



**Handelshögskolan**  
VID GÖTEBORGS UNIVERSITET

**Om offentlig upphandling, affärsmässighet och svenska nationella regler**

**Examensarbete för juris kandidatexamen**

**20 poäng**

**Torgny Karlsson**

**Handledare  
Ingmar Svensson**

**HT 2004**

## Förord

När Ingmar och jag under hösten 2003 först diskuterade inriktning på ett examensarbete inom ramen för lagstiftningen om offentlig upphandling, diskuterade vi teman som, affärsmässighet, prövning av anbud, utvärdering av anbud, hantering av kriterier i anbudsprövning och överprövning, skillnad mellan 6 kapitlet LOU och de övriga kapitlen. Det examensarbete som nu föreligger innehåller allt detta och lite till, främst om LOU:s beroende av de EG-direktiv om offentlig upphandling som finns, Om EG-rätten och förhållandet mellan EG-rätt och nationell rätt.

En anledning till att uppsatsen har det innehåll som den har, dvs. att det i uppsatsen finns skrivningar om EG, EG-direktiv, rättsfall från ECJ, förändring av LOU, återspeglig av diskussioner om LOU, en hel del om implementering av EG-rätt i nationell lagstiftning, dvs. förhållanden som är utöver vad som är ”gällande rätt” är att detta återspeglar min egen kunskapsprocess inom detta område utifrån ett antal frågor och funderingar som jag samlat på mig i mitt arbete som kommunal tjänsteman med bl.a. offentlig upphandling som arbetsuppgift. Innehållet i uppsatsen som är utöver gällande rätt har enligt min uppfattning det gemensamt att det påvisar dynamik och spänningar inom området för offentlig upphandling

Arbetet med denna uppsats har många gånger medfört en känsla av att ”allt rör sig”. Eller kanske som ett plockepin-spel. Så fort jag har petat på något så har synen på andra delar i området förändrats. Kanske är detta den bästa förklaringen till att uppsatsen har den form som den har, mycket beskrivning av förändringar. Några teman som kan uppfattas som något vid sidan av frågeställningarna behandlas även i uppsatsen. Att jag har med dessa teman beror dels på att jag menar att de fyller en viktig funktion för framställningen som helhet och dels på att jag inte har funnit någon framställning som tar upp och diskuterar t ex frågor kring förändring av lagen om offentlig upphandling i förhållande till EG-rätten, frågor kring om rättsmedlen är tillräckliga, frågan om lågt värde (lågt belopp) vad avser s.k. direktupphandling.

Återbruk av liten uppsats i EG-rätt

Ca 15 sidor av detta examensarbete är en omarbetning av ett material som har examinerats tidigare inom ramen för en seminariserie i EG-rätt under våren 2004 med Per Cramér, Thomas Erhag och Filip Bladini som lärare. Den uppsats som jag skrev under denna seminariserie hade titeln EG-domstolens dom i Alcatelmålet och konsekvenser för svensk rätt inom området för offentlig upphandling. I examensarbetet motsvaras detta av de mera allmänna avsnitten om EG-rätt och EG-direktiven om offentlig upphandling samt avsnittet om Alcatel och tillgången på effektiva rättsmedel.

2005-04-10

Innehållsföreteckning.....

**Om offentlig upphandling, affärsmässighet och svenska nationella regler**

1	Inledning.....	6
2	Metod och material .....	9
3	Om lagen om offentlig upphandling och vad den innebar jämfört med tidigare regler.....	19
4	EG-rätt och nationell rätt.....	35
5	Kort om utvecklingen av EG-rätten avseende offentlig upphandling.....	38
6	Principiella mål i ECJ avseende offentlig upphandling.....	43
7	Den tidiga diskussionen om LOU.....	46
8	Om de svenska nationella reglerna under tröskelvärdena.....	58
9	Problem med offentlig upphandling.....	61
10	NOU, nämnde för offentlig upphandling.....	66
11	Om begreppet affärsmässighet i LOU.....	68
12	Prövning av anbud.....	74
13	Frågan om effektiva rättsmedel.....	82
14	Senare rättsutveckling i ECJ och i svenska domstolar.....	87
15	Sammanfattning och diskussion.....	99
	Källor och litteratur.....	111

## Vad som kan anses visat i uppsatsen

LOU hade till en början en mycket bristfällig implementering av EG-rätten.

Centrala begrepp som affärsmässighet, ramavtal tolkades i LOU:s barndom med tidigare nationell lagstiftning, upphandlingsförordningen som förebild.

Att skrivningen i prop.1992/93:88 om att anbud inom ramen för ”det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet” skall nollställas genom att olika kvalitativa variabler skall i möjligaste mån omvandlas till ekonomiska värden har spelat ut sin roll som modell för utvärdering av anbud och ersatts med kvalitativa scoring förfaranden.

Begreppet affärsmässighet finns ej i EG-direktiven om offentlig upphandling men via rättspraxis har begreppet successivt blivit mer heltäckande med utgångspunkt i de EG-rättsliga principerna om transparens, konkurrens, likabehandling.

Att EG-domstolen i målet Beentjes införde en skillnad mellan kvalifikationskriterier och tilldelningskriterier vid prövning av anbud, samt att denna skillnad efter förändring av LOU 1997 finns i första kapitlet 20 a §. Ett motsvarande förändring ej införts i 6 kap LOU men att mycket talar för att motsvarande skall tolkas in i detta kapitel utifrån EG-domstolens dom i rättsfallet Leur-Bloem i vilket domstolen diskuterade nationell rätt som skrivits i syfte att likna EG-rätt

EG-domstolens dom i Alcatelmålet med åtföljande förändring av LOU har fått mycket stor betydelse vad gäller anbudsgivares tillgång till effektiva rättsmedel. Detta har även inneburit en övervikt av överprövningsmål i förvaltningsdomstol jämfört med tidigare där skadeståndsmål i allmänna domstolar var mera i fokus. Även denna förändring kan ses som en utveckling av affärsmässigheten utifrån ett effektivitetsperspektiv på rätten. Det framstår som långsiktigt främjande av affärsmässighet att leverantörer har effektiv tillgång till rättsmedel som innebär att felaktiga förfarande kan via dom i förvaltningsdomstol innebära att upphandling ej för avslutas innan rättelse skett eller att upphandlingen skall göras om

Att NOU (Nämnden för offentlig upphandling) har spelat en betydelsefull roll för rättsutvecklingen genom sina yttranden till domstolar i konkreta mål.

Inom ramen för begreppet ”det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet” har det vuxit fram en praxis att de upphandlande enheterna utformar en modell för värdering av anbud av scoringtyp där olika kriterier med underkriterier vägs samman efter vad som anges i annonsen och/eller förfrågningsunderlaget.

Domstolspraxisen vad gäller överprövning av anbudsprövning har utvecklats väsentligt sedan leverantörerna i Alcateldomens efterföljd tillförsäkrats mer effektiva rättsmedel, vilket innebär att det är klarlagt att anbud skall prövas mot vad den upphandlande enheten har angett i förfrågningsunderlaget eller i annonsen. Att utvärdering av anbud som inte följer den angivna modellen genom att införa nya/andra variabler än vad som har angetts i anbudshandlingarna betecknas som icke affärsmässigt.

I de fall den upphandlande enheten har angett att kriterierna skall bedömas utan inbördes rangordning (vilket är möjligt vid upphandling enligt 6 kapitlet LOU) skall anbudsprövningen ske utan någon viktning av de olika kriterierna..

Domstolpraxis här även visat att med begreppet ramavtal skall förstås avtal som är ömsesidigt förpliktigande vilket leder till att parallella ramavtal förutsätter en fördelningsnyckel mellan de olika ramavtalen, en fördelningsnyckel som anger i vilken ordning de olika ramavtalsleverantörerna skall anlitas.

Att det inom begreppet ”det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet” finns en pågående politisk diskussion om vad som är möjligt att använda som kriterium vid upphandling när det gäller kriterier som inte har ett direkt samband med den vara eller tjänst som är föremål för upphandling (anskaffning). Denna fråga berör upphandling med social hänsyn, miljöhänsyn. Den nuvarande konstruktionen med ”särskilda kontraktsvillkor” som skall anges i anbudshandlingarna och föras in i kontraktet mellan den upphandlande enheten och den som vunnit anbudstävlingen framstår som inte helt kristallklar.

Att 6 kapitlet LOU genom förändringar av lagtext, främst krav på annonsering, och domstolspraxis här blivit mer likt de övriga kapitlen i LOU. Att de skillnader som återstår mellan 6 kap LOU och de övriga kapitlen LOU inte framstår som sakligt motiverade. Att det i 6 kap LOU finns särskilda regler kring frågan om lågt belopp, dvs. om förutsättningar för att ej genomföra upphandlingar enligt regelverket om offentlig upphandling utan köpa in efter elementära prisjämförelser förändrar inte detta utan är i enlighet med effektivitetsprinciper och minimisregler i allmänhet.

# Om offentlig upphandling, affärsmässighet och svenska nationella regler

## 1 Inledning

Denna uppsats handlar om lagen om offentlig upphandling, LOU.

Inledningsvis ges en kortfattad presentation av lagen om offentlig upphandling (LOU) och en likaledes kortfattad presentation av 6 kapitlet i LOU. I detta avsnitt finns även en kortare redogörelse för det regelverk i form av upphandlingsförordning och kommunala upphandlingsreglementen som fanns för LOU. Syftet med detta avsnitt är dels att ge läsaren en första introduktion i vad uppsatsen handlar om, men avsnittet innehåller även en jämförelse mellan reglerna i upphandlingsförordningen med reglerna i LOU samt visst återsken av intentionerna av lagstiftarens skrivningar när reglerna i LOU infördes i början av 1990-talet. Denna jämförelse ger en del uppslag för andra avsnitt i uppsatsen t ex om förändring av LOU, förändring av 6 kapitlet LOU men även kring centrala i offentlig upphandling, frågor som affärsmässighet, prövning av anbud, effektiva rättsmedel.

### 1.1 Syfte

Avsikten med denna uppsats är att diskutera begreppet affärsmässighet<sup>1</sup> i lagen om offentlig upphandling samt om det idag 10 år efter införandet av lagen om offentlig upphandling finns motiv för att i lagen om offentlig upphandling fortfarande ha ett särskilt kapitel med i vissa fall särskilda regler för ”nationella upphandlingar” under EG:s tröskelvärden och för vissa upphandlings inom försörjningssektorn oavsett belopp. Den andra frågan kan även formulera detta som hur stort är utrymmet för särskilda nationella regler för offentlig upphandling under EG:s tröskelvärden idag med hänsyn till den rättutveckling inom gemenskapsrätten som varit under dessa år.

Vidare finns ett syfte att undersöka följande; när EG-rätten i form av EG-direktiv och rättsutveckling i form av domar från den europeiska domstolen efter hand accepterades som primära rättskällor förändras innehållet i LOU från att ha varit en förtäckt nationell lagstiftning om offentlig upphandling med inriktning på skadestånd vid fel från upphandlarens sida till att bli ett verktyg för att främja konkurrens mellan anbudsgivarna allt i enlighet med direktiven om offentlig upphandlings syfte.

I syfte att underbygga de ovan uppställda frågorna kommer jag i uppsatsen dels att behandla rättsutvecklingen inom den Europeiska gemenskapen, dels vad gäller förhållandet mellan EG-rätt och nationell rätt, dels rättsutvecklingen inom området för offentlig upphandling som främst är en effekt av domar i EG-domstolen, men även domar från svenska domstolar. Vidare kommer uppsatsen att behandla frågor kring hur det svenska nationella regelverket i form av lagen om offentlig upphandling har förändrats. En faktor som kan vara förvirrande när det gäller att beskriva förändringen av LOU kan vara att det är ställt utom allt tvivel att den första implementeringen av EG-direktiven inom offentlig upphandling uppvisade stora brister.<sup>2</sup>

Men en viktig fråga i förhållande till den uppställda frågan om vilket utrymme det kan anses finnas för en särskild nationell lagstiftning under de tröskelvärden som finns i EG-direktiven är att söka jämföra hur den rättsliga utvecklingen i form av förändringar i direktiv, domar från såväl EG-domstolen som svenska nationella domstolar påverkat såväl de direktivstyrda reglerna i LOU som reglerna i 6 kapitlet LOU.

<sup>1</sup> Begreppet ”affärsmässighet” förekommer dock inte i EG-rätten. Begreppet som sådant fanns i den tidigare nationella upphandlingsförordningen ”UF”

<sup>2</sup> En större förändring av LOU genomfördes 1 jan 1998 i syfte att få bättre överensstämmelse med direktiven, mer om detta i avsnittet om förändring av LOU

## 1.2 Begreppet affärsmässighet

Ett centralt begrepp i LOU är begreppet affärsmässighet. Detta begrepp finns inte i EG-direktiven om offentlig upphandling. Begreppet som sådant kommer från tidigare svenska nationella regler för offentlig upphandling. Begreppet affärsmässigt i LOU är utifrån detta i sig väl värt en diskussion, hur begreppet förhåller sig till EG-rätten och vilket innehåll som begreppet kan anses ha fått via den svenska nationella rättsutvecklingen.

I samband med diskussionen om begreppet ”affärsmässighet” finns frågor kring prövning av anbud, frågan om ”det mest förmånliga anbudet” samt frågor kring rättsmedel. För sammanhangets skull innehåller även uppsatsen något om andra teman inom området offentlig upphandling, främst om olika upphandlingsformer (där det finns en speciell form inom 6 kapitlet LOU enligt begreppet ”lågt värde”). I övrigt ägnas vissa undantagsbestämmelser om arkitekttävlingar, försvarsupphandling mycket litet utrymme. Inte heller frågor om olika procedurfrågor ägnas särskild uppmärksamhet mer än att framhålla att procedur eller förfaranderegler är ägnade att möjliggöra insyn i hur en upphandlande enhet genomför en enskild upphandling.

### 1.2.1 Svenska nationella regler

Det andra syftet med uppsatsen är att undersöka hur de nuvarande reglerna för offentlig upphandling skiljer sig från tidigare nationella regler bl.a. vad gäller rättsmedel, prövning av anbud samt om det i dag kan anses motiverat att de regler som styr offentlig upphandling under de tröskelvärden som anges av gemenskapen skall finnas i ett särskilt kapitel i LOU med egna begrepp såsom förenklad upphandling<sup>3</sup> i LOU, eller om det framstår som åtminstone en pedagogisk fördel att de nationella regler för upphandling under tröskelvärdena som Sverige har i samma kapitel som de övriga reglerna som styr offentlig upphandling, utmönstra begreppet ”förenklad upphandling” och ersätta detta begrepp med något mera adekvat. t.ex. öppen upphandling enligt 6 kap LOU eller hellre öppen upphandling. Själva begreppet ”förenklad upphandling” kan leda tanken till att det är frågan om någon slags ”laight”-variant av upphandling i jämförelse med upphandling enligt begreppen i de övriga kapitlen selektiv upphandling, förhandlad upphandling. En variant med mjukare regler vad gäller annonsering, förfrågningsunderlag, procedurer, utvärdering (prövning) av anbud.

Som nämnts ovan har reglerna i kap 6 LOU har en särskild historia med utgångspunkt i upphandlingsförordningen. Syftet med reglerna i 6 kap var att inom området för offentlig upphandling inte behöva hantera två helt olika regelverk i helt skilda delar av rättssystemet, ett regelverk för upphandling enligt EG-direktiv i form av en lag om offentlig upphandling och ett regelverk för upphandling under de tröskelvärden som fanns i EG-direktiven i den befintliga upphandlingsförordningen. Rent konkret innehåller reglerna i LOU 6 kapitel även hänvisningar till regler i första kapitlet och i vissa fall även regler i 4 kap. Denna teknik att skriva lag är traditionell i hur man skriver lag i Sverige men har frångåtts något när det gäller konsumentlagstiftningen.

Det framstår dock som mer adekvat att då de principiella reglerna avseende affärsmässighet och hur prövning av anbud går till gäller för upphandling för såväl över som under tröskelvärden att lagen om offentlig upphandling skrivs om med en tydlig nedtoning av att det finns speciella regler för upphandling under tröskelvärden förutom vissa tidsfrister och annonsering.

<sup>3</sup> Enligt Prop. 1999/2000:128 sid. 18 ff. genomförs ca 200 000 förenklade upphandlingar och ca 3500 direktivstyrda upphandlingar i Sverige varje år. I samma prop. sid. 20 anges även att det sammanlagda värdet av upphandlingar enligt 6 kap LOU är högre än värdet av de direktivstyrda upphandlingarna.

## 2 Metod och material, avgränsning

### 2.1 Ett mycket dynamiskt rättsområde

Då rättsområdet offentlig upphandling genom sin koppling till EG är mycket dynamiskt finns det starka skäl att ägna ett tillräckligt utrymme i uppsatsen till juridisk analys av hur systemet för offentlig upphandling har förändrats och vad dessa förändringar kan tänkas medföra för både de upphandlande enheterna och för leverantörerna. Detta medför att uppsatsen innehåller en del resonemang som är utöver att redovisa ett regelverk och den aktuella rättspraxisen, dvs. utöver att redovisa ”gällande rätt”.

### 2.2 Metod

Underlaget till uppsatsen består i huvudsak av svensk lagstiftning, propositioner, offentliga utredningar, EG-direktiv, rättsfall från den Europeiska gemenskapens domstol, svenska nationella domstolar. Det svenska offentliga utredningsmaterialet i form av offentliga utredningar och propositioner är betydande. För de allmänna avsnitten om EG-rätt och EG-rättens förhållanden till nationell rätt finns ett antal standardverk, Steiner och Woods<sup>4</sup>, Bernitz<sup>5</sup> samt ett antal artiklar om mer specifika områden. Ett sådant område är kring EG-domstolens roll där jag främst använt mig av artiklar av Pescatore och Mancini.<sup>6</sup> Däremot saknas svenskt juridiskt doktrinärt material avseende offentlig upphandling med undantag för några få artiklar.<sup>7</sup>

### 2.3 Direktiv och domar från gemenskapen, svenska offentliga utredningar

Inom området finns en betydande mängd material från den europeiska gemenskapen, direktiv och domar från gemenskapens domstol. EG-domstolens roll är att tolka EG-rätten. Rättsfall från EG-domstolen har helt klart ett mycket högt värde som rättskälla. Antalet domar i mål om offentlig upphandling är relativt stort. I dessa domar diskuteras principiella frågor som begreppet upphandlande enhet, hur man prövar anbud, vad som kan anses vara det mest fördelaktiga anbudet, frågor kring rättsmedel.

Det svenska utredningsmaterialet är omfattande beroende på att lagen har förändrats ett antal gånger sedan den första propositionen år 1992. Allt detta material har av naturliga skäl inte kunnat behandlats i uppsatsen. För detta material gäller att mitt intresse har koncentrerats på principiella frågor.

#### 2.3.1 Svenskt nationellt domstolsmaterial

<sup>4</sup> Steiner, Josephine & Woods Lorna, *EC Law*, eighth edition, Oxford University Press, Oxford, 2003.

<sup>5</sup> Bernitz U Kjellgren *Europarättens grunder* 2 upplagan

<sup>6</sup> Mancini Federico, *The making of a Constitution for Europe*

Pescatore Pirre, *The doctrine of direct effect; an infant disease of community law*

<sup>7</sup> Offentlig upphandling är inte vetenskapligt behandling inom svensk juridik varför jag i det avslutande resonemanget pekar på några områden inom offentlig upphandling som framstår som centrala för vetenskaplig diskussion. (mer om detta i avsnittet om rättskällor)

Att rättsområdet offentlig upphandling inte är vetenskapligt behandlat i svensk juridisk doktrin innebär vidare att det inte finns några tidigare kända frågeställningar inom området att relatera sig till. Vad som enligt uppsatsförfattarens mening initialt är värt att veta har vuxit fram under arbetets gång i samråd med handledaren Ingmar Svensson.

