för upphandlande myndighet att utan att beakta likabehandlingsprincipen ändra eller återkalla en upphandling.¹⁹⁸ Principen innebär också att det inte finns någon möjlighet för leverantörer att ändra sina anbud efter att det har lämnats in till den upphandlande myndigheten. Skulle endast vissa leverantörer få möjligheten att ändra, komplettera eller tydliggöra sina anbud skulle det medföra en särbehandling från myndighetens sida. Samtliga leverantörer måste få samma möjlighet att ändra sitt anbud för att ändring ska vara tillåten.¹⁹⁹ Upphandlande myndighet har inte heller någon möjlighet att frångå de regler eller kvalificeringskrav som myndigheten uppställt i upphandlingsdokumenten.²⁰⁰ Det finns inte heller någon möjlighet för upphandlande myndighet att förkasta ett anbud som uppfyller kraven i upphandlingen på grund av omständigheter som inte angivits i upphandlingen.²⁰¹

3.1.2 Transparensprincipen

Transparensprincipen är tvådelad i sin tillämpning. Den ska möjliggöra öppenhet i systemet för offentliga inköp inom medlemsstaterna i EU så att det ska finnas en möjlighet för leverantörer att utkräva ansvar från en upphandlande myndighet som inte följer upphandlingsregelverket och minimera risken för direkt diskriminering. Det andra syftet med transparensprincipen är att skapa ett system där både leverantör och upphandlande myndighet kan få del av ”best

¹⁹⁵ Skäl (90) Direktiv24. Se även EU-domstolens avgörande i mål C-27/98 *Metalmeccanica Fracasso SpA, Leitschutz Handels- und Montage GmbH mot Amt der Salzburger Landesregierung für den Bundesminister für wirtschaftliche Angelegenheiten* punkt 31.

¹⁹⁶ SOU 2014:51 – Nya regler om upphandling [SOU 2014:51] s. 286.

¹⁹⁷ EU-domstolens avgörande i mål C-16/98 *Europeiska gemenskapernas kommission mot Republiken Frankrike [Kommissionen mot Frankrike]* punkt 103-109. Se även Arrowsmith s. 618f.

¹⁹⁸ EU-domstolens avgörande i mål C-92/00 *Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs-Gesellschaft GmbH mot Stadt Wien* punkt 45-54.

¹⁹⁹ EU-domstolens avgörande i mål C-131/16 *Archus sp. z o.o. m.fl. mot Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo SA* punkt 28-31.

²⁰⁰ Se EU-domstolens avgörande i mål C-340/02 *Europeiska gemenskapernas kommission mot Republiken Frankrike* punkt 20.

²⁰¹ Se bland annat EU-domstolens avgörande i mål C-171/15 *Connexxion Taxi Services BV mot Staat der Nederlanden – Ministerie van Volksgezondheid m.fl. [Connexxion Taxi Services]* punkt 34-44 och C-278/14 *SC Enterprise Focused Solutions SRL mot Spitalul Judetean de Urgenta Alba Iulia* punkt 27. Vad gäller ändring av de villkor för deltagande i upphandlingen som har fastställts av upphandlande myndighet skulle ett sådant agerande även kunna strida mot transparens- och icke-diskrimineringsprincipen.

practices” som effektiviserar marknaden för offentliga inköp.²⁰² Vidare möjliggör transparensprincipen för leverantörer att lämna konkurrenskraftiga anbud i förhållande till det upphandlande myndighet efterfrågar.²⁰³

Transparensprincipen har fyra distinkta uttryck: publicitet för upphandlingsdokumenten, publicitet för reglerna för varje upphandling, regelbaserat beslutsfattande som begränsar upphandlande myndighets skönsmässiga bedömning samt möjlighet för leverantörer att kontrollera att upphandlande myndighet följer regelverket och upphandlingsdokumenten.²⁰⁴ Upphandlande myndighet måste ge leverantörerna möjlighet att ta del av processen för urval av den leverantör som kommer tilldelas ett kontrakt.²⁰⁵ Principen medför också att urvalskriterierna ska framgå direkt ur upphandlingsdokumenten.²⁰⁶ För att främja transparensen finns det begränsningar i möjligheten att redogöra för urvalskriterier genom korsreferenser till andra dokument eller bestämmelser i nationell lagstiftning. Ett system med referenser till dokument som inte upphandlande myndighet tillhandahåller medför att leverantörerna måste söka efter information för att uppfylla urvalskriterierna vilket skapar osäkerhet för leverantören.²⁰⁷ Referenser till och villkor som grundas i tolkning av nationell lagstiftning och myndigheters praxis skulle vidare skapa en nackdel för leverantörer från andra medlemsstater då deras kunskap om nationell lagstiftning inte kan jämföras med inhemska leverantörers.²⁰⁸

3.1.3 Principen om ömsesidigt erkännande

Principen om ömsesidigt erkännande är en av de grundläggande EU-rättsliga principerna och utgör en av grunderna för EU-samarbetet. Principen fastslogs första gången av EU-domstolen i målet *Cassis de Dijon*.²⁰⁹ Principen medför i den upphandlingsrättsliga kontexten att en leverantör som har ett intyg eller dylikt som har utfärdats av en medlemsstat måste godtas av upphandlande myndighet

²⁰² Bovis, Christopher, *The law of EU public procurement*, Oxford, 2015 s. 221.

²⁰³ Sundstrand s. 27; EU-domstolens avgörande i mål C-87/94 *Europeiska gemenskapernas kommission mot Konungariket Belgien* punkt 88.

²⁰⁴ Arrowsmith s. 622.

²⁰⁵ Se bland annat EU-domstolens avgörande i mål C-470/99 *Universale-Bau AG mot Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH* [Universale-Bau] punkt 93 & mål C-532/06 *Emm. G. Lianakis AE m.fl. mot Dimos Alexandroupolis m.fl.* punkt 45.

²⁰⁶ Arrowsmith s. 622ff.

²⁰⁷ Frågan om referenser och den verkan det får för leverantörer i en offentlig upphandling har prövats av EU-domstolen vid en rad tillfällen. land annat EU-domstolens avgöranden i målen C-31/87 *Gebroeders Beentjes BV mot Konungariket Nederländerna* punkt 35; C-421/01 *Traunfellner GmbH mot Österreichische Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-AG* punkt 29 och C-368/10 *Europeiska Kommissionen mot Konungariket Nederländerna* punkt 93-96. Se även Arrowsmith s. 624.

²⁰⁸ *Pippo Pizzzo* punkt 46 och 51.

²⁰⁹ EU-domstolens avgörande i mål C-120/78 *Rewe-Zentral-AG mot Bundesmonopolverwaltung für Brantwein* [*Cassis de Dijon*].

i en annan medlemsstat på samma sätt som om motsvarande intyg utfärdats i staten där kontraktsföremålet ska utföras.²¹⁰

3.1.4 Icke-diskrimineringsprincipen

Såväl direkt som indirekt diskriminering av en leverantör från en annan medlemsstat är förbjuden.²¹¹ Upphandlande myndighet kan därför inte uppställa krav på att varor ska vara närodlade eller ställa krav på ovanligt korta leveranstider, då krav av detta slag kommer indirekt missgynna leverantörer från andra medlemsstater.²¹² Likt övriga principer är icke-diskrimineringsprincipen tillämplig på alla stadier av upphandlingsförfarandet och ett upphandlingsförfarande får inte utformas så att leverantörer från andra medlemsstater avskräcks eller i praktiken förhindras från att delta i upphandlingen.²¹³ Icke-diskrimineringsprincipen kan ses som ett tydliggörande av likabehandlingsprincipen. Ett agerande som omfattas av icke-diskrimineringsprincipen skulle även kunna omfattas av likabehandlingsprincipens tillämpningsområde.²¹⁴

3.1.5 Proportionalitetsprincipen

Proportionalitetsprincipen är en av de fundamentala principerna inom EU-rätten men återfinns inte bland bestämmelserna i Direktiv18, även om den omnämns i direktivets skäl.²¹⁵ Principen återfinns dock i såväl ÄLOU som i LOU.²¹⁶ Vidare har principen införts uttryckligen på direktivnivå i Direktiv24.²¹⁷ Generellt klargör principen att en handling som upphandlande myndighet vidtar måste vara proportionerlig i förhållande till dess syfte. EU-domstolen har tillämpat principen i flera fall i förhållande till förkastande av anbud eller utslutning av leverantör som inte uppfyller kriterierna i upphandlingsdokumenten.²¹⁸

Proportionalitetsprincipen ska också säkerställa att införlivandet av det upphandlingsrättsliga regelverket sker på ett ändamålsenligt sätt och begränsar kraven som ställs på upphandlande myndighet och leverantörer. Exempelvis genom möjligheten för en myndighet att övergå till ett förhandlat förfarande om inget anbud finns som möjliggör för tilldelning genom ett öppet förfarande.

²¹⁰ Sundstrand s. 27; Falk, Jan-Erik, *Lag om offentlig upphandling: en kommentar*, Stockholm, 2014 [Falk] s. 66.

²¹¹ EU-domstolens avgörande C-243/89 *Europeiska gemenskapernas kommission mot Konungariket Danmark*. I avgörandet uttalar domstolen att det varit i strid med likabehandlings- och icke-diskrimineringsprincipen att uppställa krav på att danskt material och arbetskraft i största mån skulle användas vid utförandet av upphandlingskontraktet.

²¹² Falk s. 65; EU-domstolens avgörande i mål C-225/98 *Europeiska gemenskapernas kommission mot Republiken Frankrike* punkt 80.

²¹³ *Kommissionen mot Frankrike* punkt 107.

²¹⁴ Arrowsmith s. 621.

²¹⁵ Skäl (2) till Direktiv18.

²¹⁶ Se. 1 kap. 9 § ÄLOU samt 4 kap. 1 § LOU.

²¹⁷ Art. 18 Direktiv24.

²¹⁸ Arrowsmith s. 628.

Genom möjligheter av detta slag kan målen med lagstiftningen uppfyllas utan att det medför oproportionerliga kostnader för någon part.²¹⁹

3.1.6 Andra EU-rättsliga principers påverkan på upphandlingsrätten

Utöver de fem upphandlingsrättsliga grundprinciperna finns det en rad andra EU-rättsliga principer som påverkar upphandlingsrätten. Bland dessa principer ska särskilt principen om rättssäkerhet belysas ytterligare.

Rättssäkerhetsprincipen medför att en EU-rättslig regel måste utformas på ett så tydligt sätt att det av dess utformning går att förutse hur bestämmelsen kommer att tillämpas.²²⁰ Principen medför vidare att medlemsstaterna inte får anta upphandlingsrättsliga regler som skulle kunna stå i strid med de upphandlingsrättsliga principerna. Exempelvis får det påverka för tidsfrister som bestäms av nationella regler som annars kan påverka rättssäkerheten för ett upphandlingsförfarande.²²¹ Principen förhindrar också såväl leverantör som upphandlande myndighet från att frångå de regler som fastslagits i upphandlingsdokumenten.²²²

3.2 Allmän bakgrund om uteslutning av leverantör

Uteslutningsgrunderna i LOU kan delas upp i obligatoriska och fakultativa uteslutningsgrunder. Då Direktiv24 är ett minimidirektiv²²³ får medlemsstaterna välja att införa uteslutningsgrunder, som är fakultativa enligt direktivet, som obligatoriska uteslutningsgrunder i nationell rätt.²²⁴

3.2.1 Obligatoriska uteslutningsgrunder

Omständigheter som medför obligatorisk uteslutning av en leverantör återfinns i 13 kap. 1-2 §§ LOU. Bestämmelserna tar sikte på utförande av vissa brott och obetalade skatter eller sociala avgifter. Bestämmelsernas motsvarighet återfinns

²¹⁹ Arrowsmith s. 628f.

²²⁰ EU-domstolens avgörande i mål C-44/96 *Mannesmann Anlagenbau Austria AG m.fl. mot Strobal Rotationsdruck GesmbH* punkt 34 och C-380/98 *The Queen mot The University of Cambridge* punkt 43.

²²¹ *Universale-Bau* punkt 76-79.

²²² EU-domstolens avgörande i mål C-327/00 *Santex SpA mot Unità Socio Sanitaria Locale n. 42 di Pavia* punkt 36 samt punkt 52-54.

²²³ Ett minimidirektiv uppställer endast ett minimikrav på medlemsstaternas lagstiftning. Medlemsstaterna kan därför välja att själva införa strängare regler än de som framgår av direktivsexten. Minimidirektiv är vanligt på områden där EU och medlemsstaterna har delad kompetens, så som är fallet med det upphandlingsrättsliga regelverket.

För mer info om minimidirektiv och andra typer av direktiv se Bernitz, Ulf, Kjellgren, Anders, *EU-rättens grunder*, Stockholm, 2014 s. 272f.