Det finns ett omfattande material kring offentlig upphandling i form av offentliga utredningar och propositioner. Frågan om nya regler för offentlig upphandling ingick under början av 1990-talet i det allmänna juridiska utredningsarbetet som sattes igång för att möjliggöra Sveriges anpassning till rättssystemet i den Europeiska gemenskapen.

Det offentliga utredningsmaterialet är som antyds ovan omfattande. I detta material har jag valt att följa för uppsatsen centrala frågor, dvs. principiella frågor kring offentlig upphandling såsom hur bekantgöra, hur pröva anbud, frågor kring rättsmedel samt särskilda frågor som har samband med de särskilda nationella reglerna i LOU:s 6 kapitel.



Antalet rättsfall avseende offentlig upphandling i de svenska högre instanserna var fram till år 2002 mycket begränsat. Några få skadeståndsmål i HD och hovrätterna och några få överprövningsmål i Regeringsrätten och kammarrätterna.

Under senare år har måltillströmmningen i främst kammarrätterna varit betydande. Den rättsutveckling som sker i form av domar från i första hand kammarrätterna måste betecknas som mycket dynamisk i det att olika frågor klargörs utifrån en faktisk verklighet. Även inom detta område kan man säga att verkligheten ofta överträffar dikten vilket innebär att en lagkommentar grundad på ingen eller begränsad rättspraxis mycket snart blir överspelad.

## 2.4 Något om rättskällor

Nedan finns en diskussion utifrån rättskälleläran (om rättskällornas hierarki) avseende olika material som berör området för offentlig upphandling. Syftet med denna diskussion är att klargöra vad som kan anses som rättskällor inom detta område och vad som inte kan anses som rättskällor, denna diskussion har främst syfte att klargöra den juridiska statusen på främst mycket tillgängligt officiellt informationsmaterial avseende offentlig upphandling.

### 2.4.1 Rättskälleläran med hänsyn till svensk nationell rätt och EG-rätten

I den svenska rätten finns en klar hierarki mellan olika rättskällor. Först kommer lagen såsom den är skriven, antingen i form av en lag eller av en förordning, lagens förarbeten i form av proposition, diskussion i riksdagsutskott, sedan kommer domar från de nationella slutinstanser dvs. Högsta domstolen och Regeringsrätten

I fjärde hand kommer den juridiska doktrinen, dvs. vad som publiceras i erkända juridiska facktidskrifter eller i form av juridiska monografier.

Särskilt principiella mål i HD och Regeringsrätten är s. k. Pleniavgöranden, dvs. avgöranden där hela domstolen är samlad. Syftet med att samla hela domstolen är att avgöra ett mål som kan medföra att en tidigare praxis kan ändras. Pleniavgöranden har i den juridiska debatten kommit att få en mycket stark ställning, helt naturligt, i vissa fall används även begreppet ”fast praxis” vilket innebär att domstolen (domstolarna) dömt på liknande sätt ett flertal gånger.

Domstolsorganisationen formar en hierarki med HD och Regeringsrätten i toppen, under dessa finns hovrätter respektive kammarrätter, samt under dessa tingsrätter respektive länsrätter. Ett mål börjar i första instans dvs. tingsrätt eller länsrätt. Den part som ej är nöjd med domstolens dom kan överklaga till nästa instans. För prövning i kammarrätt och regeringsrätt fordras dock prövningstillstånd.

Lägre instanser är formellt inte bundna av tidigare domar från högre instanser inom ett visst rättsområde. Regelmässigt tas dock stor hänsyn till hur högre instanser behandlat en fråga. För de rättsområden där antalet avgöranden från högsta instans är få kan man knappast tala om fast praxis eller liknande, För dessa områden framstår avgöranden från kammarrätten och hovrätten som den rättsutveckling som man har att tillgå

Vid sidan av domstolsorganisationen finns numera ett betydande antal nämnder inrättade för att lösa tvister på andra sätt än via domstols dom. Dessa nämnder behandlar frågor efter anmälan eller efter förfrågan. I det konkreta fallet avger nämnden ett yttrande som inte är bindande för någon men som ofta följs av parterna, Exempel på nämnder av detta slag är Hälso- och sjukvårdens ansvarsnämnd, skatterådsnämnden, Fastighetsmäklarnämnden. Inom området för offentlig upphandling finns som nämnts ovan NOU, Nämnden för offentlig upphandling. Vissa av dessa nämnder utfärdar råd och anvisningar (i likhet med anvisningar, rekommendationer etc. som utfärdas av vissa statliga verk)

### 2.4.2 Värdet av föreskrifter, råd, anvisningar etc.

Det finns ytterligare material inom detta område vars juridiska värde är något oklart, föreskrifter, råd och anvisningar etc. utfärdade av statliga myndigheter. NOU har utgivit dels en broschyr med titeln ”Kort om LOU och NOU”, och dels en kortare vägledning om offentlig upphandling enligt 6 kap LOU,<sup>8</sup> samt en vägledning avseende upphandling av administrativa konsulter.<sup>9</sup> Som nämnt ovan har NOU även avlämnat ett antal yttrande till domstolar i frågor inom området för offentlig upphandling. Även EG-kommissionen har gett ut skrifter av oklar rättslig status, s.k. tolkningsmeddelanden, t ex om tolkning av artiklarna 28 och 30 i EG-fördraget och dessa artiklars förhållande till ”doktrinen om tvingande hänsyn”<sup>10</sup> och två tolkningsmeddelande avseende offentlig upphandling, ett tolkningsmeddelande om möjligheterna att ta ”social hänsyn” vid offentlig upphandling och ett tolkningsmeddelande om möjligheter att ställa miljökriterier vid offentlig upphandling.<sup>11</sup>

Enligt vissa juridiska skriftställare är detta inte oklart utan helt klart att material av denna typ saknar juridisk betydelse- dvs. det är inte hållbart att stödja sig på dem i en argumentation inför en domstol. Att denna typ av material kan vara diskuterbart ur rättskällesynpunkt är alltså klart. Detta fråntar dock inte denna typ av material att det är avsett att fungera som vägledning för såväl upphandlande enheter som leverantörer, vilket medför att det kan vara problematiskt vid en juridisk prövning av innehållet i ett material av detta slag för det fall en leverantör eller en upphandlande enhet menar att man agerat utifrån vad som anges i ett sådant material.

Till denna diskussion skall man parallellt även söka ta hänsyn till EG-rätten med frågeställningar som. Finns det EG-direktiv, är detta direktiv implementerat<sup>12</sup>, är direktivet fullständigt och korrekt implementerat, är direktivet så klart och tydligt att det kan anses ha direkt effekt.

Motsvarande frågor kan anses uppkomma efter domar i EG-domstolen, främst i förhållande till hur man har implementerat direktiv i den nationella rätten. En dom från EG-domstolen kan göra det uppenbart att något måste förändras i en redan implementerat direktiv, ett tydligt exempel på detta är EG-domstolen dom i Alcatel målet som främst berörde frågan om en anbudsgivare tillgång till effektiva rättsmedel i förhållande till att rent reellt få ett tilldelningsbeslut vid offentlig upphandling överprövad av ett oberoende nationellt organ. Inom den Europeiska gemenskapen har fördraget den högsta valören som rättskälla. Gemenskapen hanterar flera olika rättsakter, fördraget, direktiv, förordningar och beslut. Direktiv skall implementeras<sup>13</sup> i de nationella rättssystemen inom en viss för varje direktiv angiven tidsfrist, förordningar gäller direkt. Genom de kända rättsfallen Van Gend en Loos. Costa vs ENEL, Internationale Handelsgesellschaft, Simmental etc. har det även utvecklats

<sup>8</sup> Denna skrift omnämns ofta men är ej längre tillgänglig på NOU:s internethemsida nou.se

<sup>9</sup> Upphandling av Konsulter enligt 6 kapitlet LOU. December 2002

<sup>10</sup> Kommissionens tolkningsmeddelande att underlätta varors tillträde till en annan medlemsstats marknad, ömsesidigt erkännande i praktiken (2003/ C 265/02)

<sup>11</sup> Robert Pålsson har i sin avhandling inom skatterätt, Riksskatteverkets rekommendationer, allmänna råd och andra uttalanden på skatteområdet, en metoddiskussion avseende annat juridiskt material än traditionell doktrin och domstolsmaterial. Det Pålsson diskuterar är just värdet av Riksskatteverkets råd och anvisningar. Om jag förstår Pålsson rätt menar han att material av denna typ har ett juridiskt värde i det att det faktiskt används i domstolarna.

<sup>12</sup> EG-domstolen behandlade i målet C - 478/99 en fråga som kan vara av intresse i detta sammanhang. Frågan gällde en fördragsbrottstalan mot Sverige med anledning av att Sverige vid implementeringen av ett direktiv om Oskäligen villkor i konsumentavtal. Sverige hade inte tagit med en bilaga till direktivet med väl återgivit hela bilagan i aktuell Prop.. Sverige försvarade med framgång denna lagskrivningsmetod med hänvisning till ”nordisk lagstiftningstradition”. Danmark och Finland intervenerade i processen till förmån för Sverige.

<sup>13</sup> Sverige använder av tradition sig av en metod som benämns dualistisk vid införlivande av åtaganden utifrån internationella fördrag etc.

principen om EG-rättens företräde framför nationell rätt, principen om EG-rättens spärrverkan mot ny nationell lagstiftning.<sup>14</sup>

Det finns även en diskussion om att EG-rätten till skillnad från svenska nationell rätt saknar förarbeten i egentlig mening, varför den är svårare att uttolka med de metoder som vi är vana vid. Helt klart är att EG-rätten inte har förarbeten av samma karaktär som produceras i form av svenska offentlig utredningar (SOU och prop.).<sup>15</sup>

I rättskällediskussionen utgör frågor kring direkt effekt av direktiv och betydelsen av domar från EG-domstolen två speciella frågor. Att EG-rätten har företräde framför nationell rätt har sin betydelse liksom att direktiv under vissa förutsättningar anses ha direkt effekt. EG-domstolens roll är att tolka EG-rätten, en rättsregel kan via EG-domstolens tolkning bli mycket klar och ställa frågor om direktiv är implementerade på ett riktigt sätt på sin spets vilket i sin tur många gånger föranleder förändring av nationell rätt. Rent allmänt anses att syftet med en bestämmelse är mycket viktig inom EG-rätten.<sup>16</sup>

EG-domstolen har i ett antal domar behandlat frågor avseende offentlig upphandling. Dessa domar har en starkt normgivande verkan för rättsutvecklingen inom medlemsländerna, kända exempel är *Beentjes*<sup>17</sup> och *Alcatel*.<sup>18</sup> EG-domstolen och offentlig upphandling behandlas mera i ett senare avsnitt i uppsatsen.

## 2.5 Om källor och litteratur

I de stora standardverken, (dvs. läroböcker) om EG-rätten t ex *Craig och de Burca*<sup>19</sup>, *Staniner och Woods*<sup>20</sup> finns inget skrivet om offentlig upphandling. Ordet *procurement* finns inte ens i ordlistan i någon av dessa standardverk om EG-rätten. Det finns några engelskspråkiga böcker som behandlar offentlig upphandling i förhållande till EG-rätten.<sup>21</sup>

### 2.5.1 Inte mycket att hämta i den inhemska juridiska doktrinen

Offentlig upphandling är sparsamt diskuterat i den svenska juridiska doktrinen. I den mån diskussioner förekommer så avser diskussionen speciella aspekter av rättsområdet. Ett exempel är frågan om rimligheten i att en förfördelad anbudsgivare skall anses ha rätt till skadestånd upp till det positiva kontraktsintresset vilken föranledde en viss diskussion efter en HD-dom med detta utfall.<sup>22</sup>

Två andra artiklar är *Anna Larsson* om idéskydd vid offentlig upphandling<sup>23</sup> och *Tom Madells* artikel om parternas lojalitetsplikt vid offentlig upphandling.<sup>24</sup>

Att den svenska doktrinen är så pass tunn inom område för offentlig upphandling kan delvis bero på att antalet avgöranden i nationell högsta instans hittills är mycket begränsat.

Även i de särskilda förvaltningsrättsliga tidskrifterna är det sparsamt med artiklar om offentlig upphandling. Offentlig upphandling i Sverige bygger dock på EG-direktiv. Dessa direktiv gäller för alla länder som är anslutna till den inre marknaden i form av EES-avtal eller medlemmar i Unionen. Detta förhållande medför att teoretiska diskussioner från andra länder inom gemenskapen är relevanta.

<sup>14</sup> C- 26/62 *Van Gend en Loos*, C – 6/ 64 *Costa vs E.N.E.L.* C - 11/70 *Internationale Handelsgesellschaft*.

<sup>15</sup> Denna fråga diskuteras bl.a. av Öberg, Några anteckningar om förarbeten inom gemenskapsrätten. vilket t.ex. är tydligt i EG-domstolens yttrande 1/94 om WTO.

<sup>16</sup> C- 31/ 87 *Beentjes*

<sup>17</sup> C – 81/98 *Alcatel*

<sup>18</sup> *Craig de Burca*, textbook on EC law

<sup>19</sup> *Steiner, Josephine & Woods Lorna, EC Law*, eighth edition, Oxford University Press, Oxford, 2003

<sup>20</sup> T ex ett antal titlar av *Arrowsmith Sue*

<sup>21</sup> Inlägg i JT, *Hellner* utifrån HD:s dom i rättsfallet NJA 1998:873

<sup>22</sup> *Anna Larsson*, *Idéskydd vid offentlig upphandling* JT våren 2004

<sup>23</sup> *Tom Madell*, *Parternas lojalitetsplikt vid offentlig upphandling* FT 2002 s 267-285

### 2.5.2 Lagkommentar och läroböcker

Det finns flera lagkommentarer<sup>25</sup> och läroböcker<sup>26</sup> avseende offentlig upphandling. Ett problem med dessa är dock att de snabbt föråldras i takt med att regelverket förändras. Detta kan dock delvis förklaras av att de i de generellt sett följer den vid utgivningsdagen gällande lagen relativt nära, från vissa aspekter väl nära, en dom i EG-domstolen kan i ett slag medföra att skrivningar kan bli inaktuella eller till och med helt rättsstridiga. Principiella diskussioner saknas i princip helt. Däremot har flera författare hunnit komma ut med flera upplagor av sina läroböcker mellan åren 1993 och 2000. En lagkommentar innehåller (till skillnad från en lärobok) utdrag från förarbeten (propositioner men även från utskottsbehandlingen) och slutsatser av rättsfall från i första hand överrätterna, dvs. regeringsrätten och kammarrätterna.<sup>27</sup> Rättsområdet offentlig upphandling är dock mycket dynamiskt, dels beroende på förhållandet mellan nationell rätt och EG-rätt, dels på EG-rättens företräde samt på EG-domstolens roll som uttolkare av EG-rätten. Just EG-domstolens roll som uttolkare av EG-rätten medför att en dom i EG-domstolen kan få betydande konsekvenser i ett antal nationella rättsordningar för länder som är medlemmar i gemenskapen. De ovan nämnda rättsfallen Beentjes och Alcatel är exempel på domar i EG-domstolen som fått en mycket stor betydelse i den svenska rätten.

Enligt min mening ställer denna dynamik särskilda krav på hur man lämpligen bör skriva läroböcker om offentlig upphandling. För en förståelse fordras enligt min mening att man på ett tydligt sätt redogöra för hur systemet är uppbyggt och vilka frågor som diskuteras samt inte minst framhåller att en dom från EG-domstolen kan förändra delar av detta rättsområde i ett slag (t ex EG-domstolens avgörande i Alcatel). Detta påverkar även hur man enligt min mening bör skriva en lagkommentar.

### 2.6 Mycket att hålla ordning på

Den som söker hålla ordning på vad som kan anses vara gällande rätt inom området offentlig upphandling har en betydande arbetsbörda. Att hålla ordning på gällande rätt är viktigt för såväl upphandlande enheter, anbudsgivare och inte minst konsulter och rådgivare i upphandlingsfrågor.

I dagsläget finns ingen aktuell lagkommentar eller lärobok att tillgå, trots att några av dem som finns är utgivna under 2000-talet. Även personer som arbetar konkret med upphandling och försöker tillämpa regelverket upplevs området i många fall som besvärligt, detaljreglerat och föremål för ständig förändring.<sup>28</sup> Den förändring av 7 kap 1 § LOU som infördes den 1 juli 2002 har medfört en stor måltillströmning till länsrätterna och under senare tid även till kammarrätterna.<sup>29</sup>

### 2.7 Grönböcker och Vitböcker

I vissa fall framställs dock inom den europeiska gemenskapen en särskild form av underlag för diskussion benämnda Grönböcker och Vitböcker (vad gäller offentlig upphandling publicerades en Grönbok i ämnet år 1996, (mer om denna och den diskussion som den gav upphov till nedan). Vanligen produceras först en grönbok inom ett visst område. En grönbok har en relativt öppen karaktär, den innehåller förslag och frågor. Den diskussion som grönboken ger upphov till leder efter några år i många fall fram till en vitbok som innehåller mer förslag än frågor. Efter detta kan det följa ett ganska komplicerat bollande av utkast,

<sup>25</sup> Hintze Sylwan, Offentlig upphandling 1996

<sup>26</sup> Löving Setterlid, Kommunal upphandling, Forsberg Offentlig upphandling i praktiken

<sup>27</sup> Domar från länsrätt och tingsrätt anses inte ha något doktrinärt värde.

<sup>28</sup> Bland lagkommentarerna kan väl nämnas Hintze & Sylwan från 1996. Bland läroböckerna kan nämnas Löving och Setterlid a.a., samt Forsberg. Offentlig upphandling i praktiken

<sup>29</sup> Förändringen som avse är relaterad till EG-domstolens dom i Alcatel-målet för vilken redogörs på andra ställen i denna uppsats.

förslag till ändringar etc. mellan kommissionen och parlamentet för att efter ytterligare ett par år landa i en gemensam ståndpunkt (en kompromiss mellan kommissionen och parlamentets skrivningar). Den gemensamma ståndpunkten utgör sedan i princip innehåll i ett modifierat direktiv inom området , eller ett helt nytt direktiv.

## **2.8 Avgränsningar**

I uppsatsens syfte ingår att söka genomföra en allsidig diskussion av LOU och de s.k. nationella reglerna i 6 kapitlet LOU finns i uppsatsen utöver traditionell juridiskt material i syfte att få fram ”gällande rätt” även en viss historisk dimension i det att uppsatsen innehåller dels en diskussionen och jämförelse av LOU och det nationella regelverk som fanns före LOU och dels en beskrivning av hur LOU förändrats.

En avgränsning finns i koncentrationen på att jämföra och diskutera frågor som affärsmässighet, prövning av anbud, överprövning, rättsmedel

Avgränsningen i uppsatsen finns även i behandlingen av det relativt stora antalet procedurregler som finns i LOU. För dessa regler konstateras det i princip att de finns och faktiskt skall följas, att syftet med dessa regler är att möjliggöra insyn i förfarandena samt att reglerna som sådana är tillgängliga direkt i lagtexten

### **Om de nya direktiven för offentlig upphandling**

När detta skrivs finns sedan våren 2004 nya EG-direktiv för offentlig upphandling. I uppsatsen behandlas innehållet i dessa direktiv endast i förbigående. De nya direktiven skall på sedvanligt sätt utredas och remissbehandlas för att implementeras i det svenska regelverket, dvs. Lagen om offentlig upphandling. Implementeringstiden är angiven till 21 månader. Eventuellt kan det i samband med detta arbete ske en förändring i skrivningen av LOU:s kap 6 i harmoniserande riktning

## **2.9 Den röda tråden**

Syftet med detta avsnitt är att beskriva hur de olika avsnitten i uppsatsen är tänkta att samverka till en helhet

### **2.9.2 Centrala frågor i uppsatsen**

#### **2.9.2.1 Begreppet affärsmässighet**

I uppsatsen diskuteras det centrala begreppet i det svenska regelverket, begreppet affärsmässighet i jämförelse med de begrepp som används inom gemenskapen, icke-diskriminering, likabehandling, transparens etc. Detta görs dels för att diskutera om begreppet kan anses ha samma innehåll som i EG-rätten och dels för att belysa vilket innehåll begreppet kan anses ha inom ramen för ”om prövning av anbud och det mest fördelaktiga anbudet”.

#### **2.9.2.2 Om prövning av anbud**

Om prövning av anbud är central i ett upphandlingsförfarande vilket då medför att en diskussion om detta har en självklar central plats i uppsatsen.

Frågor om vad som är möjligt att hantera inom upphandlingsstrategin ”det mest fördelaktiga anbudet” är en klar framtidsfråga med stark politisk koppling. Diskussionen i uppsatsen syftar till att påvisa att det för en utvecklingen inom detta område som handlar det om vad som är och blir ”socio-politiskt” möjligt inom den europeiska gemenskapen. I de mest strategiska domarna i EG-domstolen kan man t ex notera att alla eller näst intill alla medlemsstater i gemenskapen intervenerar vilket nog är viktigt att hålla i minnet när man spekulerar vad som borde vara möjligt inom detta rättsområde, (t ex Alcatel och Beentjes)

### 2.9.2.3 Svensk rättspraxis

Svenskt nationellt domstolmaterial avseende offentlig upphandling var under ett antal år mycket begränsat, men efter lagförändringen år 2002 som en följd av EG-domstolens dom i Alcatelmålet<sup>30</sup> har det skett en mycket stor förändring vad gäller antalet domar.

Avsnitten om den svenska rättspraxisen efter Alcateldomen har som syfte spegla just utveckling av aktuellt rättsläge inte minst när det gäller det centrala begreppet affärsmässighet och frågor kring prövning av anbud.

Före den lagändring som föranleddes av EG-domstolens avgörande i Alcatelmålet var tilldelningsbeslut i praktiken undantagna från rättslig överprövning med följd att inte heller den modell för prövning av anbud som en upphandlande enhet använde sig av i det konkreta fallet blev föremål för överprövning i domstol. Detta medför att den senare rättsutvecklingen avseende överprövning av de utvärderingsmodeller som de upphandlande enheterna använder är av stort intresse. För min egen del är jag av den uppfattningen att den granskning och tydliggöranden av krav på rimliga samband mellan vad en upphandlande enhet har efterfrågat och då även hur man rangordnar eller viktar betydelse av olika faktorer och som överprövning av utvärderingsmodeller möjliggör en seriös diskussion om kan vara nyckeln till en positiv utveckling vad gäller offentlig upphandling.

Avsikten med att redovisa principiella frågor som återfinns i domar från främst kammarrätterna är att dessa domar i många fall innebär preciseringar av mer allmänna skrivningar i Lagen. Att det efter 10 år med LOU under det senaste året tillkommit ett antal domar från just kammarrätterna medför troligen att det numera är klarare vad som är förenligt med regelverket i LOU och vad som inte är det.

I syfte att diskutera begränsningarna i de nuvarande rättsmedlen lyfts ett par utlåtanden från JO fram samt en kortare hänvisning till en diskussion om kommunalt domstolstrots utifrån särskild litteratur inom detta speciella område.

Förändringen av 6 kap LOU tecknas mot bakgrund av en översiktlig framställning av EG-direktiven för offentlig upphandling, något om förhållandet mellan EG-rätt och nationell rätt, principiella mål i EG-domstolen avseende offentlig upphandling, förändring av de övriga kapitlen i LOU samt en diskussion om innehållet i den senaste svenska rättspraxisen, främst då domar från regeringsrätten och kammarrätterna.<sup>31</sup> En särskild fråga inom området för offentlig upphandling är rättsmedlen och räckvidden av dessa rättsmedel. Inom 6 kapitlet LOU finns begreppet lågt värde. Detta begrepp, och dess konsekvensens möjlighet för s.k. direktupphandling är kanske ett av de mest diskuterade begreppet i hela regelverket varför även detta begrepp får ett utrymme i uppsatsen.

Vissa frågor, såsom möjligheten till upphandling med s.k. ”lokal hänsyn”, ”social hänsyn” och undantag av speciella orsaker finns mer eller mindre ständigt i diskussionerna kring offentlig upphandling. Då och då diskuteras frågor av denna karaktär i den officiella diskussionen. I uppsatsen diskuteras dessa och liknade frågor som specialfall av frågan om vad som möjligt inom ramen för ”det mest fördelaktiga anbudet” enligt nu gällande praxis från främst EG-domstolen, men driver även tesen om att denna fråga är den kanske mest centrala (politiska) frågan inom området för offentlig upphandling, vilket medför att inom detta område är inte sista ordet sagt.

<sup>30</sup> C – 81/98 Alcatel

<sup>31</sup> Antalet domar från Regeringsrätten var länge mycket få, faktiskt så få att de kan anges här RA1994 not 401, RA 1994 not 596 (utlämnade av allmän handling) RA 1995 not 165 (återställande av försutten tid) RA 1995 not 252 (beslut gick ej klagande emot), RA 1996 not 258 (avskrivning) RA 1997 not 87 (avskrivning) RA 1998 not 44, RA 1999 not 146, RA 1999 not 1 (ej ok med förfrågningsunderlag som medförde att i realiteten bara ett företag kunde lämna anbud), RA 1996:50, RA 1996 ref 85, RA 1997 ref 40 RA 1996:100, RA 1999 ref 12 (ej affärsmässigt motiverat att begära att hälften av kraft skulle produceras i egna kraftverk RA 2000 ref 60, RA 2001 ref 18, RA 2002:50

#### 2.9.2.4 Frågan om lågt belopp

Avsnittet i uppsatsen avseende diskussionen om ”lågt belopp” har som syfte att spegla vilka frågor som väckt mest intresse på det nationella planet. Denna fråga liksom frågan om vad som menas med ramavtal för att det skall uppfylla kravet på offentlig upphandling avser att belysa områden inom regelverket som jag anser något problematiska och där det eventuellt kommer att ske betydande förändringar under de kommande åren, kanske redan har kommit utifrån en kammarrättsdom våren 2004.<sup>32</sup>

Utifrån ovanstående känns det juridisk koherent att se de centrala reglerna i 6 kap LOU, dvs. upphandlande enhet, affärsmässighetsbegreppet, hur man prövar anbud och rättsmedlen om rättelse, att upphandlingen skall göras om och skadestandsfrågorna som så sammanhängande med rättsutvecklingen inom gemenskapen

#### 2.9.2.5 Om EG-rätt och domstolsmaterial avseende offentlig upphandling

Avsnittet om EG-rätten i allmänhet är med i uppsatsen för att något belysa rättsutvecklingen inom gemenskapen samt visa vilken roll gemenskapens domstol har som uttolkare av EG-rätten i denna utveckling. Begrepp som direkt effekt presenteras och förklaras något.

Presentationen av EG direktiven om offentlig upphandling har syftet att visa intentionerna och ramarna för rättsområdet offentlig upphandling.

#### 2.9.2.6 Samspel mellan EG-rätt och nationell rätt

I uppsatsen redovisas även samspelet mellan EG-rätten och nationell rätt, dels via redovisning av hur regelverket (LOU) har förändrats via kontakter mellan kommissionen och regeringskansliet vid förändringar 1997 samt även hur regelsystemet har förändrats efter en dom i EG-domstolen, den s.k. Alcateldomen<sup>33</sup> som berör frågan om effektiva rättsmedel för en leverantör i förhållande till en upphandlande enhets tilldelningsbeslut. EG-domstolen har som nämnts tidigare att tolka fördraget och andra rättsakter. EG-domstolen är vad gäller tolkning av fördraget angelägen om ett bra samarbete med de nationella domstolarna, bl.a. för att de nationella domstolarna skall begära förhandsavgöranden i tolkningsfrågor från EG-domstolen.<sup>34</sup> Alcateldomen och denna doms implementering i den svenska lagstiftningen redovisas relativt utförligt liksom den konsekvens i form av en stor ökning av antalet mål med begäran om överprövning av den upphandlande enheternas beslut i länsrätterna som skett efter lagändringen 1 juli 2002.

Samspelet mellan EG-rätt och nationell rätt är även en viktig fråga på rättsområden som bara indirekt är kopplade till EG-rätten. Ett sådant område är de svenska nationella reglerna för offentlig upphandling under de tröskelvärden som anges i direktiven. I bl.a. rättsfallet Leur-Bloem<sup>35</sup> har EG-domstolen gjort uttalanden som berör denna fråga, mer om detta i uppsatsen. De yttrande som skrivs av generaladvokaterna kan väl generellt sett ses som vad som är juridiskt möjligt utifrån en grundsyn att de fyra friheterna fungerar som en trumf i målkonflikter med konkurrerande intressen. I vissa frågor har man dock i praktiken konstruerat system för avvägning mellan gemenskapsintressen och nationella intressen (doktrinen om tvingande hänsyn) eller erkänt att det kan finnas ett utrymme för nationell lagstiftning (miljöområdet).

Då kapitel 6 i LOU generellt presenteras som svenska nationella regler under de tröskelvärden som direkt omfattas av EG-direktiven för offentlig upphandling är det en

<sup>32</sup> Kammarrätten i Stockholm mål 2591-04 daterad 2004-06-02 Stiftelsen kungliga gyttjebad och brunnsanstalten Loka mot Stockholms läns allmänna försäkringskassa. Vikten av rangordning vid upphandling av ramavtal

<sup>33</sup> C – 81/98 Alcatel

<sup>34</sup> Mancini Federico, The making of a Constitution for Europe  
Pescatore Pirre, The doctrine of direct effect; an infant disease of community law

<sup>35</sup> C – 28/95 Leur-Bloem

viktig fråga att diskutera vilken inverkan EG-rätten inom offentlig upphandling kan anses ha på sådana regler. I uppsatsen förs en diskussionen om detta. Frågan som sådan är central bl.a. för tolkning av reglerna i 6 kapitlet.

### 2.9.2.7 Nämnden för offentlig upphandling NOU

I uppsatsen berörs även NOU (Nämnden för offentlig upphandling) NOU och dess roll som tillsynsmyndighet över offentlig upphandling. NOU har en mycket speciell roll visavi offentlig upphandling, nämnden omnämns i själva lagen,<sup>36</sup> domstolarna begär relativt ofta in yttranden från NOU inför avgöranden av konkreta mål. I förhållande till en traditionell syn på rättskälleläran framstår yttrande från NOU som problematiska. NOU finns dock, domstolarna begär yttranden från NOU, NOU producerar yttranden.<sup>37</sup> Av vad som framgår i ett antal domar från olika instanser så har yttrande från NOU en betydande tyngd. NOU har även yttrat sig i ett antal principiella frågor, t ex om förutsättningar för att det som många benämner ramavtal skall vara ett avtal överhuvudtaget. Innehållet i ett par av dessa yttranden från år 1998 diskuteras under temat ”en agenda för förändring”? I perspektivet kring vad som driver fram diskussioner och förändringar inom det begränsade men mycket betydelsefulla utrymme för nationell reglering som finns i området under de tröskelvärden som finns i EG-direktiven. Särskilt inom försörjningssektorn är dock detta utrymme betydande då den EG-rättsliga regleringen direkt bara omfattar sådan som bedömts vara lämpligt för samhandel i gemenskapen.

### 2.9.3 LOU, en del i det offentlighetsrättsliga systemet.

LOU är en speciallagstiftning, LOU ingår som en byggsten i ett offentligt rättsligt regelsystem, i detta regelsystem finns ett antal lagar som anger principer eller ramverk för offentlig förvaltning. De lagar som avses här är främst kommunallagen,<sup>38</sup> förvaltningslagen,<sup>39</sup> sekretesslagen,<sup>40</sup> men även ett mycket stort antal andra lagar.

På motsvarande sätt finns det inom civilrätten, dels en avtalslag med vissa allmänna bestämmelser om avtal, hur avtal kommer till, hur fullmaktsfrågor gäller vid avtalsslut samt om ogiltighetsfrågor i samband med avtal. Dessutom finns köplag och konsumentköplag i vilka framförallt felregler hanteras. Skillnaden mellan köplag och konsumentköplag är främst att man i konsumentköplagen harinfört vissa skrivningar som gör livet något lättare för den som har köpt en vara eller en tjänst som konsument, bl.a. genom att vissa ersättningsfrågor är reglerade i själva den konsumentvänliga lagstiftningen. När det gäller allmänna skadestandsfrågor, dvs. regler kring utomkontraktuellt skadestånd finns en särskild skadeståndslag.

### 2.9.4 Offentlig upphandling och den kommunala organisationen

Via kartläggningar i SOU har man konstaterat att det finns ca 10 000 upphandlande enheter i Sverige.<sup>41</sup> Det stora antalet upphandlande enheter beror bl.a. på kommunernas indelning i olika fackförvaltningen och/eller geografiskt betingande indelningar.<sup>42</sup> En betydande del av offentlig upphandling faller inom den kommunala sektorn.

Man framhåller i dessa offentliga utredningar att det finns ett antal förbättringsområden vad gäller offentlig upphandling, ett antal av dessa förbättringsområden berör områden som idag

<sup>36</sup> 7 kap 7 § LOU

<sup>37</sup> NOU har en internethemsida [www.nou.se](http://www.nou.se). På denna internethemsida finns ett antal av NOU:s yttrande tillgängliga. På samma internethemsida finns även en kvartalstidskrift NOU-info tillgänglig. NOU-info innehåller rättsfallsreferat från såväl EG-domstolen som svenska domstolar, notiser om vad som är på gång lagstiftningsmässigt

<sup>38</sup> Kommunallagen (1991:900)

<sup>39</sup> Förvaltningslagen (1986:223)

<sup>40</sup> Sekretesslagen (1980:100)

<sup>41</sup> Prop. 1999/2000:128 sid. 18

<sup>42</sup> SOU 1999:31



inte regleras inom LOU och förmodligen aldrig kommer att regleras inom denna lagstiftning.<sup>43</sup> Det som avses här är den interna planeringsprocessen (vad skall handlas upp, när skall detta ske) och den interna fördelningen av makt och ansvar i den kommunala organisationen (vem skall besluta om upphandling, vem skall genomföra upphandling) som regleras av eller snarare inte regleras av kommunallagen<sup>44</sup> som i princip har lämnat detta område fritt för varje kommun att hantera på eget sätt genom de reglementen som varje kommun bestämmer avseende förhållandet mellan kommunledningen och de olika nämnderna<sup>45</sup> respektive de ägardirektiv som varje kommun ger sina kommunala bolag.<sup>46</sup> Utifrån det stora antalet personer som inom olika offentliga upphandlande enheter har att hantera regelverket framstår en förenkling av regelverket som angeläget.

### 2.9.5 Lösa trådar?

Uppsatsen innehåller även något om frågor som i framställningen kan uppfattas som lösa trådar som vilka inte diskuteras färdigt i uppsatsen. Detta gäller t ex frågan om offentlig upphandling gäller eller inte gäller för vården av en enskild individ eller hur offentlig upphandling gäller eller inte gäller i förhållande till s.k. kundvals-system. Att dessa frågor ser ut som lösa trådar beror väl främst på att de faktiskt är lösa trådar med ett mycket oklart rättsläge. Att jag ändå har valt att ta med dessa frågor överhuvudtaget i uppsatsen beror på att jag vill påvisa rättsområdets dynamiska karaktär och det förhållandet att det ser ut som att olika intressegrupperingar kämpar för att utdefiniera vissa frågor från området för offentlig upphandling.

### 2.9.6 Önskemål om enklare regelsystem för offentlig upphandling

En mer eller mindre ständigt återkommande synpunkt är att reglerna för offentlig upphandling anses komplicerade och man efterlyser en förenkling av regelsystemet.<sup>47</sup> Även denna aspekt på regelsystemet kommer att vara med i uppsatsen

### 2.9.7 Uppsatsen berör inte..

Uppsatsen berör inte frågor om ekonomisk brottslighet, trolöshet mot huvudman etc. En offentlig utredning DS 1999:62 diskuterar (bestickning och) mutbrott inom den offentliga verksamheten och nämner att kommuner torde vara ett större riskområde än statlig verksamhet, den mest riskfyllda sektorn enligt samma utredning är bygg och entreprenadverksamhet.<sup>48</sup> Den som är intresserad av dessa infallsvinklar på offentlig upphandling kan börja med att ta del av ovan nämnda offentliga utredning. Uppsatsen berör inte heller frågor kring karteller och kartellsamarbete bland anbudsgivarna. Under de senaste åren har några uppmärksammade karteller t ex ”asfaltskartellen”, upptäckts, och diskuterats.

<sup>43</sup> Intern kommunal organisation

<sup>44</sup> Kommunallagen Lag (1991:900) I praktiken regleras detta av de reglementen som varje kommun antar.

<sup>45</sup> Den kommunala nämndsorganisationen är fri förutom kommunfullmäktige, kommunstyrelse och valnämnd.

<sup>46</sup> Detta förhållande diskuteras bl.a. i SOU 1999:39. Även NOU tar upp detta när NOU diskuterar sitt uppdrag att utöva tillsyn över den upphandlingsverksamhet som bedrivs. Av skrivningen framgår att NOU ser svårigheter att bedriva tillsyn över den upphandlingsverksamhet som bedrivs i kommunerna med hänvisning till den kommunala självstyrelsen.

<sup>47</sup> Förenkling av regelverket diskuteras bl.a. i Grönboken om offentlig upphandling

<sup>48</sup> Ds 1999:62 Hederlighetens pris

## 3 Om lagen om offentlig upphandling och vad den innebar jämfört med tidigare regler

### 3.1 Inledning

Avsikten med detta inledande avsnitt är främst att presentera lagen om offentlig upphandling (LOU) och diskutera vad denna lagstiftning innebar jämfört med de regler för offentlig upphandling som fanns i Sverige före Sveriges anslutning till EG/EU och tillkomsten av LOU.

Poängen med detta inledande avsnitt finns i det att det enligt uppsatsförfattarens bedömning krävs en viss grundläggande förståelse av de regler för offentlig upphandling som fanns i Sverige före LOU:s tillkomst för att få tag i några karakteristiska frågor som kan utgöra teman i den fortsatta framställningen i uppsatsen. Viktiga frågor i detta finns efter hela upphandlingsförfarandet, utformning av förfrågningsunderlag, frågor om annonsering eller olika selektiva förfaranden i anbudsinskaffningen, utvärdering av anbud, innehållet i begreppet affärsmässighet samt tillgången till effektiva rättsmedel för de anbudsgivare som inte är nöjda med något i upphandlingsförfarandet.