²²⁴ Av art.57 (4) Direktiv24 framgår att medlemsstaterna får välja att införa uteslutningsgrunderna som obligatoriska, även om de som huvudregel är fakultativa.

i art. 57 (1-2) Direktiv24. De obligatoriska uteslutningsgrunderna i Direktiv24 ska ses som en uppdatering och utvidgning av de obligatoriska uteslutningsgrunderna som enligt i Direktiv18.²²⁵

De brott som medför obligatorisk uteslutning av en leverantör är bland annat organiserad brottslighet, terrorbrott och människohandel. Men även vissa brott av ekonomisk karaktär medför att uteslutning av leverantören är obligatorisk. Det krävs dock att det finns en dom som visar att leverantören har blivit dömd för något av de uppräknade brotten.²²⁶ Vidare är uteslutning obligatorisk för den leverantör som inte betalat sina skatter eller sociala avgifter, såväl i det land där leverantören är baserad som i det land där kontraktet ska utföras. För att kunna utesluta en leverantör på grund av obetalda skatter eller sociala avgifter ska det finnas ett domstolsavgörande eller myndighetsbeslut som vunnit lagkraft och är bindande.²²⁷ Myndigheten kan dock i vissa fall utesluta leverantören om det på andra sätt går att visa att den inte betalat sina skatter eller sociala avgifter, exempelvis om en leverantör har förfallna och obetalda skatter och sociala avgifter på sitt skattekonto vid anbudslämnandet.²²⁸

Den upphandlande myndigheten behöver inte undersöka om det finns grund för uteslutning av leverantören med stöd av de obligatoriska uteslutningsgrunderna, om det inte finns skäl för myndigheten att misstänka att så är fallet.²²⁹ Först om myndigheten får indikationer om att en obligatorisk uteslutningsgrund föreligger uppkommer en skyldighet för upphandlande myndighet att undersöka om det finns grund för uteslutning eller ej.²³⁰ Att den upphandlande myndigheten endast får en indikation på att en obligatorisk grund för uteslutning föreligger innebär inte per definition att uteslutning ska ske. Istället ska en utredning vidtas för att ge upphandlande myndighet tillräckligt med underlag för att ta ställning till huruvida leverantören bör uteslutas eller ej.²³¹

Om det finns tvingande hänsyn till allmänintresset kan dock upphandlande myndighet frånga de obligatoriska uteslutningsgrunderna.²³² I svensk nationell rätt har möjligheten att frånga de obligatoriska uteslutningsgrunderna införts i 13 kap. 6 § LOU. Undantaget ska dock endast tillämpas i exceptionella fall. Det har också framförts att möjligheten att frånga de obligatoriska uteslutningsgrunderna endast föreligger när de fundamentala friheterna enligt FEUF inte är tillämpliga.²³³

²²⁵ Arrowsmith s. 1279.

²²⁶ Se vidare prop. 2015/16:195 s. 715-729 för utveckling av de obligatoriska uteslutningsgrunderna för vissa brott och övervägande kopplade därtill.

²²⁷ För vidare utveckling av uteslutning av leverantör som ej betalat skatter eller sociala avgifter se prop. 2015/16:195 s. 730-733.

²²⁸ Prop. 2015/16:195 s. 1085.

²²⁹ Falk s. 320.

²³⁰ Sundstrand s. 154f. Falk s.329. Se även SOU 2014:51 s. 194f.

²³¹ SOU 2014:51 s. 195.

²³² Art. 57 (3) Direktiv24.

²³³ Arrowsmith s. 1282.

3.2.2 Fakultativa uteslutningsgrunder

Utöver de obligatoriska uteslutningsgrunderna finns det en rad fakultativa uteslutningsgrunder i 13 kap. 3 § LOU. Motsvarande uteslutningsgrunder finns i art.57 (4) Direktiv24. Bestämmelsen består av en uppräknad av situationer där upphandlande myndighet har rätt att utesluta en leverantör från att delta i upphandlingen. Bland de omständigheter som möjliggör för en upphandlande myndighet att utesluta en leverantör kan nämnas åsidosättande av social- och miljöhänsyn, om leverantören är i konkurs eller har snedvridit konkurrensen på marknaden.²³⁴ Gemensamt för samtliga fakultativa uteslutningsgrunder är att de har sin utgångspunkt i leverantörens yrkeshederlighet, solvens och pålitlighet.²³⁵ Beskrivningen av vad som krävs för att en leverantör ska uteslutas i de olika uppräknade scenariona skiljer sig åt mellan de olika fakultativa uteslutningsgrunderna. Skillnaderna i bestämmelsernas utformning ska dock inte ses som att kraven som uppställs för uteslutning skulle variera beroende på vilken uteslutningsgrund som aktualiseras. Skillnaderna ska istället ses som hänförliga till skillnaden i karaktär mellan de olika situationerna.²³⁶

Det finns dock inget krav på myndigheten att utesluta en leverantör i de situationer som framgår av bestämmelsen, utan myndigheten får lov att låta leverantören fortsatt delta i upphandlingen. Uteslutningsgrunderna ses som omständigheter som typiskt sett ska leda till att leverantören utesluts från upphandlingen.²³⁷ Tanken är inte att de fakultativa uteslutningsgrunderna ska tillämpas enhetligt inom unionen och uteslutningsgrunderna kan införlivas på olika sätt baserat på nationell hänsyn.²³⁸ Det är dock viktigt att myndigheten beaktar likabehandlingsprincipen och därför behandlar alla leverantörer som uppfyller kraven för uteslutning enligt de fakultativa uteslutningsgrunderna på samma vis. Exempelvis låter samtliga leverantörer vara kvar i upphandlingsprocessen eller utesluter samtliga leverantörer.²³⁹ Det är upp till upphandlande myndighet att i det aktuella fallet besluta om huruvida en leverantör ska uteslutas med stöd av en fakultativ uteslutningsgrund eller ej.²⁴⁰ Huruvida upphandlande myndighet får lov att använda sig av fakultativa uteslutningsgrunder, som inte är kopplade till kontraktets föremål, för att uppnå andra syften än säkerställande av leverans av upphandlingsföremålet är dock inte helt klart. En skillnad mellan de fakultativa uteslutningsgrunderna enligt Direktiv18 och Direktiv24 är att enligt Direktiv18 finns en möjlighet att fastställa tillämpningen av uteslutningsgrunderna. Enligt Direktiv24 får istället

²³⁴ För vidare utveckling om de fakultativa uteslutningsgrunderna i 13 kap 3 § LOU och överväganden kopplade därtill se prop. 2015/16:195 s. 733-738.

²³⁵ EU-domstolens avgörande i mål C-226/04 & C-228/04 *La Cascina Soc. Coop. Arl m.fl. mot Ministero della Difesa m.fl.* [*La Cascina*] punkt 21. Se även Arrowsmith s. 1237.

²³⁶ SOU 2014:51 s. 217f.

²³⁷ SOU 2014:51 s. 217.

²³⁸ Jämför *La Cascina* punkt 29-31 och *Connexxion Taxi Services* punkt 29.

²³⁹ Sundstrand s. 155.

²⁴⁰ Arrowsmith s. 1238f. Se även Falk s. 333f för resonemang om bedömningen om huruvida en leverantör ska uteslutas.

upphandlande myndighet utesluta en leverantör med stöd av uteslutningsgrunderna eller åläggas av medlemsstaterna att göra det. Skillnaden förtydligar att det är upp till den upphandlande myndigheten att tillämpa de fakultativa uteslutningsgrunderna utan att medlemsstaterna kan förhindra uteslutning av en leverantör eller begränsa uteslutningsgrundernas tillämpningsområde.²⁴¹ Vidare framgår av Direktiv24 att proportionalitet är en viktig faktor vid tillämpning av de fakultativa uteslutningsgrunderna. Vid bedömningen av huruvida en leverantör ska uteslutas måste upphandlande myndighet överväga om uteslutningen är en nödvändighet för att uppnå ett legitimt syfte i förhållande till det ingripande som uteslutningen medför för leverantören. Mindre allvarliga omständigheter bör därför bara undantagsvis medföra att leverantören utesluts från upphandlingsprocessen.²⁴² De fakultativa uteslutningsgrunderna i Direktiv24 lägger fokus på leverantörens pålitlighet. Något som också understryks av möjligheten för self-cleaning. Genom detta fokus kan upphandlande myndighet undvika att arbeta med leverantörer som har en historik av regelöverträdelser.²⁴³ För att se till att principen om öppenhet beaktas bör vidare framgå i förfrågningsunderlaget hur de fakultativa uteslutningsgrunderna kommer att tillämpas.²⁴⁴

3.3 Uteslutning av leverantör som deltagit i konkurrensbegränsande samarbeten

Upphandlande myndighets möjlighet att utesluta en leverantör som har ingått överenskommelser med andra leverantörer med syftet att snedvrída konkurrensen framgår av 13 kap. 3 § 4 p. LOU. Det räcker att avtalet har ingåtts av leverantörerna med syfte att begränsa konkurrensen för att det ska finnas grund för uteslutning.²⁴⁵ Enligt ordalydelsen är inte uteslutningsgrunden i 13 kap. 3 § 4 p. LOU och förbudet mot konkurrensbegränsande samarbeten i 2 kap. 1 § KL precis överensstämmande.²⁴⁶ Det leder till tanken att bestämmelsernas tillämpningsområde inte överlappar. En sådan tolkning är dock inte korrekt, utan istället bör bestämmelserna tolkas så att deras tillämpningsområde överlappar varandra.²⁴⁷

²⁴¹ Jämför art.45(2) i Direktiv18 och art.57(4) i Direktiv24. Se även Arrowsmith s. 1239.

²⁴² Skäl 101 till Direktiv24; Arrowsmith s. 1243f samt *Connexxion Taxi Services* punkt 33.

²⁴³ Arrowsmith s. 1242f.

²⁴⁴ Falk s. 332. Att ange vilka fakultativa uteslutningsgrunder som kan användas i upphandlingen bör jämföras med den danska Udbudsloven 137 § enligt vilken upphandlande myndighet måste ange om en leverantör kan komma att uteslutas till följd av en fakultativ uteslutningsgrund. För vidare redogörelse om uteslutning av leverantör på grund av en fakultativ uteslutningsgrund i dansk rätt se Fabricius, Jesper, *Offentlige indkøb i praksis*, Köpenhamn, 2017, s. 493-499.

²⁴⁵ Prop. 2015/16:195 s. 736. Jämför med utformningen av 2 kap. 1 § KL och art. 101 FEUF.

²⁴⁶ Jämför även skillnaden mellan art.57 (4) Direktiv24 och art.101 FEUF.

²⁴⁷ Arrowsmith s. 1268. Arrowsmiths granskning av bestämmelsernas skillnader grundas i bestämmelsernas utformning på engelska i såväl Direktiv24 och FEUF. Motsvarande argument bör dock kunna framhållas i förhållande till de svenska språkversionerna av bestämmelserna.

För att upphandlande myndighet ska kunna utesluta en leverantör krävs det enligt bestämmelsens ordalydelse bara att myndigheten har sannolika indikationer på att leverantören har ingått i ett konkurrensbegränsande samarbete. Det kan därför inte sägas uppställas något krav på att upphandlande myndighet ska kunna uppvisa en dom eller beslut för att kunna utesluta en leverantör ur upphandlingsprocessen med stöd av bestämmelsen.²⁴⁸ Utredningen inför införandet av LOU stadgar att bestämmelsen ska ses som en av flera omständigheter som påverkar bedömningen av huruvida leverantören är lämplig för att tilldelas kontraktet eller ej.²⁴⁹ Det finns inte i bestämmelsen någon uttrycklig begränsningsregel som begränsar tillämpningen av när i tiden en leverantör får uteslutas till följd av konkurrensbegränsande samarbeten.²⁵⁰

Någon uttrycklig möjlighet att utesluta en leverantör som varit del i ett samarbete med syfte att begränsa konkurrensen finns inte i ÅLOU. Det saknas därför i stor utsträckning praxis som berör bestämmelsen.²⁵¹ Det var dock redan tidigare möjligt att utesluta en leverantör till följd av konkurrensbegränsande samarbeten men då mot bakgrund att agerandet utgör ett allvarligt fel i yrkesutövningen.²⁵² Frågan om uteslutning av en leverantör som ingått konkurrensbegränsande avtal, då allvarliga fel i yrkesutövningen, har prövats vid ett fåtal tillfällen av såväl kammarrätterna som EU-domstolen.²⁵³

13 kap. 3 § 4p. LOU grundar sig i art.57 (4) i Direktiv24 och har i stort införts i svensk rätt i enlighet med hur uteslutningsgrunden är utformad i direktivet. En skillnad som dock ska belysas är att direktivet uppställer kravet att indikationerna ska kunna vara tillräckligt sannolika för att myndigheten ska kunna dra slutsatsen att leverantören har ingått överenskommelser för att snedvrیدا konkurrensen. Något krav på att en slutsats ska kunna dras återfinns inte i 13 kap. 3 § 4 p. LOU.²⁵⁴

Den tid under vilken omständigheter som uppfyller kraven för uteslutning ska kunna åberopas av upphandlande myndighet för att utesluta en leverantör från upphandlingsprocessen framgår av art.57 (7) i Direktiv24. Enligt bestämmelsen får inte agerande som snedvrیدer konkurrensen ligga till grund för uteslutning i mer än tre år från den *relevanta händelsen*. Bestämmelsen har dock inte tagits in i LOU. Istället är det upp till den upphandlande myndigheten att i varje enskilt fall ta ställning till frågan om huruvida omständigheter långt bak i tiden ska utföra

²⁴⁸ Arrowsmith s. 1267f.