#### 3.1.1 Allmänt om offentlig upphandling

Syftet med detta avsnitt är att söka ge en mer allmän bakgrund till kommande avsnitt i detta kapitel som mer direkt tar upp de faktiska rättsreglerna. Avsnitt är dock inte helt fritt från material som tillhör den faktiska reglering, men syftet med avsnitt är dock att mera ge en förståelse vad regler om upphandling syftar till.

Offentlig upphandling är när inköp skall göras till den offentliga sektorn. Att särskilt reglera villkor för upphandling till den offentliga sektorn utgör en relativt lång tradition. I den reglering som infördes i Sverige avseende statlig inköpsverksamhet under tidigt 1900-tal fanns inslag av preferensregler till förmån för inhemsk produktion.<sup>49</sup> Denna protektionistiska linje fick dock överges i samband med framväxten av olika frihandelsavtal såsom GATT,<sup>50</sup> under slutet av 1940-talet. En bärande princip i all frihandel är icke-diskriminering. Med principer som ”mest gynnad nation”.<sup>51</sup>

Utgångspunkten för offentlig upphandling och reglering av densamma är att den som skall göra inköp måste göra detta under form av anbuds konkurrens (upphandling). Den upphandlande enheten avgör vad som skall upphandlas, och när upphandlingen skall ske. Regleringen av upphandlingen går ut på att avgöra vem som skall få leverera varan eller tjänsten som skall köps in.

I den enklaste formen av upphandling är det en fråga om vilken anbudsgivare som lämnat det lägsta priset på det som någon vill ha inköpt.<sup>52</sup> Det är dock vanligt att den upphandlande enheten använder sig av flera dimensioner än pris, t ex kvalitet, leveranstid, leveranssäkerhet, garantier osv. som är av intresse för den som avser att göra ett visst inköp.

<sup>49</sup> Bernitz U. Förbudet mot anbudskarteller, inledningen.

<sup>50</sup> General Agreement on tariff and trade.

<sup>51</sup> EG/EU började som en tullunion genom 1957 års Romfördrag mellan 6 länder, Tullunionen byggde på ett successivt avskaffande av tullar, avgifter med motsvarande verkan, kvantitativa importrestriktioner och åtgärder med motsvarande verkan mellan medlemmarna i gemenskapen samt en gemensam tull mot de länder som inte var med i Tullunionen. Kända principer från frihandelsavtal är principen om ”mest gynnad nation” och principen om ”ömsesidigt erkännande”.

<sup>52</sup> Inom ämnet nationalekonomi förekommer en del teoretiserande kring offentlig upphandling utifrån bl.a. spelteori. Inom nationalekonomin finns även en särskild teoriansats kring ”det näst lägsta anbudet” som kallas för Vickery-auktion. Auktion med slutna bud, vinnare betalar inte det högsta budet utan det näst högsta budet, det bud som tvåan i auktionen avgivit.

Som motiv för att ha regler för inköp i form av upphandlingsregler framhålls ofta de värden som återkommer i det nu aktuella regelverket, ej ta otillbörlig hänsyn, likabehandling. Man kan även tänka sig motiv som att då man hanterar skattemedel är det viktigt att kostnaden hålls nere för en angiven kvalitet.

I den anglo-saxiska terminologin används ofta begreppet ”value for money” I förarbetena till de äldre svenska förordningarna om statlig upphandling framhålls upphandlingens betydelse för statsfinanserna.<sup>53</sup> Annars är det konstigt nog relativt sparsamt med hänvisningar till vilken ekonomisk potential som det helt naturligt finns i en fungerande offentlig upphandling. I stället hänvisas ofta till att den offentliga upphandlingen omfattar x antal miljarder kr per år inom den europeiska gemenskapen och y antal miljarder kr per år i Sverige. En försiktig bedömning ger dock att en väl fungerande offentlig upphandling för varor, tjänster, entreprenader och för försörjningssektorn skulle ge ett antal procent lägre offentliga utgifter.

### 3.1.1.2 Allmänt om regler för upphandling

I syfte att ordna offentlig upphandling behövs enligt ovan ett regelsystem som tillvaratar både anbudsinfordrarnas behov av att få till stånd en konkurrens mellan olika anbudsgivare, och anbudsgivarnas behov av att konkurrensen mellan dem sker på lika villkor. Detta följer av idealmodellen för hur en marknad är tänkt att fungera i den ekonomiska teorin. För anbudsgivarna är det viktigt att jämförelsen av anbuderna sker på ett objektivt sätt bl.a. att jämförelsen av anbuderna sker objektivt på ett sätt som stämmer överens om vad den som handlar upp angett innan (i annonsen eller förfrågningsunderlaget)

I Sverige infördes lagen om offentlig upphandling 1 jan 1994 som en konsekvens av att Sverige tillträdde frihandelsavtalet EES med den europeiska gemenskapen.<sup>54</sup> LOU bygger på ett antal EG-direktiv.<sup>55</sup> Sverige hade dock tidigare haft nationella regler för upphandling till statlig verksamhet i form av fört om upphandlingskungörelse och sedan en upphandlingsförordning.

### 3.1.1.3 Kort presentation av LOU

I Sverige finns sedan 1 jan 1994 en lag om offentlig upphandling (LOU).<sup>56</sup> Denna lag diskuteras i föreliggande uppsats. Lagen om offentlig upphandling bygger på ett antal EG-direktiv.<sup>57</sup> Anledningen till att LOU infördes den 1 jan 1994 var att Sverige då via ett EES-avtal anslöts till den Gemensamma Marknaden<sup>58</sup> för att ett år senare 1 jan 1995 bli ett av 15 länder i den Europeiska gemenskapen. Inom den Gemensamma Marknaden är samhandeln mellan och inom medlemsländerna centralt. Den Gemensamma Marknaden inom den Europeiska Gemenskapen är uppbyggd kring de fyra friheterna, fri rörlighet för varor, tjänster, arbetskraft och kapital.

<sup>53</sup> SOU 1951:18

<sup>54</sup> Prop. 1992/93:88 om offentlig upphandling, Lag (1992:1528) Om offentlig upphandling

<sup>55</sup> 93/36 EEG, varudirektivet, 93/37/EEG, byggdirektivet, 93/38/EEG, försörjningsdirektivet, 92/50/EEG, tjänstedirektivet. Rättsmedelsdirektiv; Varor, byggtreprenader och tjänster 89/665/EEG det första rättsmedelsdirektivet. Försörjningssektorerna, 92/13/EEG det andra rättsmedelsdirektivet.

<sup>56</sup> SFS 1992: 1528

<sup>57</sup> De vid implementering av EG-rätten aktuella direktiven om offentlig upphandling var. Direktiv 93/36 EEG för upphandling av varor, direktiv 92/50/EEG för upphandling av tjänster, direktiv 93/37/EEG för upphandling av bygg- och anläggningsentreprenader samt direktiv 93/38/EEG för upphandling inom försörjningssektorn. Dessutom fanns två rättsmedelsdirektiv, dels det första rättsmedelsdirektivet 89/665/EEG för försörjningssektorerna och dels det andra rättsmedelsdirektivet 92/13/EEG..

<sup>58</sup> EES-avtal – ett slags frihandelsavtal mellan den Europeiska gemenskapen och ett annat land. Gemensamma marknaden, ett begrepp som används inom den europeiska gemenskapen för att beteckna frihandlaspekten .

### 3.1.1.4 Syftet med regelverket om offentlig upphandling

Syftet med reglerna om offentlig upphandling såsom de uttrycks i LOU är att de offentliga organ som har att tillämpa dessa regler själva bestämmer vad och när de skall göra vissa typer av inköp, varor, tjänster och entreprenader. Regelverket i LOU anvisar hur detta skall genomföras i syfte att principerna om objektivitet, likabehandling, icke-diskriminering skall upprätthållas.<sup>59</sup> Detta leder till att den upphandlande myndigheten etc. inte själva på subjektiva grunder avgör av vem de skall göra inköpet utan detta avgörs genom konkurrens mellan olika anbudsgivare i form av en objektiv prövning av lämnade anbud. Den upphandlande enheten gör själv prövningen av anbuderna utifrån den annons och det förfrågningsunderlag som man tagit fram i samband med upphandlingen.

### 3.2 Den upphandlande enheten styr via förfrågningsunderlaget

Vilken frihet har den upphandlande enheten?

Den upphandlande enheten bestämmer helt klart när en upphandling skall genomföras, den bestämmer vidare vad som skall handlas upp. I detta ryms då även hur mycket som skall handlas upp i en och samma upphandling. De begränsningar som finns i detta avseende gäller främst regler som anger att man inte kan stycka upp ett visst projekt i onaturliga delar för att söka komma under tröskelvärden. Den upphandlande enheten bestämmer även hur förfrågningsunderlaget skall vara konstruerat och hur utvärderingsmodellen skall se ut, däri bland även vilka kriterier som man tänker använda i de fall man avser att värdera inkomna anbud i fler dimensioner än ”lägsta pris”<sup>60</sup> När det gäller värdering av anbud i annat än lägsta pris så bestämmer upphandlaren även hur denna värdering skall gå till.

Detta låter inte särskilt komplicerat men av som kommer att framgå i det följande är detta mer komplicerat och kanske även mer konfliktfyllt än vad man skulle kunna tro.

### 3.3 Juridikens roll i sammanhanget - regler kring offentlig upphandling

I en offentlig reglering av en verksamhet såsom offentlig upphandling (i detta fall EG-direktiv och LOU) behövs regelmässigt vissa rättsliga kriterier för att möjliggöra en prövning av hur offentliga myndigheter utför en upphandling sker i enlighet med vad som är angivet i lagstiftningen eller inte. En upphandling består av flera faser, för varje fas finns ett antal regler, dels ett antal procedurregler om annonsering, tidsfrister, hantering av inkomna anbud, detaljregler om hur man öppnar kuvert, insyn i anbudsöppning, men även regler av annat slag, främst regler av kvalifikationskaraktär vad gäller anbudsgivarna, regler om prövning av anbud (materiella regler). För hantering i nästa instans fordras regler om och kring överprövning av beslut som den upphandlande enheten tar under hanteringen av en enskild upphandling inklusive överprövning av tilldelningsbeslut, rättsföljder vid fel i själva anbudsprövningen samt arbetsfördelningen mellan förvaltningsdomstolar och allmänna domstolar. Regler för prövning av anbud är centrala i ett upphandlingsförfarande.

#### 3.4.1 Kvalifikationsregler

Syftet med kvalifikationsregler är att en upphandlande enhet bara skall behöva pröva anbud från leverantör som på objektiva grunder kan anses klara av att leverera det upphandlingen avser. Med kvalifikationsregler förstås krav som den upphandlande enheten kan ställa på varje anbudsgivare (av objektivitetsskäl måste givetvis samma krav ställas på alla anbudsgivare) avseende anbudsgivarens tekniska förmåga, kapacitet, finansiella ställning.

<sup>59</sup> Med några få undantag är reglerna i LOU (i enlighet med EG-direktiven om offentlig upphandling) riktade mot den upphandlande enheten och anger hur den upphandlande enheten skall förfara i olika moment i genomförandet av en viss upphandling. Man kan på dessa grunder karakterisera LOU som en förfarandelag.

<sup>60</sup> Den upphandlande enhet avgör vilka faktorer som den anser vara relevanta vid utvärderingen av anbuderna. De faktorer som anges och den kravnivå som anges måste dock vara relevant och proportionerlig i förhållande till det upphandlingen avser.

Inom ramen för de kvalifikationskrav som en upphandlande enhet kan ställa är det även möjligt att ställa krav som gäller hur anbudsgivare hanterat förpliktelser mot ”det allmänna” vad gäller skatter och avgifter.

### 3.4.2 Prövningsregler

Anbud skall prövas mot de kriterier avseende egenskaper för varan eller tjänsten som den upphandlande enheten har ställt upp i annonsen och förfrågningsunderlaget. Här finns två huvudvägar, ”lägsta pris” eller ”det mest fördelaktiga anbudet”.<sup>61</sup>

Inom detta område finns flera möjligheter beroende på hur den upphandlande enheten formulerar sig kring vad man vill köpa in, olika formuleringar leder till olika prövningsförfarande, bästa möjliga kvalitet till skillnad från en viss angiven kvalitet leder till olika formuleringar i förfrågningsunderlaget och till olika teknik i prövningsförfarandet.<sup>62</sup> Ett tillsynes självklart urvalskriterium för offentlig upphandling är ”lägsta pris”.<sup>63</sup> I de fall det kan finns utrymme för olika utförande har det accepterats ett prövningsförfarande som benämns ”det mest fördelaktiga anbudet”. I det fall ”det mest fördelaktiga anbudet” används som prövningsform vid tilldelningsbeslutet gäller att det är den upphandlande enheten som avgör vilka faktorer som de anser vara relevanta vid sidan av priset samt även ange vilken vikt de avser att lägga på var och en av faktorerna vid en sammanvägd bedömning.

### 3.4.3 Inte tillåtet med ”fri prövningsrätt”

De kriterier som en upphandlande enhet ställer upp i annonsen och förfrågningsunderlaget måste dock vara så precisa att de är möjliga för anbudsgivarna att använda dem för sina anbud. Detta skiljer sig helt från vad som gällde under upphandlingsförordningens regler, då en upphandlande enhet kunde ange ett antal kriterier för det man ville handla upp och samtidigt ange att man förbehöll sig fri prövningsrätt vid utvärderingen av anbuderna.<sup>64</sup> Fri prövningsrätt står helt klart i motsättning till normala krav på att upphandlingen skall ske affärsmässigt och objektivt och att ingen anbudsgivare skall gynnas framför andra anbudsgivare.<sup>65</sup>

### 3.5.1 Lagen om offentlig upphandling och EG-direktiven om offentlig upphandling

Lagen om offentlig upphandling består av 7 kapitel.<sup>66</sup> De olika kapitlen sammanhänger med olika EG-direktiv. Den Europeiska Gemenskapen har utfärdat skilda direktiv avseende offentlig upphandling av bygg och entreprenader, varor, tjänster samt upphandling inom försörjningssektorn, med för vissa delfrågor något olika regler för upphandling inom olika områden eller ”sektorer” med hänsyn till speciella förhållanden avseende tjänster respektive bygg och entreprenader och varor. Området för varor tjänster och bygg- och entreprenader benämns ibland för den ”klassiska sektorn” i motsats till försörjningssektorn. Direktivet för upphandling inom försörjningssektorn skiljer sig något från de övriga direktiven. De olika direktiven motsvaras i LOU av olika kapitel, ett kapitel för varje direktiv. De olika direktiven innehåller dock en gemensam grundsyn om likabehandling, transparens, konkurrens. Dessutom finns två särskilda rättsmedelsdirektiv avseende offentlig upphandling.

<sup>61</sup> LOU 1 kap 22 §, och motsvarande regler i 6 kap 12 §

<sup>62</sup> LOU 1 kap. 22 § 1 st

<sup>63</sup> LOU 1 kap. 22 § 2 st.

<sup>64</sup> Fri prövningsrätt kan innebära dels att den upphandlande enheten inte kan eller inte vill precisera vad man vill handla upp, dels att man förbehåller sig en möjlighet att utse en leverantör på mer eller mindre subjektiva grunder. Frågan om ”fri prövningsrätt” diskuteras relativt ingående av HD i NJA 1998:873.

<sup>65</sup> För de fall upphandlingen har karaktär av utveckling finns särskilda undantagsregler och för de fall upphandlingen avser formgivning finns särskilda regler för detta. För särskilt komplexa upphandlingar finns undantagsförmån förhandlad upphandling, vilken även den förutsätter att konkurrens mellan olika leverantörer tas tillvara.

<sup>66</sup> LOU presenteras mer utförligt i ett särskilt avsnitt i uppsatsen.

EG-direktiven gäller upphandlingar över vissa för varje direktiv angivet ekonomiskt tröskelvärde.<sup>67</sup> Ett starkt syfte med EG-direktiven om offentlig upphandling är att underlätta samhandel mellan de olika länderna i gemenskapen och EES-området (mer om gemenskapens utveckling från en tullunion till något som ingen vet gränserna för i ett särskilt avsnitt i uppsatsen). Den europeiska domstolen<sup>68</sup> hanterar frågor vad gäller EG-rätten i allmänhet och även avseende offentlig upphandling.

### 3.5.2 Översikt av lagen om offentlig upphandling (LOU)

Det första kapitlet i LOU innehåller vissa definitioner och regler som är gemensamma för hela lagen. I kapitel två finns särskilda regler för upphandling av varor, i kapitel 3 finns särskilda regler för upphandlings bygg- och anläggningsentreprenader. I LOU:s fjärde kapitel finns särskilda regler för upphandlings inom delar av den s.k. försörjningssektorn. I LOU:s femte kapitel finns särskilda regler för upphandling av tjänster och i LOU:s sjätte kapitel finns särskilda regler för upphandling under de i EG-direktiven angivna tröskelvärdena. I LOU sjunde kapitel finns regler om rättsmedel. De huvudsakliga rättsmedlen är överprövning och skadestånd. Överprövning hanteras i de allmänna förvaltningsdomstolarna och skadestandsfrågor i de allmänna domstolarna. Det är bara leverantörer som kan begära överprövning eller driva skadeståndsmål enligt LOU. För upphandling inom försörjningssektorn (enligt 4 kap) finns dessutom två andra rättsmedel medling (7 kap 12 §) och vite enligt 7 kap 2 § 2 st.

I LOU 7 kapitlet 9 § anges även att en särskild myndighet Nämnden för offentlig upphandling (NOU) skall utöva tillsyn över Lagen om offentlig upphandling.<sup>69</sup>

#### 3.5.2.1 Upphandling inom försörjningssektorn

Det finns som nämnt ovan ett särskilt EG-direktiv för upphandling inom försörjningssektorn.<sup>70</sup> Försörjningssektorn utgörs i stor av drift och installation av fasta nät, men även undervisning, hotell- och restaurangtjänster, hälso- och sjukvård samt socialtjänst. I direktivet skiljer man även på verksamheter som man menar är lämpliga för samhandel mellan medlemsländerna och verksamheter som man menar inte är lika lämpliga för detta. De verksamheter som man anser vara lämpliga är förtecknade på en särskild bilaga benämnd bilaga A, det finns även en bilaga B (B-tjänster) vilken innehåller verksamheter där man menar att de direktivet inte omfattar.

Inom försörjningssektorn finns möjlighet för enheter att skapa särskilda leverantörsvälssystem vilket medför att upphandling inom detta område skiljer sig på ett avgörande sätt från upphandling inom de övriga områdena.

I LOU finns reglerna för upphandlings inom försörjningssektorn och verksamhet enligt bilaga A i LOU:s 4:e kapitel vad gäller de verksamheter som är förtecknade på bilaga A. För de verksamheter som finns på bilaga B gäller att de i den svenska nationella rätten har förts in i LOU 6 kap oavsett belopp.

Detta leder till att för upphandling enligt försörjningssektorn så gäller kapitel 4 för verksamheter upptagna på bilaga A under förutsättning att upphandlingen avser en storlek som överstiger det angivna tröskelvärdet, För upphandlingar inom försörjningssektorn som finns på bilaga A, under tröskelvärdet eller bilaga B oavsett belopp så gäller LOU:s kapitel 6.

<sup>67</sup> Tröskelvärdena anges i direktiven i Euro och är något olika för olika direktiv, för upphandling avseende varor och tjänster är gränsen 200 000 Euro och för bygg och anläggningsentreprenader 5 000 000 Euro. De i direktiven angivna beloppen (tröskelvärden) implementerat i svensk rätt genom en särskild förordning där tröskelvärdena uttrycks i Skr. Förordning (2000:63) om tröskelvärden vid offentlig upphandling.

<sup>68</sup> Den europeiska domstolen även benämnd EG-domstolen, ECJ, European Court of Justice

<sup>69</sup> NOU inrättades i samband med att LOU trädde i kraft år 1994. NOU har ägnat sig åt att besvara remisser från andra myndigheter, att på begäran från domstolar yttra sig över olika frågor avseende offentlig upphandling. NOU ger sedan år 1994 ut en informationsskrift (kvartalsvis) i vilken det redovisas aktuella rättsfrågor, lagstiftningsfrågor avseende offentlig upphandling. I redovisningen av rättsfall ingår både rättsfall från EG-domstolen och svenska nationella domstolar.

<sup>70</sup> 93/38/EEG, försörjningsdirektivet

För upphandling enligt 4 kap LOU finns även särskilda rättsmedel i form av medling och granskning.<sup>71</sup>

Då det som är upptaget i förteckningen i Bilaga B omfattar, undervisning, hälso och sjukvård mm sammantaget utgår en betydande del av den offentliga upphandlingen är detta av särskilt intresse.

### 3.6 Centrala begrepp i LOU

Centrala begrepp i LOU är definitionen av vilka som har att tillämpa regelverket 1 kap 5 §, dvs. vilka som är att ses som upphandlande enheter, begreppet affärsmässighet i 1 kap 4 §, reglerna om prövning av anbud i 1 kap 22 § samt reglerna om överprövning 7 kap 1 § och skadestånd 7 kap 6 och 8 §§. Begreppet affärsmässighet finns inte i EG-direktiven avseende offentlig upphandling utan begreppet är hämtat från de tidigare nationella reglerna om offentlig upphandling som fanns i upphandlingsförordningen. (Mer om begreppet affärsmässighet i ett särskilt avsnitt i uppsatsen) (Upphandlingsförordningen och dess föregångare diskuteras nedan).

Enligt i kap 22 § kan upphandling ske antingen genom ”det ekonomiskt mest förmånliga anbudet” 1 kap 22 1 st. eller det anbud med lägst pris 1 kap 22 § 2 st. Frågan om vad som ryms inom begreppet ”det mest fördelaktiga anbudet” har flera dimensioner bl.a. med hänsyn till miljöhänsyn och socialhänsyn. (Detta kommer att diskuteras i ett särskilt avsnitt i uppsatsen.)

1 kap 5 § 2 st. innehåller vidare en genomgång av diverse begrepp som används i LOU. Bland de begrepp som inte nämns i denna genomgång kan nämnas kvalifikationskriterier och tilldelningskriterier.<sup>72</sup>

I övrigt innehåller LOU ett stort antal procedur eller förfaranderegler om annonsering, tidsfrister vid annonsering, hur man öppnar anbudskuvert etc. Syftet med förfarandereglerna är att underlätta insyn i hur en upphandlande enhet hanterar en enskild upphandling. Exempel för förfarande regler är tidsfrist för annonsering samt att annonsen om offentlig upphandling skall anmälas i den europeiska gemenskapens officiella tidning för offentlig upphandling – Official Journal.

#### 3.6.1 Förfaranderegler, materiella regler men även FL och sekretesslagen

LOU innehåller ett betydande antal paragrafer, varav ett betydande antal kan karakteriseras som förfaranderegler, regler om hur man annonser, regler för hur man öppnar anbud, regler för arkivering. De materiella reglerna om prövning av anbud och överprövning är relativt få (och kan vara svåra att hitta bland mängden av paragrafer) Vissa regler som hänger samman med en upphandling finns dock i annan lagstiftning, t.ex. i förvaltningslagen och sekretesslagen.<sup>73</sup> I förvaltningslagen är t ex regler om inkommande handlingar i § 10 aktuella. I sekretesslagen är främst reglerna om anbudssekretess i 6 kap 2 § (regler till skydd för offentliga organ) aktuell samt regler i 8 kap 10 §, (regler till skydd för enskilda).

##### 3.6.1.1 Något om syftet med procedurereglerna

Syftet med de olika procedurereglerna är att säkerställa insyn och transparens i de grundläggande frågorna om anbudsgivarnas möjlighet att konkurrera med varandra på lika villkor, att man annonserar på ett angivet sätt i OFFICIAL JOURNAL sina upphandlingar så att den blir känd är grundläggande för att söka skapa konkurrens mellan olika anbudsgivare,

<sup>71</sup> De särskilda rättsmedlen för upphandling enligt 4 kap LOU finns i 7 kap LOU §§ 2 och 12

<sup>72</sup> Vikten av dessa begrepp förklaras och diskuteras på flera ställen längre fram i uppsatsen

<sup>73</sup> En viktig § i förvaltningslagen i detta sammanhang är 10 § av vilken det framgår när en handling skall anses vara inkommen till en myndighet. Denna fråga är viktig i ett upphandlingsförfarande när de gäller frågan om ett anbud har kommit in i rätt tid, vilket är en absolut förutsättning för att få delta i en anbudsconcurrens.

att kompletterande information till någon eller några av anbudsgivare skall ske med omdöme förefaller självklart, att anbud som kommer in för sent inte ska tillåts delta i anbudsprövningen är kanske en självklarhet, att tidsfristen för lämnande av anbud är tillräcklig för att anbudsgivarna skall kunna utforma sina anbud med omsorg likaså, att hur man öppnar anbud och dokumenterar detta har en viktig funktion att fylla för kontrollerbarheten.

Att prövningen av anbuderna sker i förhållande till annonsen och förfrågningsunderlaget är avgörande för ett materiellt riktigt resultat av upphandlingen, dvs. att det är det anbud som bäst motsvarar det den upphandlande enheten efterfrågat, alternativt det anbud med det lägsta priset som erhåller kontraktet.

### **3.7. Något om upphandlingsformer**

#### **3.7.1 Upphandlingsformer**

I LOU anges olika upphandlingsformer, selektiv upphandling, öppen upphandling samt förhandlad upphandling, (upphandling enligt 6 kapitlet har särskilda beteckningar). Det framgår av skrivningarna kring de enskilda paragraferna att öppen upphandling med offentligt tillkännagivande genom annonsering är tänkt som huvudform, medan selektiv upphandling är tänkt som en undantagsform och förhandlad upphandling bara kan ske efter det att den upphandlande enheten utan framgång sökt få in anbud via öppen eller selektiv upphandling. Annonseringen av upphandlingar enligt LOU kap 2, 3, 4 och 5 skall ske efter vissa i lagen ganska noga angivna förfaranderegler<sup>74</sup>, bl.a. med tillkännagivande i Gemenskapens officiella tidning. Vidare är flera olika upphandlingsförfarande möjliga, något olika vid upphandling av varor, tjänster och entreprenader samt ytterligare något olika vid upphandling enligt 6: kapitlet LOU, dvs. upphandling enligt svenska nationella regler under EU:s tröskelregler. För upphandling enligt 4:e kapitlet, (försörjningssektorn) dvs. främst förhållanden som har med fasta nät, vatten, grundläggande samhällig infrastruktur gäller speciella regler för leverantörers möjlighet att anmäla sitt intresse (anbudssökande) av att komma ifråga vid kommande upphandlingar.

#### **3.7.2 Något om de speciella upphandlingsformerna, selektiv upphandling och förhandlad upphandling**

Upphandlingsformen selektiv upphandling är när en upphandlande enhet istället för att annonsera riktar sig direkt till några leverantörer. Hur många leverantörer som fordras i detta sammanhang har diskuterats och även varit föremål för prövning i EG-domstolen. EG-domstolen har i detta sammanhang angett att det fordras så många anbudsgivare så att konkurrensen mellan anbudsgivarna är säkerställd. I LOU anges antalet till i 1 kap 7 a § till 5-20,<sup>75</sup> Vid förhandlad upphandling med föregående annonsering anges siffran 3 (tre) under förutsättning att det finns tillräckligt många kvalificerade aktörer på marknaden.<sup>76</sup> Förhandlad upphandling<sup>77</sup> är tänkt att användas när upphandlingen gäller så pass komplexa system eller liknade att det är förenat med svårigheter att lämna anbud utifrån en beskrivning i ett förfrågningsunderlag. I en överprövning gällde frågan om den upphandlande enheten hade en skyldighet att förhandla under en förhandlad upphandling.<sup>78</sup> Av kammarrättens dom framgår att detta inte är fallet.

<sup>74</sup> LOU 1 kap 8 –11 §§

<sup>75</sup> Förändringen genomfördes genom prop. 1996/1997:153 Vid selektiv upphandling, Antalet skall bestämmas med hänsyn till arten av det som skall upphandlas.

<sup>76</sup> 2 kap 11 a §, 3 kap 16 § och 5 kap 18 §. Med kvalificerad förstås anbudsgivare som uppfyller kraven på teknisk kapacitet, finansiell kapacitet etc

<sup>77</sup> I de olika kapitlen i LOU finns undantagsbestämmelser som reglerar förutsättningarna för förhandlad upphandling under vissa noga angivna förutsättningar, synnerligen brådska, kompletterande beställningar, inköp från företag med imaterialrättsligt skydd för någon vara eller tjänst 2 kap 11 §, 3 kap 15 §, 4 kap 16 §, 5 kap 17 §. Vid utnyttjande av dessa undantag skall anmälan göras till kommissionen.

<sup>78</sup> Kammarrätten i Sundsvall mål 3441 -03



T ex för arkitektävlingar, finns särskilda procedurregler om utseende av nämnd som skall bedöma anbudena, särskilda regler om denna nämnds arbete, samt särskilda regler om att det vinnande förslaget är option på genomförande/uppförandet av den byggnad som det är frågan om.<sup>79</sup>

Ett annat område för undantag under mycket speciella förutsättningar är möjligheten till förhandlad upphandling, liksom möjligheten till selektiv upphandling. Det utrymme som kan anses finnas för förhandlad upphandling respektive selektiv upphandling är dock mycket begränsat varför det inte finns anledning att beröra detta vidare i detta sammanhang.

Men undantagsreglerna är i övrigt inte i fokus för denna framställning, Det är dock förvirrande för de flesta som söker tillägna sig regelverket i LOU att reglerna i lagen på ett osystematiskt sätt blandar vad som kan betecknas som regler för normalförfarande och regler för undantagssituationer eller speciella situationer

### 3.7.3 Något om undantag

Insprängt i kapitlen i LOU finns vissa undantag, t ex om arkitektävlingar (designtävlingar),<sup>80</sup> etc. För dessa undantag gäller dock dels att förutsättningarna liksom de särskilda procedurerna<sup>81</sup> som gäller för dessa är starkt detaljreglerade vilket enligt min åsikt ger att dessa regler är viktiga att för en praktiker inom området veta var reglerna finns i regelverket, vad de innehåller för särskilda regler procedurmässigt och materiellt

## 3.8 Arbetsfördelning i de svenska domstolarna

De allmänna förvaltningsdomstolarna hanterar frågor kring överprövning av beslut inom ramen för ett upphandlingsförfarande inklusive tilldelningsbeslut medan de allmänna domstolarna hanterar frågor om skadestånd enligt kap. 7 LOU. Inom LOU finns även speciella regler för olika ”undantagssituationer” som formgivningstävlingar, förhandlad upphandling etc. Dessa undantag är noga reglerade med ett antal särskilda regler inklusive särskilda procedurregler och villkoren för att undantagssituationer skall anses vara för handen skall tillämpas restriktivt.<sup>82</sup>

## 3.9. Överprövning

I detta sammanhang är det viktigt att notera att trots att offentlig upphandling handlar om försörjning av varor och tjänster samt entreprenader till offentlig verksamhet så är det bara leverantörer som har möjlighet att begära överprövning av beslut som tas av en upphandlande enhet. Den för svensk offentlig rätt traditionella formen kommunal-besvär finns inte tillgänglig, vilket även uttryckligen anges i en särskild paragraf i lagen, 7:e kap 5 §.<sup>83</sup>

## 3.10 Speciellt om 6 kapitlet LOU

Som nämnts ovan innehåller LOU ett 6 kapitel med särskilda regler avseende offentlig upphandling under de i EG-direktiven angivna tröskelvärdena. LOU:s 6 kapitel innehåller även regler för upphandling inom delar av den s.k. försörjningssektorn, oavsett belopp. Inom försörjningssektorn har gemenskapen angett att vissa områden är mindre lämpade för

<sup>79</sup> LOU 5 kap 28-33 §§

<sup>80</sup> LOU 5 kap 28 §, även 6 kap 18 §

<sup>81</sup> LOU 5 kap 30 –33 §§

<sup>82</sup> Detta kommenteras i bl.a. i Grönboken om offentlig upphandling

<sup>83</sup> En särskild fråga i detta sammanhang är väl hur det allmänna intresset av hur offentlig verksamhet hanterar sina upphandlingsfrågor inte har beaktas. En jämförelse med motsvarande inom miljörätten ger att det i miljöprocessen finns möjligheter för de som har ett intresse som kan anses var direkt berörda i en miljöfråga har givits talerätt liksom vissa noga angivna organisationer verksamma inom miljöområdet .

samhandel mellan medlemsländerna varför det direktiv som om offentlig upphandling som är utfärdat för upphandlingen inom försörjningssektorn inte gäller för vissa områden som är särskilt förtecknade på en lista (lista B).

### 3.10.1 Särskilda nationella regler

LOU:s 6 kapitel innehåller i enlighet med det ovan beskrivna särskilda nationella regler för upphandling under gemenskapens tröskelvärden och för viss upphandling inom försörjningssektorn oavsett värde. Rent lagtextmässigt innehåller LOU:s 6 kapitel dels hänvisningar till §§ 1–6 i lagens 1:a kapitel samt i vissa fall därutöver motsvarande skrivningar som i lagens första kapitel. T ex så har 6 kap 12 § som reglerar hur den upphandlande enheten skall pröva anbud samma skrivning som 1:a kapitlet 22 §. Genom de ovan nämnda hänvisningarna i 6 kapitlet till kap 1- 6 §§ så gäller dels begreppet upphandlande enhet på samma sätt som det är formulerat 1 kap 5 § och dels begreppet affärsmässighet som det är formulerat 1 kap 4 § även för upphandling enligt 6 kapitlet. Reglerna om överprövning och skadestånd med undantag för de speciella reglerna för upphandling inom försörjningssektorn gäller på samma sätt för upphandling enligt 6 kapitlet LOU som för de övriga kapitlen i LOU.

Av naturliga skäl innehåller dock inte 6 kapitlet LOU något krav på att offentlig upphandling enligt detta kapitel skall offentliggöras (annonseras) i gemenskapens officiella tidning för offentlig upphandling.

### 3.10.2 Förfaranderegler även i 6 kapitlet LOU

Dessutom finns i LOU:s 6 kapitel vissa förfaranderegler och vissa speciella regler avseende bl.a. ”lågt belopp” där s.k. direktupphandling under vissa angivna förutsättningar är tillåten. I 6 kapitlet LOU finns även några specialregler avseende upphandling med hänsyn till nationell säkerhet.

Bland de förfaranderegler som kan vara av särskilt intresse kan nämnas att vad gäller tidsfrist för leverantörer att lämna anbud så används i 6 kapitlet LOU begreppet ”skälig tid”<sup>84</sup> medan det i EG-direktiven används noga angivna tidsfrister.

Generellt sätt är dock förfarandereglerna betydligt färre i LOU:s 6 kapitel än i de övriga kapitlen i LOU.

### 3.10.3 Upphandlingsformer i 6 kapitlet LOU

Den huvudsakliga upphandlingsformen i 6 kapitlet LOU benämns förenklad upphandling.<sup>85</sup> Även selektiv och förhandlad upphandling är dock möjlig att genomföra enligt 6 kapitlet LOU, under vissa förutsättningar. Dessutom finns möjlighet till direktupphandling under vissa angivna förutsättningar. År 2002 infördes även upphandlingsformen urvalsupphandling inom ramen för upphandling enligt 6 kapitlet LOU. Förutsättning för urvalsupphandling är att den upphandlande enheten offentliggör upphandlingen i en allmänt tillgänglig för offentlig upphandling avsedd databas. De intresserade leverantörerna anmäler sitt intresse av att få delta i en viss upphandling, den upphandlande enheten skall sedan göra ett objektiva urval avseende vilka leverantörer,<sup>86</sup> vilka erbjuds lämna anbud, av de som har anmält sitt intresse.

Det framgår av skrivningarna kring de enskilda paragraferna att öppen upphandling efter en förändring år 2000 med offentligt tillkännagivande genom annonsering är tänkt som huvudform, medan selektiv upphandling är tänkt som en undantagsform och förhandlad

<sup>84</sup> Numera LOU 6 kap 5 a §

<sup>85</sup> Begreppet Förenklad upphandling diskuteras något i prop. 1993/94:88. sid.22.. Några av remissinstanserna hade invändningar mot benämningen förenklad upphandling sid. 24.

<sup>86</sup> LOU 6 kap 2 c § 3 st. ”Antalet skall bestämmas med hänsyn till arten av det som skall upphandlas och vara tillräckligt stort för att effektiv konkurrens skall uppnås”

upphandling bara kan ske efter det att den upphandlande enheten utan framgång sökt få in anbud via öppen eller selektiv upphandling.

### 3.11 Översikt av rättsmedel i LOU

Rättsmedlen i LOU finns som nämnts ovan samlande lagens 7 kapitel. Frågan om överprövningen initieras av en leverantör (en faktisk eller en möjlig anbudsgivare) två viktiga rättsmedel är rättelse och att upphandlingen skall göras om.<sup>87</sup> En framställning om överprövning från en leverantör kan göras avseende alla beslut av den upphandlande enheten under en upphandlingsprocess. Dock längst till dess ett kontrakt slutits mellan den upphandlande enheten och en leverantör.

Skillnaden mellan rättelse och att upphandlingen skall göras om är den att rättelse är en form av interremistiskt beslut av domstolen.

För upphandling inom försörjningssektorn (enligt 4 kap LOU) finns även de speciella rättsmedlen medling och vite.<sup>88</sup>

Även skadeståndstalan regleras i 7 kap LOU. En leverantör har 1 år på sig att väcka skadeståndstalan från det att kontrakt slutits mellan den upphandlande enheten och en viss leverantör. Skadeståndsmål avgör i de allmänna domstolarna, dvs. tingsrätt, hovrätt och Högsta Domstolen.

Antalet skadeståndsmål i högre instanser är mycket begränsat. Skadestandsreglerna i LOU medförde en del diskussion i den juridiska doktrinen innan några skadeståndsmål hade prövats i HD.<sup>89</sup> Det som diskuterades var om ersättning till en leverantör som kunde visa skadestandsgrund skulle ha rätt till skadestånd enligt principen om det positiva kontraktsintresset<sup>90</sup>, eller enligt principen om det negativa kontraktsintresset. I det första målet om offentlig upphandling som avgjordes i HD utdömdes skadeståndet efter det positiva kontraktsintresset.<sup>91</sup> I ett senare mål, från 2002 bestämde Göta Hovrätt ersättningsnivån efter principen om det negativa kontraktsintresset, efter ett resonemang om rätt till ersättning för onyttiga kostnader.<sup>92</sup>

Det finns även relativt färsk domar från hovrätterna vad gäller skadestånd med anledning av offentlig upphandling, t ex ett mål från juni 2004 Hovrätten för Västra Sverige där en kommun ådömdes skadestånd enligt vad som framgår enligt principen om det positiva kontraktsintresset. Den upphandlande enheten bedömdes ha genomfört en utvärdering i strid med vad man angett i förfrågningsunderlaget.<sup>93</sup>

#### 3.11.1 Bara leverantörer kan begära överprövning

I detta sammanhang är det viktigt att notera att trots att offentlig upphandling handlar om försörjning av varor och tjänster samt entreprenader till offentlig verksamhet så är det bara

<sup>87</sup> LOU 7 kap 2 § rättelse =att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts

<sup>88</sup> 7 kap 12 § respektive 7 kap 2 § 2 st. Observera att upphandling inom försörjningssektorn enligt 6 kap LOU, dvs. sådant som är förtecknat på Bilaga B inte omfattar dessa rättsmedel.