²⁴⁹ SOU 2014:51 s. 217.

²⁵⁰ Prop. 2015/16:195 s. 736.

²⁵¹ Se bland annat SOU 2014:51 s. 218f; Prop. 2015/16:195 s. 734.

²⁵² Skäl (43) till Direktiv18; Arrowsmith s. 1255f. & 1267.

²⁵³ *Generali-Providencia Biztosító* punkt 35. Se även Kammarrätten i Göteborgs avgörande 1425-16, meddelad 2016-11-15 och även Kammarrätten i Stockholms avgörande 3725-13;3727-13, 4081-13 och 5060-13, meddelade 2013-12-02. För vidare utveckling av vad allvarliga fel i yrkesutövningen omfattar se EU-domstolens avgörande i mål C-465/11 *Forposta SA m.fl. mot Poczta Polska SA* punkt 26-31.

²⁵⁴ Jämför Direktiv24 art. 57 (4).

grund för uteslutning eller ej.²⁵⁵ Lagrådet anförde dock i sitt yttrande att en ordning där det saknas tydliga gränser eller riktlinjer för hur äldre omständigheter ska beaktas av upphandlande myndighet kan stå i strid med proportionalitets- och likabehandlingsprinciperna.²⁵⁶ Regeringen har dock gjort bedömningen det faktum att ett uteslutningsbeslut kan bli föremål för en domstolsprövning medför att kravet på rättssäkerhet är att uppfatta som uppfyllt.²⁵⁷ Frågan om hur länge omständigheter kan ligga som grund för uteslutning av en leverantör har berörts i praxis i förhållande till ÄLOU. Högsta förvaltningsdomstolen²⁵⁸ har i avgörandet RÅ 2010 ref. 79 gjort bedömningen att det inte stod i strid med proportionalitetsprincipen att utesluta en leverantör vars företrädare gjort sig skyldig till brott i yrkesutövningen fem år innan anbudstidens utgång.²⁵⁹

3.4 Situationer när samarbeten mellan leverantörer är tillåtna

Det finns situationer när en leverantör får åberopa en annan leverantörs kapacitet för att uppfylla kraven som uppställs för att delta i en upphandling, art. 63 Direktiv24. I svensk kontext återfinns bestämmelsen delvis i 14 kap. 6-7 §§ LOU. Bestämmelsen möjliggör för en leverantör som saknar de finansiella medel eller den kapacitet som krävs för att utföra upphandlingsföremålet att fortfarande delta i upphandlingsprocessen. Det möjliggör även för den leverantör som inte har haft möjlighet att skaffa stor yrkesmässig erfarenhet att lämna anbud.²⁶⁰ Ett anbudssamarbete mellan två leverantörer som saknar kapacitet att leverera på egen hand anses inte heller utgöra ett agerande i strid med förbudet mot konkurrensbegränsande samarbeten. Skulle det vara förbjudet att lämna ett gemensamt anbud skulle det medföra att antalet anbud minskar, vilket påverkar konkurrensen negativt.²⁶¹

Det är upp till leverantören att visa för myndigheten att förutsättningarna för att åberopa en annan leverantörs kapacitet eller ekonomiska ställning är uppfyllda. Det ankommer vidare på upphandlande myndighet att avgöra om kraven i upphandlingsdokumenten uppfylls av såväl huvudleverantören som den leverantör vars kapacitet åberopas.²⁶² Bedömningen om leverantörerna har kapacitet att lämna anbud på egen hand eller ej ska göras på objektiva grunder, utan att ta hänsyn till leverantörens inställning vid anbudslämnandet.²⁶³ Det går sedermera inte för en leverantör som själv har kapacitet att uppfylla kriterierna

²⁵⁵ Prop. 2015/16:195 s. 740f.

²⁵⁶ Prop. 2015/16:195 s. 1122.

²⁵⁷ Prop. 2015/16:195 s. 741.

²⁵⁸ Hädanefter HFD.

²⁵⁹ Se även Ulfsson & Forssell, Anna, Lag (2007:1091) om offentlig upphandling (Lexino) [Ulfsson & Forssell]10 kap. 2 §.

²⁶⁰ Jämför art.63 (1) Direktiv24.

²⁶¹ Karlsson & Östman s. 377ff.

²⁶² Prop. 2015/16:195 s. 754f.

²⁶³ Se Stockholms tingsrätts avgörande i mål-nr T 18896-10, meddelad 2014-01-21, *Däckia*.

som uppställs i upphandlingen att avböja att lämna anbud i upphandlingen för att istället sluta avtal med vinnande leverantör om att agera som underleverantör.²⁶⁴ Det går även att ifrågasätta möjligheten för leverantörer som uppfyller kapacitetskraven att lämna anbud och samtidigt vara underleverantör till en annan leverantör som också lämnar anbud i samma upphandling.²⁶⁵ Samarbetet får endast begränsas till vad som är nödvändigt för att leverantören ska kunna lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Att samarbeta för att komplettera varandras anbud, exempelvis om de olika företagen är specialiserad på olika delar av upphandlingsföremålet men fortfarande har kapacitet att leverera var för sig, är inte tillåtet.²⁶⁶ Ett samarbete är dock tillåtet om det är den enda rimliga möjligheten för leverantörerna att på ett reellt sätt kunna lämna anbud.²⁶⁷

Det finns inte något krav på varken den rättsliga arten eller utformningen av förbindelserna mellan leverantören och det företag vars kapacitet åberopas.²⁶⁸ Upphandlande myndighet kan sedermera inte kräva att det finns ett skriftligt avtal mellan de två företagen för att åberopandet ska kunna godkännas av myndigheten. Leverantören måste dock visa att den förfogar över de resurser hos det andra företaget som åberopas för att uppfylla kraven i förfrågningsunderlaget. I direktivet exemplifieras ett sådant styrkande med att leverantören visar upp ett åtagande från det andra företaget.²⁶⁹

3.5 Self cleaning

Innan upphandlande myndighet utesluter en leverantör ur upphandlingsprocessen måste leverantören enligt 13 kap. 4 § LOU få yttra sig över de omständigheter som medför att myndigheten överväger att utesluta leverantören. Att en leverantör får lov att yttra sig över omständigheterna har bland annat sin grund i att upphandlande myndighet inte har någon generell undersökningsplikt rörande huruvida en leverantör ska uteslutas eller ej. Leverantören måste då få lov att ifrågasätta de omständigheter som resulterat i att upphandlande myndighet överväger uteslutning. Det är då möjligt för leverantören att klargöra varför de specifika omständigheterna inte ska leda till uteslutning. Leverantören kan då visa att myndigheten har fått felaktiga indikationer eller har missförstått de faktiska omständigheterna. Skulle inte leverantörens klargöranden vara tillräckligt tydliga för att visa att det saknas grund för uteslutning har upphandlande myndighet fortfarande möjlighet att utesluta leverantören.²⁷⁰ Kravet på att upphandlande myndighet låter

²⁶⁴ Jämför Patent- och marknadsdomstolens avgörande mål-nr PMT 17299-14, meddelad 2016-12-21, *Telia och GothNet*. Domen har dock överklagats till Patent- och marknadsöverdomstolen.

²⁶⁵ Ett motsvarande upplägg var det som förekommit i *Aleris & Capio*. PMÖD ansåg dock att det inte i målet var visat att samarbetet haft konkurrensbegränsande syfte eller resultat.

²⁶⁶ *Däckia*. Se även Karlsson & Östman s. 382f.

²⁶⁷ Jämför Marknadsdomstolens avgörande MD 1997:15, meddelad 1997-10-08 *Cementkartellen*.

²⁶⁸ Prop. 2015/16:195 s. 755f. Jämför art.63 Direktiv24 och EU-domstolens avgörande i mål C-176/98 *Holst Italia SpA mot Comune di Cagliari* punkt 29.

²⁶⁹ Prop. 2015/16:195 s. 1095f. Jämför art.63 (1) Direktiv24.

²⁷⁰ Prop. 2015/16:195 s.743.

leverantören yttra sig över de omständigheter som kan föranleda uteslutning är ett viktigt led i beaktandet av proportionalitetsprincipen före beslut om uteslutning fattas.²⁷¹

Den leverantör som enligt upphandlande myndighet ska uteslutas har enligt 13 kap. 5 § LOU viss möjlighet att undgå uteslutning genom att ha ersatt eller ha åtagit sig att ersätta de skador som har orsakats genom agerandet, klaggjort förhållanden och omständigheter på ett uttömmande sätt och aktivt samarbetat med myndigheterna samt vidtagit åtgärder för att förhindra att nya brott eller missförhållanden uppkommer.

Någon motsvarande möjlighet finns inte i ÄLOU.²⁷² Bestämmelsen reglerar inte när i tiden som leverantören måste ha vidtagit åtgärder för att undvika uteslutning ur upphandlingsprocessen. Åtgärderna måste dock vidtas innan upphandlande myndighet fattar beslut om uteslutning. Det saknas alltså möjlighet för en leverantör att återinträda i upphandlingsprocessen genom att vidta åtgärder för att avhjälpa den överträdelse som fått leverantören utesluten.²⁷³ Möjligheten till self-cleaning kan kopplas samman med regelverkets fokus på huruvida leverantören ska anses som pålitlig eller ej.²⁷⁴

För att undgå uteslutning måste leverantören uppfylla bestämmelsens samtliga tre rekvisit.²⁷⁵ Det rekvisit som dock torde vara av störst betydelse för en leverantör som riskerar att uteslutas till följd av konkurrensbegränsande samarbete bör vara att klargöra omständigheterna runt agerandet och samarbete med de utredande myndigheterna. I förarbetena berörs inte frågan om under vilka omständigheter en leverantör ska anses ha klargjort omständigheter på ett uttömmande sätt genom att aktivt samarbeta med myndigheterna och därmed undgå uteslutning.²⁷⁶ Ett övervägande måste istället göras i förhållande till huruvida de åtgärder som leverantören har vidtagit medför att leverantören är att anse som pålitlig eller ej.²⁷⁷

I förarbetena lyfter Konkurrensverket betydelsen av beslut om eftergift av konkurrensskadeavgift för att avgöra om en leverantör har klargjort omständigheterna på ett uttömmande sätt och samarbetat med myndigheterna. Konkurrensverket ville även att en regel som uttryckligen skyddar företag som beviljats eftergift av konkurrensskadeavgiften förs in i LOU. Regeringen valde dock att inte införa ett sådant uttryckligt undantag och frågan om betydelsen av ett beslut om eftergift faller istället under 13 kap. 5 § LOU.²⁷⁸ Betydelsen av ett

²⁷¹ Prop. 2015/16:195 s. 1088.

²⁷² Prop. 2015/16:195 s. 1089. Genom bestämmelsen införs delar av art.57 (2), art.57 (4) och art. 57 (6) Direktiv24 i svensk rätt.

²⁷³ Prop. 2015/16:195 s. 744.

²⁷⁴ Jämför Arrowsmith s. 1242f.

²⁷⁵ Prop. 2015/16:195 s. 1089.

²⁷⁶ Se Prop. 2015/16:195 s. 742-746; SOU 2014:51 s. 224-229.

²⁷⁷ Arrowsmith s. 1270ff.

²⁷⁸ Prop. 2015/16:195 s. 736.

eftergiftsbeslut ska därför istället avgöras med tillämpning av proportionalitetsprincipen. Det går sedermera inte att med säkerhet säga att ett beslut om eftergift av konkurrensskadeavgift i varje fall kommer att medföra att en leverantör undgår uteslutning. Enligt regeringen medför inte alltid ett beslut om eftergift att leverantören är pålitlig. Ett beslut om eftergift av konkurrensskadeavgiften ska endast ses som en av flera omständigheter som myndigheten beaktar före den beslutar om en leverantör ska uteslutas eller ej.²⁷⁹ Konkurrensverket anför att det incitament som finns för ett företag att frivilligt lämna uppgifter om konkurrensbegränsande åtgärder minskar om det finns en risk för att leverantören kommer att bli utesluten ur framtida upphandlingar sitt beslut att samarbeta med myndigheterna till trots.²⁸⁰ Såväl Konkurrensverket som Upphandlingsmyndigheten har dock gått ut med information om hur ett beslut om eftergift av konkurrensskadeavgiften ska medföra att leverantören inte utesluts som leverantör, även om det inte framgår av lagen.²⁸¹

Vidare berörs inte frågan om en leverantör som samarbetat med myndigheterna genom att lämna information om ett otillåtet samarbete, men som inte meddelats eftergift av konkurrensskadeavgift, ska kunna undgå uteslutning.²⁸² Det finns därför ingen ledning för hur ett sådant bolag kommer att behandlas. Frågan har istället lämnats för att avgöras av domstolarna.²⁸³

²⁷⁹ Prop. 2015/16:195 s. 745f.

²⁸⁰ Konkurrensverkets remissvar ”Nya regler om upphandling” Dnr 510/2014 s.12ff.

²⁸¹ Se Konkurrensverkets nyhetsbrev 15 juni 2017. Betydelsen av myndigheternas agerande för den som överväger att lämna information om ett otillåtet samarbete kan dock ifrågasättas eftersom informationen inte kan sägas vara bindande för den myndighet som överväger att utesluta en leverantör till följd av konkurrensbegränsande samarbeten.

²⁸² Se Prop. 2015/16:195 s. 742-746 samt SOU 2014:51 s. 228.

²⁸³ Jämför Skäl 101 till Direktiv24 samt Prop. 2015/16:195 s. 745f.

4 Förhållandet mellan regelverken

4.1 Bevisfrågor

Inledningsvis ska klargöras att det i ett upphandlingsmål inte går att tillämpa de sedvanliga reglerna om bevisning som gäller inom förvaltningsprocessen. I ett förvaltningsmål gäller allmänt att *bevisbördan* åligger den enskilde om den vill ha en förmån från det allmänna. Om målet istället rör ett ingripande hos den enskilde kommer det allmänna att åläggas bevisbördan.²⁸⁴

Då upphandlingsrättsliga mål till sin karaktär har större likheter med en civilrättslig tvist om ekonomiska förhållanden mellan enskilda näringsidkare än de tvister som normalt prövas inom ramen för förvaltningsprocessen ska de förvaltningsprocessrättsliga principerna om bevisning och åberopsbörda tillämpas med försiktighet i upphandlingsmål.²⁸⁵ Ledning har därför istället tagits från de teorier om bevisbörda som tillämpas i civilrättsliga tvistemål.²⁸⁶ I mål som rör uteslutning har dock, genom avgörandet HFD 2013 ref. 61, klargjorts att bevisbördan i ett mål om uteslutning av en leverantör åligger upphandlande myndighet. Att det är upphandlande myndighet som har bevisbördan för att det går att utesluta en leverantör är motiverat mot bakgrund av leverantörens intresse av att inte bli utesluten. Vid uteslutning från upphandlingsprocessen är alltså leverantörens intresse av att inte bli utesluten ur upphandlingsprocessen högre än myndighetens intresse av att ingå avtal med en pålitlig motpart.²⁸⁷ Bevisbördans placering i mål om uteslutning av leverantör på grund av konkurrensbegränsande agerande torde falla sig naturligt utifrån utformningen av bestämmelserna och åligger upphandlande myndighet.²⁸⁸

Frågan om bevisbörda i konkurrensrättsliga mål måste delas upp mellan mål där EU-rättsliga regler är tillämpliga och de där endast nationell rätt är tillämplig. I det fall endast nationell rätt är tillämplig ska EU-rättens bevisregler användas som vägledning i bevisfrågorna.²⁸⁹ Bevisbördan för en överträdelse av det konkurrensrättsliga regelverket är som huvudregel ålagd den myndighet som påstår att det har skett en överträdelse.²⁹⁰ Det är sen upp till det företag som

²⁸⁴ Ragnemalm, Hans, *Förvaltningsprocessrättens grunder*, Stockholm, 2014 [Ragnemalm] s. 112

²⁸⁵ Upphandlingsmålens särställning i förhållande till andra mål inom förvaltningsprocessen framgår av RÅ 2009 ref. 69.

²⁸⁶ Asplund, Anders, Ehn, Magnus, Johansson, Daniel, Olsson, Erik, *Överprövning av upphandling och andra rättsmedel enligt LOU och LUF*, Stockholm, 2012 s. 291.

²⁸⁷ Ehn, Magnus, Kan du bevisa det? – åberopsbörda och bevisbörda i upphandlingsmål i *Upphandlingsrättslig tidskrift* 2017 nr. 4 s. 251-262 s. 258.

²⁸⁸ Se lydelsen av 13 kap. 3 § 4p. LOU. Jämför resonemang i avgörandet HFD 2013 ref. 61.

²⁸⁹ Karlsson & Östman s. 1179.

²⁹⁰ Tillämpningsförfordningen art.2; *Asfaltskartellen* s. 20.

anklagas för att vara skyldig till en överträdelse av konkurrensrätten att visa att någon överträdelse inte har skett, förutsatt att myndigheten lyckats visa att det skett en överträdelse.²⁹¹ Att det är myndigheten som har den primära bevisbördan för att det har skett en överträdelse av konkurrensrätten grundar sig i oskuldspresumtionen och ska försäkra att ingen part ses som skyldig före målet prövats av en domstol.²⁹² Vidare finns det en rad presumtioner som i praktiken kan få effekten att bevisbördan omkastas. En sådan presumtion är att ett företag som deltar i ett kartellmöte presumeras agera i linje med de beslut som fattats vid mötet, om inte företaget öppet tar avstånd från agerandet.²⁹³ Ytterligare en presumtion är presumtionen att ett moderbolag och dess helägda dotter agerar som en enhet ur ett konkurrensrättsligt perspektiv.²⁹⁴

Inom svensk rätt gäller *den fria bevisprövningens princip*.²⁹⁵ Det finns inte några regler som föreskriver att vissa bevismedel har ett på förhand bestämt bevisvärde vid en domstolsprövning. Det är upp till domstolen att avgöra vilket värde ett visst bevismedel har i varje enskilt fall. Vid en prövning av huruvida en leverantör ska uteslutas ur upphandlingsprocessen medför den fria bevisprövningens princip att upphandlande myndighet utan begränsning kan föra fram den bevisning som myndigheten anser vara relevant för att visa att det finns grund för uteslutning av leverantören.²⁹⁶ Det anges vidare i art. 60 Direktiv24 att vissa typer av bevismedel måste accepteras av upphandlande myndighet. De bevismedel som räknas upp i bestämmelsen rör dock inte uteslutning av leverantörer på grundval av konkurrensbegränsande samarbete.²⁹⁷ Även vid prövning av en konkurrensrättslig överträdelse medför den fria bevisprövningens princip att myndigheten kan föra fram den bevisning som myndigheten anser behövas för att påvisa en överträdelse. Inget hindrar bevisning som är hänförlig till perioden före eller efter den misstänkta överträdelsen förs fram och beaktas. Sådan bevisning kan ge en bättre förståelse för själva överträdelsen och påvisa ett ändrat agerande till följd av samarbetet.²⁹⁸

Bevis för att det har skett en överträdelse av konkurrensrätten kan delas upp i bevis som tillkommit under överträdelsen och bevisning som i efterhand visar att det har skett en överträdelse. I många fall är det svårt att hitta bevisning under pågående överträdelse eftersom parterna i stor utsträckning försöker dölja sitt agerande. Vidare måste även skillnad göras mellan bevis som direkt visar att det

²⁹¹ *Aalborg Portland A/S* punkt 78-79.

²⁹² *Hüls* punkt 149-150; EU-domstolens avgörande i mål C-74/14 *Eturas UAB m.fl mot Lietuvos Respublikos konkurencijos taryba* punkt 38-39. Se även Castillo de la Torre, Fernando, Gippini Fournier, Eric, *Evidence, Proof and Judicial Review in EU Competition Law*, Cheltenham, 2017 [Castillo de la Torre & Gippini Fournier] s. 32.

²⁹³ Castillo de la Torre & Gippini Fournier s. 60-63. Jämför dock med resonemanget i *Trelleborg* punkt 60-61.

²⁹⁴ EU-domstolens avgörande i mål C-97/08 P *Akzo Nobel mot Europeiska gemenskapernas kommission* punkt 60-64; Castillo de la Torre & Gippini Fournier s. 64ff.

²⁹⁵ *Den fria bevisprövningens princip* framgår av 35 kap. 1 § RB.

²⁹⁶ Se Ragnemalm s. 112f.

²⁹⁷ Se vidare Arrowsmith s. 1239ff.

²⁹⁸ Castillo de la Torre & Gippini Fournier s. 81f. Se också Karlsson & Östman s. 1186f.

har skett en överträdelse och bevisning som indirekt påvisar en överträdelse av konkurrensrätten.²⁹⁹ Vid bevisprövningen torde det inte göra någon skillnad som den bevisning som förs fram är muntlig eller skriftlig.³⁰⁰

Även om huvudregeln är att det inte finns några begränsningar i vilken bevisning som får föras fram i samband med en domstolsprövning finns det vid en konkurrensrättslig prövning några begränsningar i hur EU-domstolen kommer beakta bevisning som förs fram av parterna. Exempel på information som inte går att grunda en tala om överträdelse av konkurrensrätten på är bland annat information som Kommissionen fått del av genom en tidigare talan om konkurrensbrott,³⁰¹ bevisning som motparten inte har haft rätt att bemöta,³⁰² bevisning som Kommissionen hittat vid en otillåten platsundersökning³⁰³ samt dokumentation som inte omfattats av en platsundersöknings ramar^{304, 305}. Frågan om viss typ av bevisning är tillåten eller ej är dock inte alltid klargjord, utan i vissa fall kan bevisning som generellt inte är tillåten accepteras av EU-domstolen, exempelvis om det berörda företaget godtar det.³⁰⁶

Som ett utlopp ur den fria bevisprövningen har EU-domstolen varit ovillig att göra några generella uttalanden om värdet hos olika typer av bevisning. Istället ska bedömningen göras utifrån hur trovärdig den specifika bevisningen är i varje enskilt fall.³⁰⁷ Vilket betyder att ett enda bevismedel kan vara tillräckligt för att påvisa en överträdelse.³⁰⁸ Tribunalen har dock uttalat att intern dokumentation har något lägre bevisvärde jämfört med dokumentation som har utbyttts mellan parterna i ett otillåtet samarbete, eftersom det bara reflekterar den upprättande partens inställning.³⁰⁹ Generellt bör dock inte bevisuppgifters värde påverkas av vem som har upprättat dem, men EU-domstolen har uttalat att bevisning som upprättas anonymt har lägre bevisvärde än bevisning som upprättats av en namngiven person.³¹⁰

²⁹⁹ Castillo de la Torre & Gippini Fournier s. 162ff.

³⁰⁰ Castillo de la Torre & Gippini Fournier s. 164f.

³⁰¹ EU-domstolens avgörande i mål C-238/99 P *Limburgse Vinyl Maatschappij NV m.fl. mot Europeiska gemenskapernas kommission* punkt 298-300 & 305.

³⁰² EU-domstolens avgörande i mål C-107/82 *Allgemeine Elektrizitäts-Gesellschaft AEG-Telefunken AG mot Europeiska gemenskapernas kommission*.

³⁰³ EU-domstolens avgörande i mål C-94/00 *Roquette Frères SA m.fl mot Europeiska gemenskapernas kommission* punkt 49.

³⁰⁴ EU-domstolens beslut i mål C-85/87 *Dow Chemical Nederland BV mot Europeiska gemenskapernas kommission* punkt 17.

³⁰⁵ Se vidare Castillo de la Torre & Gippini Fournier s. 165f.

³⁰⁶ Castillo de la Torre & Gippini Fournier s. 169f.

³⁰⁷ Castillo de la Torre & Gippini Fournier s. 171f. Tribunalens avgörande i mål T-286/09 *Intel Corporation Inc. mot Europeiska Kommissionen [Intel]* punkt 722.

³⁰⁸ *Intel* punkt 719.

³⁰⁹ Tribunalens avgörande i mål T-519/09 *Toshiba Corp. mot Europeiska Kommissionen* punkt 97.

³¹⁰ Tribunalens avgörande i mål T-110/07 *Siemens AG mot Europeiska Kommissionen* punkt 151. Castillo de la Torre & Gippini Fournier s. 178f.

Vidare ökar trovärdigheten hos dokumentationen ju mer precis den är, speciellt när det gäller dokumentation som upprättats efter att det otillåtna samarbetet avslutats. Precis dokumentation gör det också svårare för de inblandade företagen att ge någon annan rimlig förklaring rörande dokumentationens innebörd.³¹¹ Den information som förs fram får inte heller vara för motsägelsefull om den ska kunna tillskrivas något bevisvärde. Att informationen är motsägelsefull i vissa delar behöver dock inte betyda att den saknar bevisvärde.³¹²

Information som innebär att en person eller ett företag erkänner att de begått en överträdelse ska generellt tillskrivas ett högt bevisvärde, då det kan antas att det inte finns något att tjäna på ett falskt erkännande.³¹³ Dock bör viss försiktighet tillämpas i det fall informationen lämnas i samband med en ansökan om eftergift eftersom företaget då har ett incitament att bidra med så mycket information som möjligt och därför eventuellt förstorar andra parter roll samtidigt som de förminskar den roll de själva spelat i överträdelsen.³¹⁴ Information som därför innebär att företaget i praktiken pekar ut sig självt som del i överträdelsen och inte verkar för att förminska sin roll bör åläggas större värde än information där företaget försöker förminska sin roll.³¹⁵ På samma sätt bör försiktighet vidtas om ett företag blir utpekad som ledare i kartellen av de andra företagen, utan att det finns annan bevisning som talar för att så är fallet.³¹⁶

En annan fråga är frågan om vilka *beviskrav* som ska gälla vid uteslutning av leverantörer och vid konkurrensrättsliga överträdelser. Frågan om vilket beviskrav som ska gälla vid uteslutning av en leverantör i en upphandlingsprocess har berörts i HFD 2013 ref. 61. Domstolen började med att konstatera att det inte finns några allmänna regler om beviskraven i det upphandlingsrättsliga regelverket och att ledning därför måste hämtas i FPL och allmänna förvaltningsrättsliga principer. Domstolen anförde sedan att beviskraven i förvaltningsprocessen skiftar beroende på måltyp. Domstolen landade i att beviskravet i mål om uteslutning av en leverantör bör vara *sannolikt*. Detta kan jämföras med normalbeviskravet i ett civilrättsligt tvistemål som enligt HD är att den som har bevisbördan för ett sakförhållande ska styrka att förhållandet föreligger.³¹⁷

Domstolens avgörande i HFD 2013 ref. 61 stämmer överens med vad som framgår av utformningen av möjligheten att utesluta en leverantör som ingått konkurrensbegränsande samarbeten. Bestämmelsen i 13 kap. 3 § 4 p LOU kan dock sägas ha ett något lägre beviskrav än vad som framgår av domstolens

³¹¹ Castillo de la Torre & Gippini Fournier s. 181f.