<sup>89</sup> Palm och Riberdahl: Upphandlingslagens skadestandsregler bör ses över SvJT 1996

Wahl N JT 1997/98 Offentlig upphandling och skadestånd – reparation, prevention eller ingendera ? Hellner J Upphandling och skadestånd JT 1998/1999.

<sup>90</sup> Med positivt kontraktsintresse förstås ersättning även för utebliven vinst, med negativt kontraktsintresse förstås ersättning för nedlagda kostnader

<sup>91</sup> NJA 1998:873. I målet NJA 2000:712 (Tvättsvamparna) diskuterar HD utförligt kring frågan om principerna för skadestånd enligt LOU, HD menar i denna diskussion att de finns ett utrymme att utdöma skadestånd efter andra principer än det positiva kontraktsintresset

<sup>92</sup> RH 2002:15 Göta Hovrätt (i domen hänvisas till Jan Hellner och Svante Johansson, Skadestandsrätt, 6 uppl., 2000, s. 475 f. Det negativa kontraktsintresset (ersättning för onyttiga kostnader etc.) är en speciell rättsföljd som bara är möjlig för upphandling inom försörjningssektorn enligt LOU 7 kap 7 paragraf.

<sup>93</sup> Hovrätten för Västra Sverige Mål T 3475-03 daterad 2004-06-01 Göteborgs Stad mot Rederi AB Ishavet Upphandlingen gällde disposition av fartyg för skolundervisning, i anbudsunderlaget hade kommunen angett att fartyget skulle disponeras under 72 dagar och begärt pris för detta antalet dagar samt ett pris för tillkommande dag(ar). I värderingen av anbuderna hade dock den upphandlande enheten genomfört prövningen utifrån 100 dagars användning av fartyget. Detta avsteg från vad man angett i förfrågningsunderlaget bedömde Hovrätten som en tillräcklig avvikelse för att grunda skadestånd.

leverantörer som har möjlighet att begära överprövning av beslut som tas av en upphandlande enhet. Den för svensk offentlig rätt traditionella formen kommunalbesvär finns inte, vilket även uttryckligen anges i en särskild paragraf i lagen, 7:e kap 5 §.<sup>94</sup>

### 3.12 Före LOU

Innan LOU infördes för reglering av den offentliga upphandlingen i Sverige fanns det sedan början av 1900-talet särskilda regler för statlig upphandling genom den s.k. upphandlingskungörelsen. Reglerna i upphandlingskungörelsen skiljde sig dock från senare lagstiftningen bl.a. genom att de dels bara avsåg upphandling för viss statlig verksamhet samt att de även innehöll vissa preferensregler till förmån för inhemsk tillverkning, bl.a. för sådan som tillverkades inom landets fångvårdsinrättningar, för vilka gällde att de kunde avropas direkt utan speciell upphandling.<sup>95</sup> Antalet paragrafer i upphandlingskungörelsen var betydande.

Genom Sveriges anslutning till GATT<sup>96</sup> under slutet av 1940-talet förändrades dock möjligheterna att använda preferensregler till förmån för nationell tillverkning.

#### 3.12.1 Ny upphandlingskungörelse i början av 1970-talet

I början av 1970-talet utreddes den statliga upphandlingen vilket år 1973 resulterade i en ny upphandlingskungörelse.<sup>97</sup> Även denna reglering gällde bara den statliga upphandlingen.<sup>98</sup> Vissa kommuner hade dock börjat utforma egna upphandlingsregler i form av särskilda reglementen för sin upphandling.<sup>99</sup> Den nämnda utredningen samverkade med kommunförbundet vilket ledde till utformningen av ett förslag till ett enhetligt kommunalt upphandlingsreglemente. (normalreglemente) Det kommunala upphandlingsreglementet kunde de enskilda kommunerna anta för de fall den politiska majoritet i en kommun bestämde detta. Det förkom även fortfarande egenhändigt formulerade kommunala upphandlingsreglementen inom vissa kommuner.<sup>100</sup>

I den upphandlingskungörelse som år 1973 beslutades av regeringen fanns bara 25 paragrafer.

#### 3.12.2 Ett försök till kortfattad karakterisering av de svenska nationella reglerna om offentlig upphandling i mitten av 1980-talet

Ett försök att kort karakterisera upphandlingsfrågorna vid denna tid ger att det fanns ett regelverk benämnt upphandlingsförordningen för statlig upphandling. Det fanns dock dels myndigheter som var generellt undantag från regelverket samt att andra myndigheter kunde få dispens från att i enskilda fall tillämpa upphandlingsreglerna i förhållande till arbetsmarknads, regionalpolitiska skäl.<sup>101</sup>

#### 3.12.3 Upphandlingskungörelsen och begreppet affärsmässighet

Det centrala begreppet för hur upphandling skulle hanteras var affärsmässighet. Med detta begrepp menades att den upphandlande enheten skulle genomföra upphandlingen med beaktande av konkurrens samt inte ta ovidkommande hänsyn. I upphandlingskungörelsen

<sup>94</sup> En särskild fråga i detta sammanhang är väl hur det allmänna intresset av hur offentlig verksamhet hanterar sina upphandlingsfrågor inte har beaktas. En jämförelse med motsvarande inom miljöretten ger att det i miljöprocessen finns möjligheter för de som har ett intresse som kan anses vara direkt berörda i en miljöfråga har givits talerätt liksom vissa noga angivna organisationer verksamma inom miljöområdet.

<sup>95</sup> Tanken bakom detta var att billigare än så kunde det inte vara varför det inte kunde anses behövas några särskilda regler kring detta.

<sup>96</sup> General agreement on tariff and trade

<sup>97</sup> Utredningen producerade SOU 1971:88 Offentlig upphandling, Regler och riktlinjer för stat och kommun

<sup>98</sup> Till upphandlingsförordningen fanns tillämpningsföreskrifter utfärdade av RRV.

<sup>99</sup> SOU 1971:88 sid. 17

<sup>100</sup> SOU 1971:88 sid. 17

<sup>101</sup> Dispens kunde efter ansökan beviljas av Kungl. Maj:t.

fanns även särskilda jävsregler. Ett annat centralt begrepp var förfrågningsunderlaget. (som påminner om dagens begrepp) Huvudformen för upphandling i kommunerna var en form av selektiv upphandling, man bjöd in ett antal företag att lämna anbud. Anbud som kom in för sent i förhållande till en angiven tidsgräns kunde prövas på samma villkor som andra anbud om den myndighet som handlade upp fann skäl för detta. Upphandling skedde antingen i form av lägsta pris eller det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. När det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet angav var nollställningen av anbudet.<sup>102</sup> Det avgörande för vilket anbud som skulle ”ta hem upphandlingen” (mer om nollställning i det följande). Vad gäller procedur eller förfaranderegler innehöll reglerna i upphandlingskungörelsen en detaljerad reglering kring hur anbudsöppning skulle gå till.<sup>103</sup> (med kontrollsignering av anbudshandlingar etc.).

### **3.12.3.1 Ingen möjlighet att överklaga statliga upphandlingsbeslut**

Det är viktigt att notera att statliga upphandlingsbeslut enligt upphandlingskungörelsen inte kunde överklagas. Att beslut avseende statlig upphandling inte kunde överklagas medförde att det inte finns någon rättspraxis från denna tid med undantag för upphandling som kommuner<sup>104</sup> gjorde enligt ett av respektive kommunfullmäktige antagit upphandlingsreglemente (enligt ovan) Kommunala upphandlingsbeslut kunde överklagas enligt reglerna för kommunalbesvär.<sup>105</sup>

### **3.12.4 Från upphandlingskungörelsen till upphandlingsförordningen**

Under 1980-talet kom upphandlingskungörelsen att förändras något, dels 1980 dels 1986, Antalet paragrafer minskades genom att vissa mer allmänt förvaltningsrättsliga paragrafer ströks i denna speciallagstiftning till förmån för motsvarande reglering i förvaltningslagen, t ex reglerna om jäv.<sup>106</sup> En av förändringarna år 1980 var att regelverket bytte namn från upphandlingskungörelsen till upphandlingsförordningen.

## **3.13 Upphandling över och under gemenskapens tröskelvärden**

När Sveriges anslutning till den gemensamma marknaden via ett EES-avtal förberedes under början av 1990-talet diskuterades hur man skulle hantera upphandling under de tröskelvärden som fanns i EG-direktiven om offentlig upphandling. Att man hade att implementera EG-direktiven var utom diskussion, men hur skulle man hantera upphandling under de tröskelvärden som fanns i de olika direktiven. Lösning på denna fråga blev att man så småningom i förslaget till lag om offentlig upphandling införde ett särskilt kapitel med svenska nationella regler som skulle gälla under tröskelvärden.

### **3.13.1 Avsikten med de nationella reglerna i 6 kapitlet LOU**

Av den aktuella propositionen går att utläsa att avsikten var att lagstiftaren menade att det var en fördel att all offentlig upphandling i Sverige reglerades i ett och samma regelverk till skillnad om man skulle infört dels en lag om offentlig upphandling över de av EG-direktiven angivna tröskelvärden och dels behålla upphandlingsförordningen och dessa regler för upphandling under tröskelvärdena och för upphandling inom de delar av försörjningssektorn

<sup>102</sup> Ordet Nollställning förekommer dock inte i SOU 1971:88 däremot diskuteras på sid. 146 i denna prop. frågan som sådan. Ordet nollställning förekommer inte heller i RRV:s anvisningar till Upphandlingsförordningen. I den första skrivningen av LOU förs begreppet nollställning in i 1 kap 21 § i en text som avhandlar frågor kring komplettering av anbud och senare även i tillämpning av 6 kap 7 § genom en hänvisning till 1 kap 21 i prop. 1993/94:78 sid. 33. Begreppet nollställning utmönstras sedan ur LOU genom prop. 1995/1996:165 sid. 16

<sup>103</sup> I upphandlingsförordningen (1986:366) i 7 § samt i Riksrevisionsverkets föreskrifter (1986:612) anmärkning till 5 § och 7 § De nuvarande reglerna om anbudsöppning i LOU 1 kap 20 § är relativt utförliga.

<sup>104</sup> I de allmänt tillgängliga databaserna för äldre rättsfall t ex Infoplex finns en handfull domar avseende kommunala upphandlingar.

<sup>105</sup> Kommunalbesvär har numera beteckningen laglighetsprövning enligt kommunallagen kap 10.

<sup>106</sup> Dessa regler finns i FL (förvaltningslagen § Det finns även särskilda regler om jäv i kommunallagen

som inte omfattades av EG-direktivet om offentlig upphandling inom denna sektor.<sup>107</sup> Ett motiv till att samla reglerna för offentlig upphandling i samma regelverk var även att anslutningen till den gemensamma marknaden innebar att även kommunerna skulle komma att betraktas som upphandlande enheter på samma sätt som statliga myndigheter.<sup>108</sup> Av prop. 1993/94:78 går även att utläsa att avsikten var att mer eller mindre flytta över regelverket från upphandlingsförordningen till ett särskilt kapitel avseende nationell upphandling i LOU.<sup>109</sup>

Det är värt att särskilt notera att reglerna om prövning av anbud i 6 kapitlet LOU (6 kap 12 §) är likalydande med motsvarande regler i 1 kap 22 § som reglerna om prövning av anbud för upphandling enligt de övriga kapitlen i LOU. I prop. 1993/94:78 motiverades detta med att det skulle vara svårt för de upphandlande enheterna att hantera skilda regler för prövning av anbud beroende på om upphandlingen genomfördes enligt 6 kapitlet LOU eller något av de övriga kapitlen i LOU.<sup>110</sup>

Enligt en informationsbroschyr framställd av NOU ”Kort om LOU och NOU”, menade NOU att reglerna i 6 kapitlet fortfarande i jan år 2001 skulle tolkas i enlighet med upphandlingsförordningen.<sup>111</sup> (denna syn kommer att diskuteras närmare i ett senare avsnitt i uppsatsen).

En noterbar skillnad mellan upphandlingsförordningen och normalreglementet för kommunerna var att beslut enligt upphandlingsförordningen skulle dokumenteras medan normalreglementet föreskrev att beslut skulle antecknas.<sup>112</sup>

Frågan om transparens i en upphandlingsprocess var under upphandlingsförordningens tid en fråga om att en representant från en handelskammare skulle på begäran från någon av anbudsgivarna kunna närvara vid anbudsöppningen enl. 7 § upphandlingsförordningen. Denna regel fördes sedan vidare in i LOU i 1 kap 20 §

### **3.14 Skillnad mellan LOU och upphandlingsförordningen (och de kommunala upphandlingsreglementena)**

Den största formella skillnaden mellan upphandlingsförordningen, de kommunala upphandlingsreglementena och LOU är att LOU är en tvingande lagstiftning.<sup>113</sup> För reglerna i Upphandlingsförordningen gällde dels att vissa myndigheter var undantagna<sup>114</sup> dels att ”Kungl. Maj:t” kunde efter ansökan besluta om att upphandlingsförordningen inte skulle tillämpas av sysselsättningspolitiska eller regionalpolitiska skäl.<sup>115</sup>

En stor skillnad mellan LOU och vad som gällde enligt upphandlingsförordningen är att LOU omfattar all offentlig inköpsverksamhet dvs. för statliga inköp, även inköp som göras av kommuner och landsting.<sup>116</sup> I LOU finns (i enlighet med EG-direktiven om offentlig

<sup>107</sup> Frågan om regler för upphandling under direktivens tröskelvärden tas upp i prop. 1992/1993:88 i vilken lagstiftaren att det framstår som viktigt att regler för all upphandling samlas i en och samma lag men att frågan behöver utredas närmare. I prop. 1993/94: 78 presenteras sedan förslag till svenska nationella regler för offentlig upphandling under tröskelvärden.

<sup>108</sup> Prop. 1993/94:78 s.16

<sup>109</sup> Prop. 1993/94:78 s.16

<sup>110</sup> Prop. 1993/94:78 s.16

<sup>111</sup> Broschyren Kort om LOU och NOU finns i Pdf-format för nedladdning på NOU:s internethemsida. I den version av broschyren som idag finns för nedladdning är den ovan nämnda karakteriseringen av reglerna i 6 kapitlet LOU ändrad. Även i Hintze och Sylvans lagkommentar till lagen om offentlig upphandling uttrycks motsvarande syn s 396

<sup>112</sup> Prop. 1973:73 sid.

<sup>113</sup> Kanske inte enbart kuriosita att LOU infördes i den blå lagboken från och med år 1995.

<sup>114</sup> Myndigheter som var undantagna från upphandlingsförordningen var

<sup>115</sup> Framställningen här grundad på SOU 1971:88 och prop. 1973:73. Namnet var fram till 1980 Upphandlingskungörelse Upphandlingsförordningen förändrades dock genom år 1983 och sfs 360 år 1986 avseende vissa i detta sammanhang mindre intressanta frågor

<sup>116</sup> Av förarbetena till 1973 års förordning om statligt upphandlingsreglemente, upphandlingskungörelse (SOU 1971:88) framgår att Upphandlingskommittén som utarbetade det nya förslaget till statligt upphandlings-

upphandling) i jämförelse med upphandlingsförordningen ett betydande antal procedurregler. Syftet med procedurreglerna är att underlätta insyn i hur den upphandlande enheten genomför en upphandling. Upphandlingsförordningen gällde för statliga inköp. Kommunerna kunde på frivilliga grunder anta ett upphandlingsreglemente,<sup>117</sup> däremot kunde sammanslutningar av kommuner inte anta något reglemente för sin inköpsverksamhet.<sup>118</sup>

### 3.14.1 Samma grundfrågor

Helt naturligt omfattar både upphandlingsförordningen och LOU till del samma frågor i förhållande till inköp och upphandlingsfrågor även om de hanteras på olika sätt, upphandlingsförordningen innehöll dock endast 25 paragrafer.<sup>119</sup>

Det finns olika upphandlingsformer, med möjlighet att använda selektiv och allmänt tillkännagivande (inbjudan respektive annonsering), men även intagande av ”anbud” ”under hand” samt ett mycket begränsat utrymme för ”direktupphandling”. Det finns procedurregler, även om procedurreglerna i upphandlingsförordningen var färre<sup>120</sup> än procedurreglerna i LOU, dessutom har de olika procedurreglerna i LOU det uttalade syftet att möjliggöra transparens till förmån för de olika anbudsgivarna i den upphandlande enhetens hantering av en upphandling. Det finns regler om prövning av anbud,<sup>121</sup> även om reglerna i LOU är mer utförliga än vad som fanns i upphandlingsförordningen. En betydelsefull skillnad mellan upphandlingsförordningen och LOU gäller rättsmedel.

### 3.14.2 Om upphandlingsformer

I prop.1992/93:88 diskuterar man vissa begrepp i anslutning till 1 kap 5 § 2 st. Av intresse i detta sammanhang är väl dels att lagstiftaren konstaterar att utrymmet för förhandlad upphandling<sup>122</sup> enligt LOU kommer att bli betydligt mindre än vad som gällt dittills (dvs. enligt upphandlingsförordningen) beroende på att förhandlad upphandling enligt EG-direktiven bara skulle kunna användas sedan man först försök att använda de andra upphandlingsformerna utan framgång och att detta dessutom skulle tillämpas restriktivt.<sup>123</sup> Vad gäller begreppen i första kapitlet 5 § så hänvisas i prop.1992/93:88 till diverse EG-direktiv om offentlig upphandling, utom när det gäller definitionen av förfrågningsunderlaget där man hänvisar till upphandlingsförordningen.<sup>124</sup>

### 3.15.3 Stor skillnad vad gäller rättsmedel

---

reglemente samverkade med kommunförbudet när det gällde att utforma ett normalreglemente för de kommuner som önskade införa ett eget kommunalt upphandlingsreglemente med detta normalreglemente som förebild. Av vad som framgår i denna utredning förekom även att vissa kommuner hade egna upphandlingsreglementen. Att det finns ett förarbete i form av SOU och prop. till en förordning är inte helt självklart. En förordning beslutas av regeringen, till skillnad från en lag vilken beslutas av riksdagen.

<sup>117</sup> De flesta kommunerna antog efterhand ett upphandlingsreglemente.

<sup>118</sup> En del av kommunernas och landstingen upphandlingsverksamhet bedrivs i särskilda upphandlingsbolag som genom den reglering av upphandling som fanns inte behövde tillämpa några upphandlingsregler för sin inköpsverksamhet.

<sup>119</sup> Den senaste versionen (1986:366) innehöll bara 17 paragrafer. (6 kap LOU innehöll till en början 17§).