³¹² Castillo de la Torre & Gippini Fournier s. 200f.

³¹³ Castillo de la Torre & Gippini Fournier s. 191.

³¹⁴ Tribunalens avgörande i mål T-120/04 *Peróxidos Orgánicos mot Europeiska gemenskapernas kommission* punkt 70.

³¹⁵ Castillo de la Torre & Gippini Fournier s. 193.

³¹⁶ Castillo de la Torre & Gippini Fournier s. 196.

³¹⁷ NJA 1993 s. 764. Se även Heuman, Lars, *Bevisbörda och beviskrav i tvistemål*, Stockholm, 2005 s. 66f.

avgörande. Enligt ordalydelsen måste upphandlande myndighet ha tillräckligt sannolika indikationer på att leverantören har ingått överenskommelser med andra leverantörer som syftar till att snedvrída konkurrensen. Detta ska jämföras med de andra krav på bevisning som finns beroende på uteslutningsgrund i såväl LOU som Direktiv24.³¹⁸ Beviskravet som uppställs måste mot bakgrund av sin ordalydelse anses vara lågt då beviskravet sannolikt är lägre än beviskravet styrkt.³¹⁹ Vidare måste hänsyn tas till att det endast krävs indikationer för att utesluta en leverantör vilket innebär att beviskravet är ännu lägre. Detta ska ses i förhållande till det faktum att endast förekomsten av en vag eller oprecis indikation att grund för uteslutning föreligger, med beaktning av proportionalitetsprincipen, inte kan anses vara tillräckligt för att utesluta leverantören.³²⁰ Exempel på sådana indikationer kan vara uppgifter från en annan leverantör eller uppgifter i media.³²¹ Det bör istället ses som en grund för upphandlande myndighet att göra vidare undersökningar om de aktuella omständigheterna för att se om det finns fullgod grund att utesluta leverantören från upphandlingsförfarandet.³²² Innan uteslutning sker måste upphandlande myndighet pröva om de aktuella omständigheterna får någon inverkan på leverantörens agerande inom ramen för den specifika upphandlingen.³²³

I brist på avgöranden som berör frågan om när beviskravet uppfyllts sedan LOU trädde i kraft får ledning dras från äldre praxis då leverantörer som ingått avtal som snedvridit konkurrensen uteslutits, då agerandet utgjort allvarligt fel i sin yrkesutövning. Av avgöranden från kammarrätterna framgår att det inte krävs att det finns ett avgörande enligt vilket leverantören har fällts för agerande i strid med förbudet mot konkurrensbegränsande avtal.³²⁴ Vidare framgår att ett avgörande som innebär att leverantören fälls för agerande i strid med förbudet mot konkurrensbegränsade avtal får bevisverkan även under en period efter att avgörandet meddelats.³²⁵

Vad gäller beviskraven i konkurrensrättsliga prövningar har EU-domstolen fastslagit att en överträdelse av regelverket först kan konstateras om den enda rimliga förklaringen till agerandet är förekomsten av en samordnad åtgärd.³²⁶ Ofta kan det dock vara svårt för myndigheterna att lägga fram direkta bevis för att en överträdelse av det konkurrensrättsliga regelverket har skett, varpå bevisningen ofta utgörs av indicier. Det faktum att det ofta är svårt att visa på en överträdelse av det konkurrensrättsliga regelverket är tydligt, inte minst

³¹⁸ Jämför Arrowsmith s.1240 angående bevisning vid uteslutning enligt Direktiv24.

³¹⁹ Nordh, Robert, Bevisbörda och beviskrav i tvistemål i *SvJT* 2012 s. 781-799, s. 796.

³²⁰ SOU 2014:51 s. 218.

³²¹ Prop. 2015/16:195 s. 743.

³²² SOU 2014:51 s. 195.

³²³ EU-domstolens avgörande i mål C-538/07 *Assitur Srl mot Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano* punkt 32.

³²⁴ Kammarrätten i Göteborgs avgörande 1425-16, meddelad 2016-11-15.

³²⁵ Kammarrätten i Stockholms avgöranden 3725-13; 3727-13; 4081-13 och 5060-13, meddelade 2013-12-02.

³²⁶ *Suiker Unie*. Se även Castillo de la Torre & Gippini Fournier s. 36.

genom den långa tid det tar för konkurrensmyndigheterna att utreda en misstänkt överträdelse.³²⁷ Att det bara finns indicier som tyder på att det har skett en överträdelse hindrar dock inte domstolen från att göra en helhetsbedömning.³²⁸ För att en överträdelse ska kunna fastslås på grundval av indicier ska det med beaktande av samtliga omständigheter inte finnas någon annan rimlig förklaring till företagets beteende.³²⁹ Ett sådant exempel är om två konkurrenter agerar likadant på marknaden, men några kontakter mellan dem inte kan bevisas, varpå agerandet inte kan sägas utgöra ett konkurrensbegränsande agerande, förutsatt att ingen annan förklaring till agerandet finns.³³⁰ Föreligger det tvivel hos domstolen rörande huruvida en överträdelse kan fastställas ska domstolen fatta det beslut som gynnar företaget som är föremål för talan och ogilla målet.³³¹

Beviskraven i konkurrensrättsliga mål påverkas inte av vilken typ av överträdelse det rör sig om och påverkas inte heller av hur allvarlig överträdelsen anses vara. Myndigheterna har därför inte lägre krav för att visa på överträdelser bara för att de till sin karaktär är svårare att bevisa.³³² När myndigheten för fram bevisning som påvisar att det har skett en överträdelse av de konkurrensrättsliga reglerna kan företaget genom att klargöra omständigheterna rörande myndighetens bevisning visa att agerandet inte är konkurrensbegränsande.³³³ Det innebär dock inte att ett företag kan bortförklara ageranden som går emot hur företaget vanligtvis agerar. På samma sätt anses ett företag ha insikt i vilket syfte de får ta del av information från en konkurrent.³³⁴

Mot bakgrund av de krav som uppställs för att domstolen ska kunna fastslå att en överträdelse har skett måste beviskravet sägas vara högt ställt när myndigheterna ska påvisa en överträdelse av det konkurrensrättsliga regelverket.³³⁵ Det höga beviskravet ska dock ställas i kontrast mot att det för att bevisa konkurrensbegränsande effekt endast krävs att det kan visas att agerandet

³²⁷ Handläggningstiden fram till det att Konkurrensverket väcker talan hos PMD är i genomsnitt två år och två månader. Före målet är avgjort av PMD tar det från ett år och två månader upp till tre år och fyra månader. Om sedan överträdelsen ska prövas av PMÖD är den totala handläggningstiden från det att Konkurrensverket inleder sin prövning minst fem år. Se SOU 2016:49 s. 17f.

³²⁸ Castillo de la Torre & Gippini Fournier s. 37.

³²⁹ *Ahlborg Portland* punkt 55-57.

³³⁰ Castillo de la Torre & Gippini Fournier s. 48.

³³¹ Tribunalens avgörande i mål T-44/02 OP m.fl. *Dresdner Bank AG m.fl. mot Europeiska Kommissionen* punkt 60-61.

³³² Tribunalens avgörande i mål T-113/07 *Toshiba Corp. mot Europeiska Kommissionen* punkt 83-84 och mål T-208/06 *Quinn Barlo Ltd.* punkt 89. Se även Castillo de la Torre & Gippini Fournier s. 40f.

³³³ *Intel* punkt 66.

³³⁴ Castillo de la Torre & Gippini Fournier s. 43.

³³⁵ Castillo de la Torre & Gippini Fournier s. 38. Även beviskravet i förhållande till KL ska ställas högt, Marknadsdomstolens avgörande mål-nr MD 2013:5, meddelad 2013-04-12 *TeliaSonera* samt Karlsson & Östman s. 1180ff.

haft potentiell påverkan på handeln mellan medlemsstaterna.³³⁶ Det finns alltså ett högt krav som måste uppfyllas för att domstolen ska fastslå att det har skett en överträdelse av konkurrensrätten, men domstolen kan samtidigt tolerera viss grad av osäkerhet när det gäller ett agerandes faktiska verkningar.³³⁷

Som redogjorts för ovan finns det stora skillnader mellan hur bevisfrågorna ser ut enligt konkurrensrätten och enligt upphandlingsrätten. Vad gäller *bevisbördan* ska dock beakta att den i stort är samma i både upphandlingsrättsliga och konkurrensrättsliga prövningar. I båda fallen är det myndigheten som ska visa att det har skett en överträdelse. Det är sedan upp till företaget att visa att någon överträdelse inte har skett. Viss skillnad finns dock då det i en konkurrensrättslig prövning finns en rad presumtioner som påverkar bevisbördan för båda parter i tvisten. Exempelvis utgör oskuldspresumtionen ett förtydligande av myndighetens bevisbörda att det har skett en överträdelse. Samtidigt finns det en rad presumtioner för att företaget har deltagit i överträdelsen som väger upp den bevisbörda som myndigheterna har. Generellt kan inte just bevisbördan sägas påverka hur regelverken interagerar med varandra i någon större utsträckning.

Mer problematiskt blir förhållandet mellan regelverken när man ser till skillnaderna i *beviskrav*. Kraven för att utesluta en leverantör från en upphandlingsprocess är lägre än kraven för att bekräfta en överträdelse av det konkurrensrättsliga regelverket. Något som innebär att omständigheter som inte skulle vara tillräckliga för att inleda en undersökning av konkurrensbegränsande agerande hos ett företag kan vara tillräckligt för utesluta samma företag ur en upphandling. Detta är problematiskt då ett företag kan uteslutas på grund av ett agerande som företaget inte har gjort sig skyldigt till. Det finns inte något krav på att en överträdelse ska vara klarlagd för att en leverantör ska kunna uteslutas från upphandlingsprocessen, något som tydligt visar på den stora diskrepansen mellan de olika systemens beviskrav. Men samtidigt bör viss försiktighet beaktas så att inte möjligheten att utesluta en leverantör blir ineffektiva. Att utesluta en leverantör på grund av ett konkurrensbegränsande agerande utan att något sådant agerande kan bekräftas står dock i strid med oskuldspresumtionen, då leverantören inte behandlas som oskyldig fram till det att motsatsen har bevisats. Det blir därför tydligt att det finns en konflikt när regelverken interagerar, varpå konkurrensrättens krav bör ha företräde framför upphandlingsrätten.

För båda måltyper råder *fri bevisföring* och det saknas i stort begränsningar i vilken bevisning som får föras fram. Den fria bevisföringen skapar problem när den bevisning som förs fram ska värderas av domstolen. Även om det inte finns några regler för hur olika typer av bevisning ska värderas vid en domstolsprövning, har EU-domstolen uttalat riktlinjer som bevisvärderingen kan grunda sig på. Det finns exempelvis viss bevisning som inte Kommissionen får lov att beakta vid sin prövning av en överträdelse. Risken är att upphandlande myndighet använder sig av bevisning som myndigheterna inte kan använda sig av och att den tillskrivs ett högt bevisvärde. Exempel på situationer där

³³⁶ Se bland annat Tribunalens avgörande i mål T-395/94 *Atlantic Container m.fl. mot Europeiska gemenskapernas kommission* punkt 90.

³³⁷ Castillo de la Torre & Gippini Fournier s. 49f.

bevisvärderingen kan ställa till problem är om myndigheterna har genomfört en platsundersökning eller lämnat in en stämningsansökan mot ett företag. Upphandlande myndighet kan tillskriva omständigheterna stort bevisvärde och se det som att en överträdelse har fastslagits. Så behöver dock inte vara fallet då platsundersökningen inte behöver leda till att någon överträdelse kan påvisas och talan inför domstol kan komma att ogillas i ett senare stadium.