<sup>120</sup> Vissa procedurregler i upphandlingsförordningen och RRV:s tillämpningsföreskrifter var mycket detaljerade t ex hur man öppnar kuvert med anbud i och hur man i samband med detta sätter signatur på handlingarna.

<sup>121</sup> En vanlig placering av hur anbud skulle prövas var i § 5 i upphandlingsreglementen

<sup>122</sup> Av rättsfallet R78 2:38 framgår indirekt att förhandlad upphandling medförde möjligheter för den upphandlande enheten att förändra förutsättningarna under förhandlingen bara man iaktog kravet på att beakta konkurrens etc.

<sup>123</sup> Prop. 1992/93:88 s 42

<sup>124</sup> Prop. 1992/93:88 s 62

Enligt upphandlingsförordningen som tillämpades av statliga myndigheter fanns inga rättsmedel överhuvudtaget<sup>125</sup>, (detta är uttryckligen angivet i förordningens 24 §).<sup>126</sup> Enligt de kommunala upphandlingsreglementena var bara kommunalbesvär möjligt att använda med de begränsningar som detta rättsmedel har.

Vad som kunde anföras besvär mot var även beroende på hur den aktuella kommunen hade skrivit i sitt upphandlingsreglemente.<sup>127</sup> Att besvärmöjligheten enligt upphandlingsförordningen var begränsad till kommunalbesvär medförde att det finns bara en handfull rättsfall från högre instans om upphandlingsförordningen och då enligt de kommunala upphandlingsreglementena. Enligt LOU finns både möjlighet att begära överprövning av alla beslut som en upphandlande enhet tar under upphandlingsprocess och möjlighet att väcka skadeståndstalan. En skillnad är även att det bara är leverantörer som kan väcka talan enligt LOU, ej kommuninnevånare vilka då som nu är taleberättigade för kommunalbesvär.

Den svenska implementeringen av EG-direktiven om offentlig upphandling vid införandet av LOU både i allmänhet och avseende rättsmedlen kan dock helt klart betecknas som bristfällig, mer om detta i det följande.

### 3.15.4 Skillnad i prövning av anbud

Enligt upphandlingsförordningen (och de kommunala upphandlingsreglementen skulle upphandlingen och prövningen av anbud utföras affärsmässigt och det mest ekonomiskt fördelaktiga anbudet (med beaktande av alla relevanta faktorer) skulle antas, vad som kunde anses vara relevanta faktorer fick avgöras från fall till fall).

Enligt LOU gäller fortfarande begreppet affärsmässighet enligt 1 kap 4 §, men när det gäller prövning av anbud skall enligt 1 kap 22 § (respektive 6 kap 12 §) antingen det mest ekonomiskt fördelaktiga anbudet enligt de kriterier som den upphandlande enheten ställt upp 1 kap 22 1 st. eller det anbud med lägst pris 1 kap 22 § 2 st. (motsvarande skillnad i 6 kap 12 § 1 och andra st.)

Tolkningen av skrivningen 1 kap 22 § 1 st. avseende ”det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet” skiljer sig bedömningsvis från upphandlingsförordningens ”det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet”. Av några domar i EG-domstolen framgår att det för denna form att genomföra upphandlingar varje kriterium skall anges, helst även rangordnas men även att den skall utvärderas självständigt för att sedan vägas ihop med de övriga variablerna varav priset vanligen är en variabel. I upphandlingsförordningen (och de kommunala upphandlingsreglementenas) tidevarv var den stora metoden för prövning av anbud den s.k. nollställningen av anbuden,<sup>128</sup> vilken dels gjordes för att identifiera oklarheter, orenheter i anbuden, reservationer (orenheter i anbuden) men vars huvudsyfte var att utifrån prövningsgrunden det mest ekonomiskt fördelaktiga anbudet söka omvandla diverse mjuka eller hårda variabler till ekonomiska värden för att få fram en total kostnad för varje anbud.

<sup>125</sup> När frågan om besvärsmöjlighet diskuterades i 1946 års upphandlingskommitté som lämnade sitt förslag i början av 1950-talet menade man i huvudsak att det inte kunde finnas några behov av rättsmedel gentemot statlig upphandling då man kunde förutsätta att hanterades av personal med erforderlig utbildning och erfarenhet. För de fall regler skulle utarbetas för kommuner menade man dock att det kunde finnas behov av rättsmedel.

<sup>126</sup> Ett centralt begrepp i upphandlingsförordningen var ”affärsmässighet”. Den upphandlande myndigheten skulle anta det mest fördelaktiga anbudet, i senare versioner ”det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet”. I utredningarna diskuterades vad som skall förstås med ”det mest fördelaktiga anbudet”, man framhåller att detta dock bara kan avgöras i det enskilda fallet. Då beslut enligt upphandlingsförordningen inte kunde överklagas av någon saknas givetvis rättsliga prövning kring hur statliga myndigheter hanterade begreppet affärsmässighet.

<sup>127</sup> Av regeringsrätten domar framgår att man vid prövning av besvärsfall enligt upphandlingsförordningen första hade att konstatera hur den aktuella kommunen hade formulerat sitt upphandlingsreglemente, därefter pröva det kritiserade förfarande mot kommunens antagna reglemente.

<sup>128</sup> Som nämnts i tidigare fotnot förekommer ordet nollställning inte i SOU 1971:88 eller i RRV:s anvisningar till upphandlingsförordningen.



Den i dag aktuella skrivningen i 1 kap 22 § 1 st. och 6 kap 12 §1 st. LOU uttrycks på samma sätt som i upphandlingsförordningen (i den svenska översättningen)- det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Men av rättsfall i EG-domstolen framgår att det metod som används av domstolen inte är omvandling av kvalitativa kriterier till ekonomiska värden utan varje variabel bedöms efter en egen kvalitativa skala som den upphandlande enheten skall ange i annonsen och/eller förfrågningsunderlaget/ anbudshandlingarna. Denna kvalitativa skala skall dessutom uppfylla kravet på transparens och kravet på proportionalitet.

Att bedöma varje variabel utifrån sina egna villkor för att sedan väga ihop de olika variablerna till en total (poängsumma) för jämförelse är något helt annat än att söka omvandla olika kvalitativa variabler till ekonomiska värden.

### **3.15.5 Skillnad mot Upphandlingsförordningen**

Reglerna i 6 kap LOU skiljde sig från upphandlingsförordningen på det sättet att det dels inte fanns någon möjlighet för den upphandlande enheten att skönmässigt ta med för sent inkomna anbud i prövningen av anbud, att det fanns en tydlig koppling till reglerna om överprövning och skadestånd i LOU:s 7 kapitel.<sup>129</sup> Antalet förfaranderegler är betydande i LOU (allt i enligt med EG-direktiven). Syftet med förfarandereglererna är att möjliggöra insyn i hur den upphandlande enheten hanterar en konkret upphandling. Alla beslut som en upphandlande enheten tar under ett upphandlingsförfarande kan vara föremål för överprövning i förvaltningsdomstol. Det är viktigt att notera att det enligt LOU inte är den upphandlande enheten som självständigt avgör om den uppfyller förfarandereglererna.

I detta sammanhang är det även relevant att nämna att för upphandling enligt upphandlingsförordningen kunde den myndighet som genomförde en upphandling även förbehålla sig ”fri prövningsrätt” av de inkomna anbuden, vilket inte är tillåtet enligt lagen om offentlig upphandling.<sup>130</sup>

<sup>129</sup> I den lagkommentar till LOU som Hintze och Sylvan gav ut 1996 framhåller man att 6 kapitlet LOU skall tolkas i förhållande till den tidigare gällande upphandlingsförordningen s 406. Motsvarande skrivning fanns fram till oktober 2002 i NOU:s skrift ”kort om LOU och NOU”.

<sup>130</sup> Fri prövningsrätt diskuteras bl.a. i RÅ 82 2:30 Av sammanhanget framgår att begreppet fri prövningsrätt förekom i de kommunala upphandlingsreglementena.

## 4 EG-rätt och nationell rätt

Sverige är sedan 1994 ansluten till den europeiska gemenskapen/unionen. Ur juridisk synvinkel medför detta att rättsutvecklingen i Sverige inom många områden är beroende av rättsutvecklingen inom gemenskapen. Den grundläggande rättsakten inom EG/EU är fördraget. Det första fördraget tillkom 1957 – Romfördraget<sup>131</sup> som innehöll regler om avvecklande av tullar mellan medlemsländer inom gemenskapen och en gemensam jordbrukspolitik. I syfte att genomföra tullavvecklingen innehöll det ursprungliga fördraget även förbud mot åtgärder med samma verkan som tullar, förbud mot kvantitativa restriktioner, åtgärder med motsvarande verkan som kvantitativa restriktioner etc. Ett central begrepp under gemenskapens första årtionden (och fortfarande) är den gemensamma marknaden vilken brukar karakteriseras med begreppet de fyra friheterna, fri rörlighet för varor, tjänster, arbetskraft och kapital. Det första fördraget har ersatts med nya fördrag med beteckningar efter den ort där förhandlingarna hölls, Maastrichtfördraget,<sup>132</sup> Amsterdamfördraget<sup>133</sup> och Nicefördraget.<sup>134</sup> Inom EG utfärdas även rättsakter i form av direktiv och förordningar. Direktiv skall implementeras i de olika medlemsstaternas rättsordningar medan förordningar gäller direkt.

### 4.1 EG-domstolens roll

För att hantera konflikter mellan de olika medlemsländerna och mellan medlemsländerna och EG-kommissionen inrättades en särskild domstol, den europeiska domstolen med säte i Luxemburg.<sup>135</sup> Domstolen hanterar dels frågor om fördragsbrottstalan<sup>136</sup>, ofta mellan kommissionen<sup>137</sup> och ett eller flera medlemsländer, dels förhandsavgöranden<sup>138</sup> efter begäran från någon nationell domstol i ett av gemenskapens medlemsländer.<sup>139</sup> EG-domstolens roll vad gäller förhandsavgöranden är att uttolka fördraget och andra rättsakter utfärdade av någon av gemenskapens institutioner.<sup>140</sup> Det är sedan den nationella domstolen som avgör den faktiska rättstvisten.

Under den första tiden (dvs. från och med början av 1960-talet) spelade den europeiska domstolen en betydande roll att via rättspraxis föra integrationen mellan medlemsländerna framåt.<sup>141</sup> Denna utveckling är beskriven ett antal gånger varför det i detta sammanhang bara skall redovisas i korthet.<sup>142</sup> Genom domar i ECJ slog domstolen fast principen om EG-rättens företräde framför nationell rätt,<sup>143</sup> om spärrverkan av direktiv,<sup>144</sup> om direkt effekt av

<sup>131</sup> De ursprungliga medlemmar var Tyskland, Frankrike, Italien, Holland, Belgien och Luxemburg.

<sup>132</sup> Genom Maastrichtfördraget år 1997

<sup>133</sup> Genom Amsterdamfördraget (i kraft 1 maj 1999) skedde även en ny numrering av artiklarna i EG-fördraget

<sup>134</sup> Nicefördragets principiella innebörd är att förbereda EG/EU för 10 nya medlemsstater 2004

<sup>135</sup> Domstolens roll anges i artikel 220 i Fördraget. Antalet domare och domstolens arbetsformer i domsten i artikel 221. I artikel 222 anges Generaladvokaterna och deras roll i domstolen.

<sup>136</sup> Fördragsbrottstalan regleras i artikel 226 och artikel 227, Förhandsavgörande regleras i artikel 234. Även en medlemsstat kan väcka talan om fördragsbrott mot en annan medlemsstat. (artikel 227)

<sup>137</sup> EG-kommissionen betecknas ofta som fördragets väcktare.

<sup>138</sup> Artikel 234 (tidigare artikel 177) i EG-fördraget.

<sup>139</sup> Varje nationell domstol har möjlighet att vända sig till EG-domstolen med en begäran om förhandsavgörande avseende tolkning av någon av gemenskapens rättsakter eller om en nationell rättsakt eventuellt kan strida mot EG-rätten. De nationella slutinstanserna anses ha en skyldighet att begära förhandsavgörande från EG-domstolen såvida den inte den nationella domstolen menar att frågan är klar och tydlig t ex regeringsrätten i RR 1996 ref 50

<sup>140</sup> EG-domstolens domar finns tillgängliga på internetadressen <http://curia.eu.int> Domar från EG-domstolen betecknas med C (curia) följt av ett målnummer och ett årtal t ex 99 för år 1999

<sup>141</sup> Berntiz Ulf och Kjellgren Anders, Europarättens grunder 2 upplagan

<sup>142</sup> Mancini och Pescatore anförda artiklar.

<sup>143</sup> C- 26/62 Vand Gend en Loos, C – 6/ 64 Costa vs ENEL

<sup>144</sup> C-129/96, Inter-Environnement Wallonie ASBL mot Région Vallonne

direktiv, indirekt effekt, statsskadestånd etc.<sup>145</sup> Dessa domar tillkom genom begäran om förhandsbesked från nationella domstolar.

## 4.2 EG-direktiv

En central roll i EG-samarbetet utgörs av harmoniseringen av ländernas lagstiftning utgörs av direktiv från kommissionen och/eller rådet.<sup>146</sup> Ett direktiv kan bäst beskrivas som att något skall genomföras eller uppnås, det är sedan upp till varje medlemsstat att själva avgöra hur detta skall ske.<sup>147</sup> I vissa fall kan en medlemsstat komma fram till att befintlig nationell lagstiftning uppfyller de krav på regler som finns i ett visst EG-direktiv och behöver då inte göra någon förändring i sin nationella lagstiftning.

En särskild fråga i detta sammanhang är sedan om direktivet möjliggör en strängare nationell lagstiftning eller inte, detta beror på enligt vilken artikel i fördraget som ett visst direktiv är utfärdat under.<sup>148</sup>

Även inom områden som inte är harmoniserade har EG-domstolen påverkat rättsutvecklingen genom att utifrån principen om icke-diskriminering utveckla doktrinen om ömsesidigt erkännande och möjlighet till vissa begränsade undantag från denna princip genom doktrinen om ”rule of reason” (tvingande hänsyn).<sup>149</sup>

### 4.2.1 Direkt effekt

En annan viktig frågeställning är frågan om direkt effekt av EG-direktiv, denna fråga har sin grund och näring i det enkla förhållande att medlemsstaterna har en skyldighet i att implementera direktiven i den egna nationella lagstiftningen inom en viss tid och för de fall de inte gör detta eller gör det på ett otillfredsställande sätt skall de inte dra fördel av sin egen missgärning (allt enligt den från engelsk rätt införda estoppelprincipen) – därav direkt effekt av direktiv.<sup>150</sup>

Kommissionen (eller någon annan medlemsstat) kan väcka fördragsbrottstalan mot en medlemsstat (inför EG-domstolen) som inte implementerar ett direktiv i rätt tid eller på rätt sätt.<sup>151</sup>

Inom området för offentlig upphandling finns flera exempel på att kommissionen på ovanstående grunder riktat fördragsbrottstalan mot medlemsstater.<sup>152</sup>

Enskilda som lider förluster av att ett direktiv inte är implementerat i rätt tid eller på felaktigt sätt kan under vissa förutsättningar erhålla statsskadestånd från den medlemsstat som brutit i detta avseende enligt Frankovitchprincipen.<sup>153</sup>

EG-domstolens roll är att tolka fördraget och övriga rättsakter som gemenskapen utfärdat. Mål kan komma till EG-domstolen på två sätt, antingen som en talan om fördragsbrott vanligen från kommissionen men även från en annan medlemsstat. Det andra sättet är en begäran om ett förhandsavgörande från en nationell domstol i någon av gemenskapens medlemsländer. Vid förhandsavgöranden avgör EG-domstolen inte den faktiska rättstvisten,

<sup>145</sup> Costa vs ENEL, Van Gend en Loos, C – 6 & 9/90 Francovich (Andrea) och Bonifaci (Daniella) v Italy

<sup>146</sup> Bernitz U och Kjellgren Anders Europarättens grunder 2 uppl.

<sup>147</sup> I rättsmedelsdirektiven avseende offentlig upphandling anges att överprövning skall hanteras av ett oberoende organ, vilket kan vara en domstol som i Sverige eller administrativa myndigheter som den danska konkurrensstyrelsen.

<sup>148</sup> Denna fråga handlar om kompetenser, kompetensfördelning mellan EG & EU och medlemsstaterna. I artikel 95 EGF regleras aspekter av detta.

<sup>149</sup> En av EG-domstolens principer från C – 120/78 Rewe-Zentrale AG (Cassis de Dijon)

<sup>150</sup> Direkt effekt under vissa förutsättningar, en klar och tydlig regel och ovillkorlig så att det går att utläsa rättigheter för enskilda

<sup>151</sup> Enligt artikel 226 respektive artikel 227 i fördraget EEG

<sup>152</sup> C – 312/96 Kommissionen mot Frankrike, C341/96 Kommissionen mot Tyskland, C – 43/97 Kommissionen mot Italien, C-439/99 Kommissionen mot Italien, C- 439/00 Kommissionen mot Frankrike

<sup>153</sup> Frankovitchprincipen har fått sitt namn efter EG-domstolens dom i förhandsavgörandet C – 6 & 9/90 Francovich (Andrea) och Bonifaci (Daniella) v Italy. Frågan gällde ett direktiv avseende arbetstagares rätt till lönegaranti vid arbetsgivarens konkurs

däremot tolkar domstolen relevant EG-rätt till vägledning för den nationella domstol som begärt förhandsavgörandet. I EG-domstolen förbereds ett mål av en kvalificerad jurist (Generaladvokat) Generaladvokaten avger ett skriftligt yttrande vilket innehåller förutom förslag till avgörande även en genomgång av relevanta rättsakters tillkomsthistoria och syfte.<sup>154</sup>

Att dessa domar i ECJ har fått den betydelse som de har kan bäst förklaras av att de accepterades i det sociopolitiska spelet mellan medlemsstaterna i gemenskapen.<sup>155</sup>

Även frågan om direkt effekt av icke-implementerat direktiv om offentlig upphandling har behandlas av EG-domstolen i bl.a. *EvoBus Austria mot Niderösterreichische Verkeherorganisations GmbH*<sup>156</sup> I pkt 21 i domen hänvisar domstolen bl.a. till domstolens tidigare domar i *Francovich*; *Dillenkoffer*. Domstolen nämner även i samma pkt. Att nationella bestämmelser som inte kan tolkas på ett sätt som överensstämmer med direktiv 92/13 kan de berörda i enlighet med lämpliga förfaranden enligt nationell rätt begära ersättning för de skador som har orsakats av att direktivet inte har införlivats inom den föreskrivna fristen, (s.k.indirekt effekt av direktiv).

<sup>154</sup> En dom från EG-domstolen förstås bäst om den studeras tillsammans med generaladvokatens yttrande.

<sup>155</sup> Mancini och Pescatore har i sina artiklar, *The making of a Constitution for Europe* respektive *the doctrine of direct effect; an infant disease of community law* betydelsen av att ett antal nationella domstolar vände sig till ECJ med begäran om förhandsbesked. I teorin skall ECJ inte skapa rätt utan tolka gemenskapsrätten.