Intressant är också den betydelse för bevisvärderingen som de tidsramar som uppställts inom såväl upphandlingsrätten som konkurrensrätten får. Sverige har valt att inte införa tidsgränser för hur en omständighet kan föranleda uteslutning ur upphandlingsprocessen som finns i Direktiv24. Tidsgränserna bör dock tillskrivas betydelse vid bevisvärderingen i samband med att en leverantör utesluts. Omständigheter som är äldre än tre år bör tillskrivas ett mycket begränsat bevisvärde vid prövningen av om en leverantör ska uteslutas eller ej. Endast särskilt allvarliga omständigheter bör beaktas efter treårsgränsen har passerats. Om även omständigheter som inte är särskilt allvarliga beaktas efter treårsgränsen passerats skulle det stå i strid med proportionalitetsprincipen. Omständigheter som skett för mer än fem år sedan bör inte kunna beaktas överhuvudtaget när upphandlande myndighet överväger att fatta ett uteslutningsbeslut. Något som blir problematiskt då handläggningstiden för konkurrensmyndigheterna generellt är längre än tre år, varpå en dom i ett konkurrensärende inte kan tillskrivas stort bevisvärde om tidsramarna i Direktiv24 beaktas. Någon preskriptionsbrytande åtgärd kan inte heller vidtas för att ge äldre omständigheter högre bevisvärde. Mot bakgrund av de långa handläggningstider som finns inom konkurrensrätten är det förståeligt att det inom svensk rätt inte har uppställts något krav på att en överträdelse ska vara klagjord eller att vissa tidsramar måste beaktas. Tidsramarna bör dock få en avgörande betydelse för vilken bevisning som kan användas när upphandlande myndighet överväger att utesluta en leverantör ur upphandlingsprocessen.

4.2 Företrädaransvar

Om ett företags företrädare har begått vissa brott, som medför uteslutning ur upphandlingsprocessen, ska den leverantör där företrädaren är aktiv uteslutas från upphandlingsprocessen, 13 kap. 1 § 2 st. LOU. Företrädaransvaret i denna situation regleras även av art. 57 (1) Direktiv24. Motsvarande bestämmelse fanns i art. 45 (1) Direktiv18 och finns även i 10 kap. 1 § ÄLOU. Enligt regeringen ger bestämmelsen i Direktiv24 uttryck för personer i vissa formella roller vars agerande får konsekvenser även för leverantörens möjlighet att delta i en upphandlingsprocess. Detta medför att möjligheten att utesluta en leverantör till följd av företrädarnas agerande är mer begränsad vid tillämpning av LOU jämfört med vid tillämpning av ÄLOU.³³⁸ Vid tillämpning av LOU har ledning för bedömningen av huruvida en person kan ses som företrädare för ett företag tagits från praxis rörande skatteförfarandelagen (2011:1244)³³⁹ och LNF.

³³⁸ Prop. 2015/16:195 s. 729. För tolkning av begreppet företrädare enligt bestämmelserna i ÄLOU se RÅ 2010 ref. 79.

³³⁹ Bedömningen ska ursprungligen göras mot praxis från skattebetalningslagen (1997:483), skattebetalningslagen har dock ersatts av skatteförfarandelagen varpå bedömningen ska göras i förhållande till den senare.

Bedömningen ska därför grundas såväl på den formella roll som företrädaren har i företaget som företrädarens faktiska maktposition, oavsett formell roll, i företaget.³⁴⁰ Trots att man kan se till både den faktiska och formella roll företrädaren har kan det uppkomma problematik med att avgöra vem som är företrädare för en leverantör.³⁴¹ Personkretsen som omfattas av företrädarförbudet ska enligt HD bestämmas enligt de principer som används för att tolka en straffrättslig regel.³⁴² Frågan om vem som omfattas av den personkrets som kan utgöra faktiska företrädare enligt LNF har kraftigt begränsats genom ett avgörande från HD.³⁴³ Utformningen av bestämmelserna i art.57 (1) Direktiv24 har dock inte samma fokus på de faktiska omständigheterna rörande företrädarens roll.³⁴⁴ Bedömningen enligt ÄLOU tar hänsyn såväl till bedömningen av företrädarens formella företrädarställning i företaget som till den faktiska ställningen som företrädaren har i företaget.³⁴⁵ Utgångspunkten ska vara den roll som företrädaren har vid anbudslämnandet och inte omständigheter hänförliga till en tid efter att personen lämnat leverantören.³⁴⁶ Regeringen framför dock att begreppet företrädare bör utvärderas genom tolkning av den nationella rätten inom ramen för direktiven med ledning av praxis från EU-domstolen och att det därför överlämnas till rättstillämpningen att slutligen fastställa huruvida en person omfattas av företrädarkretsen eller ej.³⁴⁷ Med ledning av praxis hänförlig till ÄLOU bör den centrala frågan vid utslutning av en leverantör till följd av en företrädarens agerande framförallt vara föremål för en bedömning i förhållande till proportionalitetsprincipen.³⁴⁸

Enligt 10 kap. 2 § 2 st. ÄLOU var det även möjligt att utsluta en leverantör till följd av att en företrädarens agerande utgör grund för utslutning enligt en fakultativ utslutningsgrund. Bestämmelsen reglerade möjligheten att utsluta en leverantör till följd av företrädarens allvarliga fel vid yrkesutövningen.³⁴⁹ Vad gäller möjligheten att utsluta en leverantör till följd av en företrädarens agerande som

³⁴⁰ SOU 2014:51 s. 222. Se även Högsta domstolens avgörande mål nr B 1981-16, meddelad 4 oktober 2017.

³⁴¹ Se resonemang om undersökningsplikt av förutsättningar för utslutning i förhållande till företrädare i Falk s. 320f.

³⁴² NJA 2012 s. 764. En straffrättslig tolkning får inte ske genom en analogi av straffbestämmelsen, men det finns inget hinder mot att tolka bestämmelsen så att dess rätta mening utvärderas.

³⁴³ Högsta domstolens avgörande mål nr B 1981-16, meddelad 4 oktober 2017. Avgörandet berör faktisk företrädare i förhållande till bokföringsbrott. Domstolen har dock LNF som utgångspunkt för sin bedömning av vem som är faktisk företrädare för företaget. I det aktuella fallet kommer domstolen fram till att en person som är styrelsesuppleant med firmateckningsrätt och äger 50 % av aktierna i företaget inte är en faktisk företrädare. Avgörandet kan kritiseras då den står i strid med ordalydelsen av 3 § LNF och avgörandets tillämpningsområde bör vara begränsat.

³⁴⁴ SOU 2014:51 s. 223.

³⁴⁵ Rosén Andersson, Helena, Mühlenbock, Eva-Maj, Willquist, Henrik, Piper, Catharina: *Lagen om offentlig upphandling, en kommentar*, Stockholm, 2014. 10 kap. (Zeteo).

³⁴⁶ Falk s. 321.

³⁴⁷ Prop. 2015/16:195 s. 729f.

³⁴⁸ RÅ 2010 ref. 79, se även SOU 2014:51 s. 189.

³⁴⁹ Se. Ulfsson Forssell 10 kap. 2 §.

sker i strid med bestämmelserna i 13 kap. 3 § LOU ska anmärkas att det enligt lagens ordalydelse saknas möjlighet att utesluta en leverantör enligt denna grund på grundval av företrädarens agerande.³⁵⁰ Möjligheten att utesluta en leverantör på denna grund saknas även i Direktiv24.³⁵¹ Det finns vidare inte något stöd för att det går att analogt tillämpa bestämmelserna om företrädaransvar vid de obligatoriska uteslutningsgrunderna på de uteslutningsgrunder som till sin karaktär är fakultativa. Det ankommer istället på den upphandlande myndigheten i varje enskilt fall att bedöma vilken påverkan en företrädarens agerande ska få för leverantören utifrån en proportionalitetsbedömning.³⁵² Det har dock framförts att avsaknaden av möjlighet att utesluta en leverantör för ageranden av företagets företrädare som möjliggör för uteslutning enligt det fakultativa uteslutningsgrunderna endast är ett klagörande av de regler som gällde enligt Direktiv18.³⁵³ Detta ska dock ställas mot problematiken som kan uppkomma vid avsaknad av uttryckligt företrädaransvar eftersom en leverantör kan kringgå uteslutningsgrunden genom att överföra verksamheten till ett nytt företag. Risken är då att uteslutningsgrunderna saknar reell effekt.³⁵⁴

Att det finns diskrepanser mellan möjligheten att utkräva företrädaransvar vid en konkurrensrättslig överträdelse och i samband med uteslutning av en leverantör ur upphandlingsprocessen är klart. Frågan är dock vilka effekter skillnaderna mellan reglerna om företrädaransvar får. Att ansvar kan utkrävas av den som företräder ett företag som agerat i strid med konkurrensrätten är klart, framförallt mot bakgrund av den uttryckliga möjligheten för Konkurrensverket att ansöka om näringsförbud. En konkurrensrättslig överträdelse ska alltså även kunna drabba leverantörens företrädare. Det är därför intressant att det inte finns någon möjlighet att utkräva ansvar från en leverantörs företrädare om leverantören ingått konkurrensbegränsande samarbeten. Att en företrädare kan göras ansvarig för en leverantörs överträdelser skulle i många fall kunna vara lämpligare än företrädare får ett beslut om näringsförbud. På så sätt påverkas även den enskilde företrädaren av sitt agerande utan att ingreppet får samma omfattning som ett beslut om näringsförbud. Att denna möjlighet saknas känns som en miss från lagstiftarens sida. Med enkla medel skulle det kunna instiftas en sanktion mot berörda företrädare.

Avsaknaden av möjlighet att utkräva företrädaransvar skapar också en stor lucka i regelsystemet som gör det väldigt enkelt för leverantörer att kringgå uteslutning på grund av konkurrensbegränsande samarbeten. Allt som krävs är att starta ett nytt företag och sedan överlåta verksamheten från det företag som har gjort sig skyldigt till en konkurrensrättslig överträdelse. Det rör sig nu om en ny juridisk person, även om samtliga delar av det nya företaget är samma som i det företag som skulle ha uteslutits på grundval av konkurrensbegränsande samarbete. Genom detta agerande har leverantören gjort uteslutningsgrunden verkningslös och leverantören kan fortsätta med sin verksamhet utan att drabbas av de

³⁵⁰ Se 13 kap. 3 § LOU.

³⁵¹ Jämför art.57 (4) Direktiv24.

³⁵² SOU 2014:51 s. 223.

³⁵³ Arrowsmith s. 1285f.

³⁵⁴ Arrowsmith s. 1245f.

konsekvenser som agerandet är sammankopplade med. En möjlighet för upphandlande myndighet skulle dock kunna vara att åberopa att leverantören ska uteslutas med stöd av en annan uteslutningsgrund. Huruvida det går att vinna framgång med ett sådant argument är oklart och utrymme för en sådan diskussion finns inte i denna uppsats.

4.3 Förhållandet mellan eftergift och self-cleaning

Som redogjorts för är det inom både konkurrensrätten och upphandlingsrätten möjligt för ett företag som gjort sig skyldigt till överträdelse av regelverken att undgå sanktioner. Detta möjliggörs i konkurrensrätten genom ett eftergiftsbeslut och enligt upphandlingsrätten genom att uppfylla kriterierna för self-cleaning. Hur de två instituten interagerar är dock föremål för viss diskussion. Konkurrensverket anser att ett beslut om eftergift är tillräckligt för att ett företag ska uppfylla kraven på self-cleaning. Det går dock inte att så kategoriskt förklara att ett eftergiftsbeslut skulle vara tillräckligt för att undgå uteslutning ur upphandlingsprocessen. Ett eftergiftsbeslut medför att företaget har anmält överträdelsen till myndigheterna och lämnat så mycket information att myndigheterna kan ingripa mot överträdelsen. Detta innebär att kravet på att klargöra samtliga omständigheter och samarbeta med myndigheterna är uppfyllt. Kriterierna för self-cleaning består dock också av krav på att ersätta de skador som uppkommit på grund av agerandet samt vidta åtgärder för att agerandet inte ska upprepas. Ett beslut om eftergift behöver alltså inte innebära att samtliga kriterier för self-cleaning har uppfyllts. Även ett företag som inte har fått ett eftergiftsbeslut från konkurrensmyndigheterna bör kunna uppfylla kraven på self-cleaning. En sådan situation skulle kunna vara för ett företag som samarbetat med konkurrensmyndigheterna, men som inte uppfyller kraven på eftergift, exempelvis om ett annat företag redan uppfyllt kraven för eftergift eller uppgifterna inte är tillräckligt för att ett företag ska meddelas eftergift.

Som grund för argumentet att ett eftergiftsbeslut ska föranleda att ett företag inte utesluts ur upphandlingsprocessen ligger eftergiftsinstitutets effektivitet. Att säga att ett eftergiftsbeslut alltid ska medföra att uteslutning inte ska ske får dock felriktade konsekvenser. En sådan konsekvens är att incitamentet för andra företag att samarbeta med myndigheterna minskar. Ytterligare en konsekvens av uttalandet att ett eftergiftsbeslut medför att företaget undkommer uteslutning är risken att det uppfattas av upphandlande myndighet som ett krav för att uppfylla kraven på self-cleaning. Något som begränsar möjligheten för leverantörer att hänvisa till self-cleaning för att undkomma uteslutning ur upphandlingsprocessen. Det skulle kunna få effekten att en leverantör som faktiskt uppfyller kraven på self-cleaning inte anser sig göra det i avsaknad av ett eftergiftsbeslut. Ett sådant krav skulle vidare medföra att beslutet om en leverantör är pålitlig eller ej inte fattas av upphandlande myndighet utan flyttas till konkurrensmyndigheterna.

I stället för att säga att vissa typer av ageranden alltid uppfyller kraven för self-cleaning måste bedömningen göras i förhållande till huruvida företaget uppfattas

som pålitligt eller ej. Ett beslut om eftergift behöver inte betyda att företaget numera är pålitligt på samma sätt som avsaknaden av ett eftergiftsbeslut inte behöver betyda att leverantören inte är pålitlig. Frågan måste istället avgöras med tillämpning av de upphandlingsrättsliga principerna.

5 Sammanfattande slutsatser

När en prövning sker av hurvida en leverantör ska uteslutas på grund av konkurrensbegränsande samarbeten kommer två separata regelverk att tillämpas parallellt. Problematiken med denna parallella tillämpning grundas i det faktum att regelverken ska tillämpas av olika myndigheter. Konkurrensrätten tillämpas av expertmyndigheter till skillnad från upphandlingsrätten som tillämpas av alla myndigheter som omfattas av regelverket. När upphandlande myndighet prövar om det föreligger en konkurrensrättslig överträdelse eller ej kommer den göra en bedömning som skiljer sig från myndighetens dagliga verksamhet. Exempelvis kan det vara så att en leverantör utesluts på grund av ett samarbete i en annan upphandlingsprocess där samarbetet varit nödvändigt för att leverantören skulle uppnå tillräckligt med erfarenhet eller kapacitet för att kunna lämna anbud. Leverantören utesluts då på grund av ett agerande som är tillåtet, något som går emot uteslutningsgrundens syfte.

Det konkurrensrättsliga regelverket ska tillämpas enhetligt inom hela EU. Medlemsstaterna får inte tillämpa nationell rätt i strid med hur EU-domstolen och Kommissionen tillämpat konkurrensrätten. I kontrast till konkurrensrätten ska de fakultativa uteslutningsgrunderna inom upphandlingsrätten inte tillämpas enhetligt inom unionen. Detta skapar en krock eftersom den konkurrensrättsliga bedömningen, som ligger till grund för uteslutningsbeslutet, ska göras enhetligt inom unionen. Samtidigt som själva uteslutningsbeslutet görs genom en bedömning som ska variera mellan medlemsstaterna. I denna situation bör konkurrensrätten ha företräde framför de fakultativa uteslutningsgrunderna. Annars finns det en överhängande risk att kraften bakom konkurrensrättens enhetlighet eroderas. Kraven som uppställs för att en konkurrensrättslig överträdelse ska fastslås är också högre än kraven för att utesluta en leverantör ur upphandlingsprocessen vilket medför att det bör vara de konkurrensrättsliga kraven som har företräde. Konkurrensrätten måste också ha företräde framför upphandlingsrätten för att inte oskuldprincipen ska äventyras. Upphandlande myndighet omfattas inte uttryckligen av förbudet att fatta beslut i strid mot EU-domstolens tillämpning av konkurrensrätten, men det ter sig konstigt om det skulle innebära att det därför står fritt för upphandlande myndighet att fatta beslut som står i strid med praxis från Kommissionen och EU-domstolen. Att bedömningen av överträdelsen bör ske enligt de hårdare konkurrensrättsliga reglerna ligger också i linje med det faktum att konkurrensrätten enligt den EU-rättsliga normhierarkin är överordnad upphandlingsrätten.

Ur ett bevishänseende bör de relativt låga beviskrav som uppställs enligt upphandlingsrätten ge vika för konkurrensrättens högre krav. Om inte de högre kraven beaktas innebär det att agerande som inte är konkurrensbegränsande kan medföra uteslutning ur upphandlingsprocessen. Uteslutningen står då i strid med den konkurrensrättsliga oskuldprincipen och ger bestämmelsen ett för stort tillämpningsområde. Bestämmelsen riskeras att tillämpas i strid med sitt syfte om leverantörer som inte deltagit i konkurrensbegränsande samarbeten utesluts från upphandlingsprocessen.

Även vad gäller företrädaransvaret bör den konkurrensrättsliga regleringen ha företräde framför den upphandlingsrättsliga regleringen. Den tydliga regleringen av företrädaransvar enligt konkurrensrätten gör det tydligt att personligt ansvar ska kunna utkrävas av en företrädare för ett företag som gör en konkurrensrättslig överträdelse. Om inte samma möjlighet finns inom upphandlingsrätten riskerar uteslutningsgrunden att sakna reell effekt eftersom den kan kringgås genom att företrädare för det företag som begått en konkurrensrättslig överträdelse startar ett nytt företag och därmed undgår uteslutning.

Det område där konkurrensrättens utformning inte påverkar tillämpningen av upphandlingsrätten är möjligheten för ett företag att undgå sanktioner. Om kraven i de andra fallen som berörts av uppsatsen får anses ha sin utgångspunkt i de krav som ställs enligt det konkurrensrättsliga regelverket kan inte ett beslut om att konkurrensrättsliga sanktioner inte ska utgå likställas med att inga sanktioner ska utgå enligt det upphandlingsrättsliga regelverket. Skulle möjligheten att undkomma sanktioner enligt det upphandlingsrättsliga regelverket vara beroende av konkurrensrätten skulle syftet förloras eftersom bedömningen måste göras med upphandlande myndighet som utgångspunkt och inte utifrån konkurrensmyndighetens bedömning.

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck

Regeringens proposition 1992/93:56 – Ny konkurrenslagstiftning [Prop. 1992/93:56]

Regeringens proposition 2007/08:135 – Ny konkurrenslag m.m. [Prop. 2007/08:135]

Regeringens proposition 2013/14:215 – Ny lag om näringsförbud [Prop. 2013/14:215]

Regeringens proposition 2015/16:195 – Nytt regelverk om upphandling [Prop. 2015/16:195]

Regeringens proposition 2017/18:15 – Ändringar i konkurrenslagen

SOU 2013:16 – Effektivare konkurrenstillsyn [SOU 2013:16]

SOU 2014:51 – Nya regler om upphandling [SOU 2014:51]

SOU 2016:49 – En utökad beslutanderätt för Konkurrensverket [SOU 2016:49]

Europeiska Kommissionen

Meddelande från Europeiska Unionens instruktioner, byråer och organ, Europeiska Kommissionen, Meddelande från Kommissionen – Tillkännagivande om avtal med mindre betydelse som inte märkbart begränsar konkurrensen enligt artikel 101.1 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (stöd av mindre betydelse) [Kommissionens riktlinjer om bagatellavtal]

Meddelande från Europeiska Unionens instruktioner, byråer och organ, Europeiska Kommissionen – Riktlinjer om vertikala begränsningar [Kommissionens riktlinjer om vertikala begränsningar]

Meddelande från Europeiska Unionens instruktioner, byråer och organ, Europeiska Kommissionen, Meddelande från Kommissionen – Riktlinjer för tillämpningen av artikel 101 i fördraget om Europeiska unionens horisontella samarbetsavtal [Kommissionens riktlinjer om horisontella samarbetsavtal]

Kommissionens tillkännagivande om immunitet mot böter och nedsättning av böter i kartellärenden (2006/C 298/11) [Tillkännagivande om immunitet mot böter och nedsättning av böter]

Riktlinjer för beräkning av böter som döms ut enligt artikel 23.2 a i förordning nr 1/2003 [Kommissionens riktlinjer för beräkning av böter]

Meddelande från Europeiska Unionens instruktioner, byråer och organ, Europeiska Kommissionen – Kommissionens tillkännagivande om förlikningsförfaranden i samband med beslut enligt artikel 7 och artikel 23 i rådets förordning (EG) nr 1/2003 i kartellärenden

Kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning [Tilkännagivande om relevant marknad]

Litteratur

Arrowsmith, Sue, *The law of public and utilities procurement. [Volume 1], regulation in the EU and UK*, 3. ed., Sweet & Maxwell, London, 2014 [Arrowsmith]

Asplund, Anders, Ehn, Magnus, Johansson, Daniel & Olsson, Erik, *Överprövning av upphandling: och andra rättsmedel enligt LOU och LUF*, Jure, Stockholm, 2012

Bernitz, Ulf & Kjellgren, Anders, *Europarättens grunder*, 5., [omarb. och uppdaterade] uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2014

Bovis, Christopher, *The law of EU public procurement*, 2. ed., Oxford University Press, Oxford, 2015

Castillo de la Torre, Fernando, Gippini Fournier, Eric, *Evidence, Proof and Judicial Review in EU Competition Law*, 1. ed., Edwin Elgar Publishing ltd., Cheltenham, 2017 [Castillo de la Torre & Gippini Fournier]

Fabricius, Jesper, *Offentlige indkøb i praksis*, 4. Udgave, Karnov Group, Köpenhamn, 2017,

Falk, Jan-Erik, *Lag om offentlig upphandling: en kommentar*, 3., [rev.] uppl., Jure, Stockholm, 2014 [Falk]

Hettne, Jörgen & Otken Eriksson, Ida (red.), *EU-rättslig metod: teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, 2., omarb. uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2011 [Hettne & Otken Eriksson]

Heuman, Lars, *Bevisbörda och beviskrav i tvistemål*, 1. uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2005

John, Laura Elizabeth, *European Union law of competition. third cumulative supplement to the seventh edition*, Oxford Univ. Press, Oxford, 2016 [Bellamy and Child – *Third supplement*]

Karlsson, Johan & Östman, Marie, *Konkurrensrätt: en handbok*, 5., [rev.] uppl., Karnov, Stockholm, 2014 [Karlsson & Östman]

Kleineman, Jan, *Juridisk metod* i Korling, Fredric & Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk metodlära*, 1. uppl., Studentlitteratur, Lund, 2013 [Kleineman]

Olsson, Katarina, *Marknadsbegreppets innebörd och utveckling i konkurrensrätten – En studie av hur begreppet relevant marknad redovisas i domstolsprocessen med utgångspunkt i Marknadsdomstolens domar*, Juristförlaget, Lund 2009 [Olsson]

Ragnemalm, Hans, *Förvaltningsprocessrättens grunder*, 10., [rev.] uppl., Jure, Stockholm, 2014 [Ragnemalm]

Reichel, Jane, *EU-rättslig metod* i Korling, Fredric & Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk metodlära*, 1. uppl., Studentlitteratur, Lund, 2013 [Reichel]

Sundstrand, Andrea, *Offentlig upphandling: en introduktion*, 2., omarb. och uppdaterade uppl., Studentlitteratur, Lund, 2013 [Sundstrand]

Wahl, Nils, *Konkurrensförhållanden: om förhållandet mellan EGs konkurrensrätt och nationell konkurrensrätt*, Juristförlaget., Diss. Stockholm : Univ., 1995, Stockholm, 1994 [Wahl]

Westberg, Peter, *Civilrättskipning*, 2., rev. och utök. uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2013.

Artiklar

Andersson, Helene, EU-domstolens dom i Cartes Bancaires-målet, Konkurrensbegränsande syfte eller effekt – vari ligger egentligen skillnaden? i *Europarättslig tidskrift* 2015 nr. 2 s. 371-378, s. 371 [Andersson]

Ehn, Magnus, Kan du bevisa det? – åberopsbörd och bevisbörd i upphandlingsmål i *Upphandlingsrättslig tidskrift* 2017 nr. 4 s. 251-262

Nordh, Robert, Bevisbörd och beviskrav i tvistemål i *SJT* 2012 s. 781-799

Elektronisk litteratur

Carlsson, Kenny och Bergman, Mats: *Konkurrenslagen*, Stockholm, 2017 (Zeteo) [Carlsson & Bergman]

Rosén Andersson, Helena, Mühlenbock, Eva-Maj, Willquist, Henrik, Piper, Catharina: *Lagen om offentlig upphandling, en kommentar*, Stockholm, 2014. 10 kap. (Zeteo)

Rose, Vivien, Bailey, David, Bellamy, Christopher W. & Child, Graham D. (red.), *European Union law of competition*, 7. ed., Oxford Univ. Press, Oxford, 2013 [Bellamy and Child]

Ulfsdotter Forssell, Anna, Lag (2007:1091) om offentlig upphandling (Lexino) [Ulfsdotter Forssell]

Övrigt

Konkurrensverkets nyhetsbrev 15 juni 2017 Hämtat 29 oktober 2017 från <http://www.anpdm.com/newsletter/4294175/434259427949405F4071>

Konkurrensverkets promemoria – Metod för att fastställa konkurrensskadeavgift, Dnr 394/2009. [Metod för att fastställa konkurrensskadeavgift]

Konkurrensverkets författningssamling KKVFS 2015:1 – Konkurrensverkets allmänna råd om eftergift [Konkurrensverkets allmänna råd om eftergift]

Konkurrensverkets författningssamling KKVFS 2017:3, Konkurrensverkets allmänna råd om avtal av mindre betydelse (bagatellavtal) som inte omfattas av förbudet i 2 kap. 1 § konkurrenslagen (2008:579) [Konkurrensverkets riktlinjer om bagatellavtal].

Konkurrensverkets remissvar ”Nya regler om upphandling” Dnr 510/2014

Förslag till avgörande av generaladvokat Nils Wahl, mål C-413/14 P *Intel Corporation Inc. Mot Europeiska Kommissionen*

Förslag till avgörande av generaladvokat Nils Wahl, mål C-194/14 P *AC-Treuband AG mot Europeiska Kommissionen*

Rättsfallsförteckning

Europeiska Unionens domstol (domstolen och tribunalen)

C-6/64 *Flaminio Costa mot E. N. E. L.* ECLI:EU:C:1964:66

C-56/64 och 58/64 *Établissements Consten S.A.R.L. och Grundig-Verkaufs-GmbH mot Europeiska ekonomiska gemenskapens kommission* ECLI:EU:C:1966:41

C-48/69 *Imperial Chemical Industries Ltd. mot Europeiska gemenskapernas kommission* ECLI:EU:C:1972:70

C-40/73, C-41/73, C-42/73, C-43/73, C-44/73, C-45/73, C-46/73, C-47/73, C-48/73, C-50/73, C-54/73, C-55/73, C-56/73, C-111/73, C-113/73, C-114/73 *Coöperatieve Vereniging Suiker Unie m.fl. mot Europeiska gemenskapernas kommission* ECLI:EU:C:1975:174 [Suiker Unie]

C-27/76 *United Brands mot Europeiska gemenskapernas kommission* ECLI:EU:C:1978:22 [United brands]

C-85/76 *Hoffman-La Roche mot Europeiska gemenskapernas kommission* ECLI:EU:C:1979:36

C-120/78 *Rewe-Zentral AG mot Bundesmonopolverwaltung für Branntwein [Cassis de Dijon]* ECLI:EU:C:1979:42

C-100-103/80 *SA Musique Diffusion française m.fl. mot Europeiska gemenskapernas kommission* ECLI:EU:C:1983:158

C-107/82 *Allgemeine Elektrizitäts-Gesellschaft AEG-Telefunken AG mot Europeiska gemenskapernas kommission* ECLI:EU:C:1983:293

C-31/87 *Gebroeders Beentjes BV mot Konungariket Nederländerna* ECLI:EU:C:1988:422

C-85/87 *Dow Chemical Nederland BV mot Europeiska gemenskapernas kommission* ECLI:EU:C:1987:472

C-243/89 *Europeiska gemenskapernas kommission mot Konungariket Danmark.* ECLI:EU:C:1993:257

C-199/92 *P Hüls AG mot Europeiska gemenskapernas kommission* ECLI:EU:C:1999:358 [Hüls]

C-87/94 *Europeiska gemenskapernas kommission mot Konungariket Belgien* ECLI:EU:C:1994:166

C-73/95 P *Vibo Europé BV mot Europeiska Kommissionen* ECLI:EU:C:1996:405

C-137/95 P *Vereniging van Samenwerkende Prijsregelende Organisaties in de Bouwnijverheid m.fl. mot Europeiska gemenskapernas kommission* ECLI:EU:C:1996:130

C-44/96 *Mannesmann Anlagenbau Austria AG m.fl. mot Strobal Rotationsdruck GesmbH* ECLI:EU:C:1998:4

C-436/97 P *Deutsche Bahn AG mot Europeiska gemenskapernas kommission.* ECLI:EU:C:1999:205

C-16/98 *Europeiska gemenskapernas kommission mot Republiken Frankrike* ECLI:EU:C:2000:541 [*Kommissionen mot Frankrike*]

C-27/98 *Metalmecanica Fracasso SpA, Leitschutz Handels- und Montage GmbH mot Amt der Salzburger Landesregierung für den Bundesminister für wirtschaftliche Angelegenheiten* ECLI:EU:C:1999:420

C-176/98 *Holst Italia SpA mot Comune di Cagliari* ECLI:EU:C:1999:593

C-225/98 *Europeiska gemenskapernas kommission mot Republiken Frankrike* ECLI:EU:C:2000:494

C-238/99 P *Limburgse Vinyl Maatschappij NV m.fl. mot Europeiska gemenskapernas kommission* ECLI:EU:C:2002:588

C-380/98 *The Queen mot The University of Cambridge* ECLI:EU:C:2000:529

C-470/99 *Universale-Bau AG mot Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH* ECLI:EU:C:2002:746 [*Universale-Bau*]

C-513/99 *Concordia Bus Finland Oy Ab mot Helsingin kaupunki m.fl.* ECLI:EU:C:2002:495

C-92/00 *Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs-Gesellschaft GmbH mot Stadt Wien* ECLI:EU:C:2002:379

C-94/00 *Roquette Frères SA m.fl mot Europeiska gemenskapernas kommission* ECLI:EU:C:2002:603

C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P, C-219/00 P *Aalborg Portland A/S m.fl. mot Europeiska Kommissionen* ECLI:EU:C:2004:6 [*Aalborg Portland A/S*]

C-327/00 *Santex SpA mot Unità Socio Sanitaria Locale n. 42 di Pavia* ECLI:EU:C:2003:109

C-421/01 *Traunfellner GmbH mot Österreichische Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-AG* ECLI:EU:C:2003:549

C-340/02 *Europeiska gemenskapernas kommission mot Republiken Frankrike*
ECLI:EU:C:2004:623

C-21/03 & C-34/03 *Fabricom SA mot État belge* ECLI:EU:C:2005:127

C-226/04 & C-228/04 *La Cascina Soc. Coop. Arl m.fl. mot Ministero della Difesa m.fl. [La Cascina]* ECLI:EU:C:2006:94

C-295-298/04 *Vincenzo Manfredi mot Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA m.fl. [Manfredi]* ECLI:EU:C:2006:461

C-532/06 *Emm. G. Lianakis AE m.fl. mot Dimos Alexandroupolis m.fl.*
ECLI:EU:C:2008:40

C-49/07 *Motosykletistiki Omosponida Ellado NIPID mot Elliniko Dimosio*
ECLI:EU:C:2008:376

C-538/07 *Assitur Srl mot Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano* ECLI:EU:C:2009:317

C-8/08 *T-Mobile Netherlands BV m.fl. mot Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit* ECLI:EU:C:2009:343 [T-Mobile]

C-97/08 P *Akzo Nobel mot Europeiska gemenskapernas kommission*
ECLI:EU:C:2009:536

C-439/09 *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS mot Président de l'Autorité de la concurrence m.fl.* ECLI:EU:C:2011:649

C-368/10 *Europeiska Kommissionen mot Konungariket Nederländerna*
ECLI:EU:C:2012:284

C-226/11 *Expedia Inc. mot Autorité de la concurrence m.fl.* ECLI:EU:C:2012:795
[Expedia]

C-239/11 P, C-489/11 P, C-498/11 P *Siemens m.fl. mot Europeiska Kommissionen*
ECLI:EU:C:2013:866

C-404/11 P *Elf Aquitaine SA mot Europeiska Kommissionen.* ECLI:EU:C:2012:56

C-465/11 *Forposta SA m.fl. mot Poczta Polska SA* ECLI:EU:C:2012:801

C-67/13 P *Groupement des Cartes Bancaires (CB) mot Europeiska Kommissionen*
ECLI:EU:C:2014:2204 [CB mot Kommissionen]

C-286/13 P *Dole Food Company mot Europeiska Kommissionen* ECLI:EU:C:2015:184
[Dole]

C-470/13 *Generali-Providencia Biztosító Zrt mot Közbeszerzési Hatóság Közbeszerzési Döntőbizottság* ECLI:EU:C:2014:2469 [Generali-Providencia Biztosító]

C-74/14 *Eturas UAB m.fl mot Lietuvos Respublikos konkurencijos taryba*
ECLI:EU:C:2016:42

C-278/14 *SC Enterprise Focused Solutions SRL mot Spitalul Judetean de Urgenta Alba Iulia* ECLI:EU:C:2015:228

C-396/14 *MT Højgaard A/S, Züblin A/S mot Banedanmark* ECLI:EU:C:2016:347

C-27/15 *Pippo Pizzo mot CRGT srl* ECLI:EU:C:2016:404

C-171/15 *Connexxion Taxi Services BV mot Staat der Nederlanden – Ministerie van Volksgezondheid m.fl.* ECLI:EU:C:2016:948 [*Connexxion Taxi Services*]

C-131/16 *Archus sp. z o.o. m.fl. mot Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo SA*
ECLI:EU:C:2017:358

C-230/16 *Coty Germany GmbH mot Parfümerie Akzante GmbH*
ECLI:EU:C:2017:941

T-29/92 *Vereniging van Samenwerkende Prijsregelende Organisaties in de Bouwnijverheid m.fl. mot Europeiska gemenskapernas kommission* ECLI:EU:T:1995:34

T-229/94 *Deutsche Bahn AG mot Europeiska gemenskapernas kommission*
ECLI:EU:T:1997:155

T-374/94, T-375/94, T-384/94, T-388/94 *European Night Services Ltd m.fl. mot Europeiska Kommissionen* ECLI:EU:T:1998:198

T-395/94 *Atlantic Container m.fl. mot Europeiska gemenskapernas kommission*
ECLI:EU:T:2002:49

T-44/02 OP, T-54/02 OP, T-56/02 OP, T-60/02 OP, T-61/02 OP *Dresdner Bank AG m.fl. mot Europeiska Kommissionen* ECLI:EU:T:2006:271

T-120/04 *Peróxidos Orgánicos mot Europeiska gemenskapernas kommission*
ECLI:EU:T:2006:350

T-208/06 *Quinn Barlo Ltd.* ECLI:EU:T:2011:701

T-110/07 *Siemens AG mot Europeiska Kommissionen* ECLI:EU:T:2011:68

T-113/07 *Toshiba Corp. mot Europeiska Kommissionen* ECLI:EU:T:2011:343

T-299/08 *Elf Aquitaine SA mot Europeiska Kommissionen* ECLI:EU:T:2011:217

T-147/09 & T-148/09 *Trelleborg mot Europeiska Kommissionen*
ECLI:EU:T:2013:259 [*Trelleborg*]

T-154/09 *Manuli Rubber Industries SpA (MRI) mot Europeiska Kommissionen*
ECLI:EU:T:2013:260

T-286/09 *Intel Corporation Inc mot Europeiska Kommissionen* ECLI:EU:T:2014:547
[*Intel*]

T-519/09 *Toshiba Corp. mot Europeiska Kommissionen* ECLI:EU:T:2014:263

Europeiska Kommissionens beslut

Kommissionens beslut 1986-12-02 IV/31.128 – *Fatty Acid*

Kommissionens beslut 2003-11-08, COMP/C.2-37.398 – *UEFA Champions League*

Kommissionens beslut 2004-10-20, COMP/C.38.238/B.2 – *Raw Tobacco Spain*

Kommissionens beslut 2005-10-20, COMP/C.38.281/B.2 – *Raw Tobacco Italy*

Kommissionens beslut 2016-07-19 AT.39824 – *Trucks* [*Trucks*]

Högsta förvaltningsdomstolen

HFD 2013 ref. 61.

RÅ 2010 ref 79.

RÅ 2009 ref. 69.

Högsta domstolen

NJA 1993 s. 764.

NJA 1994 s. 194

NJA 2012 s. 764

NJA 2013 s. 1017

Högsta domstolens avgörande 2017-10-04 mål nr 1981-16

Patent- och marknadsöverdomstolen

Patent- och marknadsöverdomstolens avgörande mål-nr. PMT 7497-16, meddelad 2017-04-28 *Aleris Diagnostik och Capiro S:t Görans Sjukhus mot Konkurrensverket* [*Aleris & Capiro*]

Kammarrätten

Kammarrätten i Stockholms avgörande mål-nr 5060-13, meddelad 2013-12-02

Kammarrätten i Stockholms avgörande mål-nr 4081-13, meddelad 2013-12-02

Kammarrätten i Stockholms avgörande mål-nr 3727-13, meddelad 2013-12-02

Kammarrätten i Stockholms avgörande mål-nr 3725-13, meddelad 2013-12-02

Kammarrätten i Göteborgs avgörande mål-nr 1425-16, meddelad 2016-11-15

Hovrätten

Göta hovrätts avgörande i mål T 33/00, meddelad 2001-04-27 *Lufffartsverket mot SAS*

Tingsrätten

Stockholms tingsrätts avgörande i mål-nr T 18896-10, meddelad 2014-01-21
Däckia

Patent- och marknadsdomstolen

Patent- och marknadsdomstolens avgörande mål-nr PMT 17299-14, meddelad 2016-12-21. *Telia och GothNet*

Marknadsdomstolen

Marknadsdomstolens avgörande MD 1997:15, meddelad 1997-10-08
Cementkartellen

Marknadsdomstolens avgörande mål-nr MD 2005:5, meddelad 2005-02-09
VVS-leverantörerna

Marknadsdomstolens avgörande mål-nr. MD 2005:7, meddelad 2005-02-22
Bensinkartellen

Marknadsdomstolens avgörande mål-nr MD 2008:12, meddelad 2008-09-10
Bilhandlarkartellen

Marknadsdomstolens avgörande mål-nr. MD 2009:11, meddelad 2009-05-28
Asfaltkartellen

Marknadsdomstolens avgörande mål-nr MD 2013:5, meddelad 2013-04-12
TeliaSonera