<sup>156</sup> C -111-97 *EvoBus Austria mot Niderösterreichische Verkeherorganisations GmbH*

## 5 Kort om utvecklingen av EG-rätten avseende offentlig upphandling

EG-fördraget innehåller inget uttryckligt om offentlig upphandling, däremot innehåller fördraget vissa principer som utgör grund för utformning av en gemenskapspolitik inom detta område, dels principen om icke-diskriminering, likabehandling, förbud mot åtgärder med motsvarande verkan som tullar, förbud mot kvantitativa restriktioner och förbud mot åtgärder med motsvarande verkan som kvantitativa restriktioner, nuvarande artiklar 3, 25 och 28 i EG fördraget.<sup>157</sup>

Av vad som framgår i gemenskapens egen historieskrivning var nationella regler med protektionistiskt syfte vanligt när det gällde att förse ”det allmänna” med varor och tjänster under denna tid. I texter från gemenskapen omnämns att bara ett par procent av offentlig upphandlingar involverar anbudsgivare från något annat medlemsland

### 5.1 General programs (för den gemensamma marknaden)

Under 1960-talet beslutade EG om ett par ”General programs” avseende den gemensamma marknaden. I dessa General programs fanns skrivningar om kring offentlig upphandling. Centralt i dessa var frågan om att underlätta samhandel mellan medlemsstaterna och icke diskriminering inom gemenskapen vid offentlig upphandling. Statistiska undersökningar visade att det vid offentlig upphandling bara var en bråkdel av kontrakten som tillföll anbudsgivare från ett annat medlemsland. De hinder för ökad samhandel inom området för offentlig upphandling som man uppmärksammade vid denna tid var protektionistiska inslag i de olika medlemsstaternas nationella lagstiftning. Dessa rekommendationer medförde dock inte den effekt som man hade tänkt sig.

### 5.2 Det första direktivet för offentlig upphandling

I början av 1970-talet kom det första direktivet avseende offentlig upphandling vilket omfattade upphandling av byggentreprenader.<sup>158</sup> I direktivet angavs dels vissa procedurregler kring upphandlingsförfarandet, dels ekonomiska tröskelvärden. I detta direktiv angav även möjliga upphandlingsformer samt att det var önskvärt att man annonserade upphandlingarna för att göra dem mera kända i en större krets.

Tröskelvärdenas funktion var att ange gränsen för det område där direktivet var tillämpligt. Några år senare under 1970-talet tillkom ett särskilt direktiv för upphandling av varor.<sup>159</sup> Dessa första direktiv innehöll dock vissa undantagsbestämmelser, preferens regler till förmån för mindre utvecklade regioner.<sup>160</sup> Undantagen möjliggjorde avsteg från principen om lägsta pris respektive det mest förmånliga anbudet. Dessa undantag avvecklades dock i och med införanden av de nya direktiven under början av 1990-talen.<sup>161</sup>

### 5.3 Den inre marknaden - nya tag inom offentlig upphandling

Skapandet av den inre marknaden under mitten av 1980-talet, (till skillnad från begreppet ”den gemensamma marknaden”), ledde dels till att nya direktiv för upphandling av

<sup>157</sup> Romfördragets numrering av artiklar enligt Amsterdamfördraget.

<sup>158</sup> Det första EG direktivet om offentlig upphandling 305/71 utfärdades under början av 1970-talet, senare tillkom ytterligare ett direktiv under 1970-talet avseende varor samt två rättsmedelsdirektiv under 1980-talet. Under slutet av 1980-talet fördes inom gemenskapen en diskussion om hur man ytterligare skulle öka interaktionen mellan medlemsländerna. Utifrån denna diskussion formerades strategin för ”den inre marknaden”, ett 10-årigt program för ytterligare närmare samarbete och borttagande av andra hinder för fri rörlighet. I arbetet med att skapa förutsättningar för den inre marknaden utfärdades ytterligare tre direktiv för offentlig upphandling, ett direktiv för varor, ett för tjänster och ett för entreprenader.

<sup>159</sup> 77/62 EEG i det första varudirektivet 77/62 EEG hänvisas i direktivets inledning till förbudet i dåvarande artikel 30 om kvantitativa importrestriktioner.

<sup>160</sup> Bovin Chistopher The liberalisation of public procurement . s 12

<sup>161</sup> Se t ex Bovin Christopher The Liberalisation of public procurement..s 14 f

entreprenader och varor blev till, men även ett direktiv för upphandling av tjänster.<sup>162</sup> I början av 1990-talet ersattes de äldre direktiven för upphandling av entreprenader och varor med nya direktiv och det tillkom ett nytt direktiv för upphandling av tjänster.<sup>163</sup> Skrivningarna i de olika direktiven är likartade men vissa detaljer skiljer sig något åt. Huvudprinciperna är dock desamma i dessa tre direktiv, likabehandling, icke-diskriminering. Avsikten med den ”inre marknaden” var att ytterligare söka öka samhandeln mellan medlemsländerna. Skillnaden mot de tidigare direktiven gäller främst skrivningar i syfte att underlätta öppenhet och transparens för att motverka preferenstänkande och diskriminering.<sup>164</sup>

#### 5. 4. Olika direktiv, gemensamma principer

I de olika direktiven finns variationer på regler kring offentlig upphandling. Det som är gemensamt för de olika direktiven är de grundläggande principerna icke diskriminering, likabehandling, proportionalitet

##### 5.4.1 EG:s rättsmedelsdirektiv om offentlig upphandling

Under denna tid (slutet av 1980-talet) kom det första rättsmedelsdirektivet.<sup>165</sup> Syftet med rättsmedelsdirektivet var att söka tillförsäkra anbudsgivare reella möjligheter att få en anbudstilldelning överprövad av något oberoende organ. Under början av 1990-talet tillkom ytterligare ett rättsmedelsdirektiv.<sup>166</sup> Det andra rättsmedelsdirektivet behandlar primärt frågor i anslutning till upphandling inom försörjningssektorn men innehåller även frågor om skadestånd.<sup>167</sup> Rättsmedelsdirektiven reglerar även frågor kring hur medlemsstater skall garantera möjlighet till interimistiska åtgärder, men även annullering av beslut om tilldelning,<sup>168</sup> och möjlighet för domstol att utföra rättelser i upphandlingsdokument, allt för att skydda anbudsgivares rätt. Skadestånd kan yrkas oavsett om det berörda kontraktet ingås eller inte. Skadestånd kan i svensk rätt bara dömas ut av allmän domstol, i princip måste en klagande först väcka talan i en förvaltningsdomstol för att få till stånd interimistiska åtgärder eller annullering.

Grunderna för skadestånd är att den upphandlande enheten brutit mot reglerna om upphandling, den klagande har lidit skada eller förlust och att det finns ett direkt orsakssamband mellan den påstådda överträdelsen och den lidna skadan. Här finns möjligheter till en stor diskussion som dock inte ryms inom ramen för denna uppsats.

EG lät genomföra undersökningar kring förhållanden kring offentlig upphandling då man av det som rapporterades in till kommissionen avseende offentliga upphandlingar kunde utläsa att det inte skedde någon nämnvärd ökning av samhandeln mellan medlemsländerna genom offentlig upphandling.<sup>169</sup>

Tillkomsten av rättsmedelsdirektiven bör ses i ljuset av vissa diskussioner som undersökningarna gav upphov till. Även implementering av direktiv, eller snarare bristande

<sup>162</sup> Strategin för den inre marknaden beskrivs i European Commission; White paper för the Completion of the internal Market (COM) 85 310 fin.

<sup>163</sup> 92/50 EEG

<sup>164</sup> Bovin Christopher The Liberalisation of public procurement..s 14 f

<sup>165</sup> 89/665 EEG

<sup>166</sup> 92/13 EEG

<sup>167</sup> I det andra rättsmedelsdirektiv finns ytterligare en skadeståndgrund utöver den grund som anges i det första rättsmedelsdirektivet att en leverantör lider skada, eller riskerar att lida skada, För försörjningssektorn innehåller det andra rättsmedelsdirektivet en skadeståndgrund som inte grundas på att leverantören lider skada utan på att leverantören haft en reel möjlighet att vinna anbudstävlingen skadestånd anges till ersättning för nedlagda kostnader.

<sup>168</sup> Annullering av tilldelningsbeslut ej implementerat i LOU

<sup>169</sup> Grönbok Offentlig upphandling inom Europeiska Unionen... KOM 1996 583.

implementering av direktiv inom området för offentlig upphandling har varit föremål för fördragsbrottstalan.<sup>170</sup>

## 5.5 Upphandlingsfrågor i ECJ

ECJ har i ett antal mål fått ta ställning till frågor om offentlig upphandling. Inte oväntat rörde målen i ECJ till en början frågor kring nationella preferensregler till skydd för grupper eller geografiska regioner inom något medlemsland.<sup>171</sup> Frågor om krav på att ett företag måste var etablerade inom en medlemsstat för att kunna lämna anbud vid offentlig upphandling.<sup>172</sup>

Andra frågor som behandlades av domstolen under 1970-talet var underlåtenhet att annonsera upphandlingar och under vilka förutsättningar en upphandlande enhet kunde välja bort ett anbud som bedömdes som orealistiskt lågt, liksom vilka krav i vid mening en upphandlande enhet kunde ställa på en leverantör, dvs. kriterier för att på ett hållbart sätt kunna välja bort leverantörer, erforderlig kapacitet, erforderlig erfarenhet och kompetens, även frågor kring anbudsgivares finansiella och ekonomiska kapacitet.<sup>173</sup>

### 5.5.1 Begreppet upphandlande myndighet

Även mål som gällde frågan om vilka organ som skulle anses vara upphandlande enheter i därmed hade att följa reglerna om offentlig upphandling förekom.<sup>174</sup>

Antalet mål i ECJ var dock fram till slutet av 1980-talet begränsat. Även frågan om vilka myndigheter, organ som skall anses omfattas av reglerna har varit föremål för behandling i domstolen flera gånger. EU använder ett något annorlunda (och många fall vidare) sätt att avgränsa offentlig verksamhet, jämfört med t ex vad vi är vana vid i Sverige. Genom rättsutvecklingen i ECJ har det slagits fast att t ex allmännyttiga bostadsföretag omfattas av reglerna för offentlig upphandling.<sup>175</sup>

Genom det ökade antalet mål har flera frågor kommit att prövas av ECJ. Ett antal mål avser frågor om prövning av anbud, utvärderingsmodeller för prövning av anbud, samband mellan förfrågningsunderlag och anbudsprövningen.<sup>176</sup>

## 5.6 Grönbok om offentlig upphandling

År 1996 publiceras en grönbok om offentlig upphandling. I denna går det att utläsa vilka motiv för offentlig upphandling som man anser vara den principiella grunden för att lagstifta inom detta område, dels den inre marknaden som sådan, dvs. att verka för ökad konkurrens via att underlätta för samhandel vilket i frågan om offentlig upphandling skall förstås med att man eftersträvar ökat antal gränsöverskridande anbud.<sup>177</sup>

Grönboken är en i många avseenden intressant läsning i det att det redovisas skillnaden mellan förväntningar för olika delområden av offentlig upphandling och en uppfattning av de faktiska förhållandena vid mitten av 1990-talet. Kort relaterat så menar man att förväntningarna inte hade uppfyllt. Kommissionen pekade bl.a. på att vissa medlemsstater inte hade implementerat direktiven på ett fullständigt sätt.<sup>178</sup>

<sup>170</sup> T.ex. C – 199/85 Kommissionen mot Italien

<sup>171</sup> C – 21/88 Du Pont de Nemours vs. Unita Sanitaria

<sup>172</sup> C – 76/81 S.A Transportute et travaux vs. Ministère des travaux publics (Luxemburg)

<sup>173</sup> C – 27/86, 28/86 och 29/86 SA Constructions et entreprises industrielles vs Société cooperative

<sup>174</sup> T.ex. Kommissionen mot Italien C – 199/85, Kommissionen mot Irland C - 199/85

<sup>175</sup> C – 237/99 Europeiska kommissionen mot Franska republiken

<sup>176</sup> C – 470/99, Unversale-Bau m fl C – 315/01 Gesellschaft für Abfallentsorgungs-Technik GmbH (GAT) vs Österreichische Autobanen und Schnellstrassen (ÖSAG)

<sup>177</sup> Kommissionen. Grönbok avsnitt 3. II...

<sup>178</sup> Grönbok, avslutningen

Det framgår av ingressen till Grönboken att reglerna för offentlig upphandling inom unionen dittills inte hade medfört de resultat som man hade förväntat sig.<sup>179</sup> Syftet med Grönboken var att bredda diskussionen om offentlig upphandling, att få in idéer och förslag till förändringar inte minst från leverantörer/anslagsgivare, allt i syfte att öka genomslaget av regelverket.

I Grönboken redovisas även en sammanställning av de viktigaste frågorna inom området för offentlig upphandling, vilka organ som anses vara upphandlande enheter, överdrivet användande av undantaget förhandlad upphandling utan annonser, för korta anbudstider under hänvisning till behov av ”påskyndat förfarande”.<sup>180</sup>

I Grönboken diskuteras även att man uppfattat att upphandlande enheter medvetet angett eller beräknat att den upphandlingssumma som ett visst objekt skulle kosta etc. till ett för lågt belopp i syfte att undkomma kravet på att genomföra upphandling.

På vägen har man även beaktat de nya möjligheter att sprida information om kommande och/eller pågående upphandlingar som IT-tekniken medförde genom att använda internet t ex genom att skapa elektroniska anslagstavlor där olika upphandlingar presenterades.

### 5.7 Betydelsen av de grundläggande principerna

I grönboken framgår det vidare att man menar att de grundläggande principer från EG-rätten självklart skall gälla i den nationella lagstiftningen även för upphandlingar under tröskelvärdena. Det motiv man anger för detta är att ökade effektivitet genom konkurrens kommer skattebetalarna tillgodo.

I grön boken diskuteras man även frågan om vilka rättsmedel som är lämpliga. Man för en diskussion om hur de rättsmedel som vid denna tidpunkt fanns tillgängliga hade används eller inte används sam reflekterar över detta, man ställer även upp ett antal diskussionsfrågor i syfte att få till stånd en diskussion kring rättsmedlen.

På ett sätt framstår ett förfarande som det ovan beskrivna som visserligen annorlunda men samtidigt mer öppet vad gäller möjligheten för enskilda och organisationer att (fordrar dock aktivitet från dessa) att på ett tidigt stadium ta del av de frågor som lyfts fram inom ett rättsområde genom utgivandet av en grönbok

### 5.8 Vad gäller under de tröskelvärden som anges i EG-direktiven

Enligt grönboken om offentlig upphandling gäller de grundläggande EG-rättsliga principerna, dvs. icke-diskriminering, konkurrens, öppenhet även under tröskelvärden.

Det är däremot upp till medlemsländer att avgöra om man vill utforma en särskild nationell lagstiftning för offentlig upphandling under tröskelvärdena eller inte.

### 5.9 Efter grönboken

Efter grönboken infördes vissa förändringar i de olika direktiven för offentlig upphandling under åren 1997 och 1998.<sup>181</sup> Speciellt förändrades skrivningar med hänsyn till möjligheterna (och önskvärdheten) att använda sig av elektroniska hjälpmedel vid offentlig upphandling. I denna process lanserades även ett set med olika elektroniska blanketter som skulle användas av de upphandlande enheterna i detta förfarande vid användandet av den gemensamma databasen.<sup>182</sup> Genom de elektroniska blanketterna erhöll man även en mer standardiserad utformning på det som olika upphandlande enheter förde in i OFFICIAL JOURNAL. De elektroniska blanketterna har redan reviderats<sup>183</sup> men innehåller helt klart en stor potential

<sup>179</sup> Grönbok om offentlig upphandling, KOM 1996 583

<sup>180</sup> Grönbok avsnitt 3. II

<sup>181</sup> KOM 98 143 Final

<sup>182</sup> Implementerad i svensk rätt genom förordningen om

<sup>183</sup> Förordning (2002:590) om standardformulär för annonsering vid offentlig upphandling



när det gäller att göra upphandlingsannonser mer tillgängliga för anbudsgivare genom den större enhetlighet i de uppgifter som en upphandlande enhet anger i ett tillkännagivande av en offentlig upphandling som tvingas fram genom blanketternas utformning.

### 5.9.1 Förändringar av regelverket efter Grönboken

I grönboken om offentlig upphandling föreslogs bl.a. användningen av elektroniska anslagstavlor, urvalsupphandling. Bägge dessa förändringar har förts in i LOU både i de direktivstyrda kapitlen och i 6 kapitlet om än med olika förtecken. I kapitel 2, 3 och 5 som en möjlighet att lämna in anbud, i kapitel 6 som en ny särskild upphandlingsform benämnd urvalsupphandling.

När det gäller skadeståndsfrågor med anledning av att någon upphandlande enhet inte följt regelverket till skada för någon leverantör framförs som en möjlighet att utöver det positiva kontraktssintresset även ha ytterliga skadeståndsbelopp i avhållande syfte.<sup>184</sup>

### 5.9.2 Vägen till nya direktiv för offentlig upphandling

Grönboken syfte var att underlätta genomförandet av det befintliga regelverket vilket dock kunde behöva modifieras Under den process som följde, skedde behandling i parlamentet som framförde ett antal synpunkter<sup>185</sup> och förslag till ändringar, vilket helt enligt regelverket ledde fram till en gemensam ståndpunkt mellan kommissionen och parlamentet<sup>186</sup> efter några år (hösten 2003) samt nya direktiv under våren 2004.<sup>187</sup>

De nya direktiven innehåller en del förändringar som i den praktiska upphandlingsverksamheten kan få stor betydelse, dels sker en hopskrivning av de tidigare fyra materiella direktiven till två direktiv, ett för den klassiska sektorn och ett för försörjningssektorn, dels införs möjligheter att anordna konkurrens mellan företag som redan har s.k. ramavtal med en viss upphandlande enhet.<sup>188</sup> Vad gäller ramavtal finns även krav på att (parallella) ramavtal skall innehålla regler om fördelning av uppdrag efter rangordning samt att ramavtal får en längsta giltighetstid om 4 år. Vidare innehåller de nya direktiven regler om inköpscentraler som blir tillåtna under vissa förutsättningar.<sup>189</sup>

Ett spår i gemenskapsstrategin kring offentlig upphandling är även utarbetande av ett enhetligt klassifikationssystem ”Common Procurement Vocabulary” (CPV) i syfte att underlätta för upphandlande enheter och möjliga anbudsgivare i frågor om vad en upphandling faktiskt avsåg skall upphandlas.<sup>190</sup>

<sup>184</sup> Grönbok avsnitt 4 B 3.38

<sup>185</sup> Diskussion har bl.a. förts om möjligheterna att ta social hänsyn vid offentlig upphandling

<sup>186</sup> Tidsplanen för de nya direktiven var att dessa skulle vara färdiga för implementering år 2000. Det framstår som att tidsplanen har överskridits med flera år beror på ett starkare stöd i parlamentet för mer social hänsyn i offentlig upphandling

<sup>187</sup> Europaparlamentet och rådets direktiv 2004/17/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (försörjningsdirektiven) Europaparlamentet och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster.

<sup>188</sup> Begreppet ramavtal har fått förnyad aktualitet i den svenska diskussionen om offentlig upphandling. I ett utlåtande från NOU under mars 2004 med anledning av regeringkansliets upphandling av bl.a. juridiska konsulter framhåller NOU att ett ramavtal skall innehålla samtliga villkor etc., och att många ramavtal inte gör detta och därmed inte uppfyller de grundläggande kraven på att vara ett avtal – att det innehåller ömsesidiga förpliktelser för parterna. Det kan i detta sammanhang nämnas att många upphandlande enheter tecknar s.k. ramavtal med ett antal leverantörer men att ingen av dessa leverantörer har tillförsäkras ens någon ungefärlig volym att leverera.

<sup>189</sup> Inköpscentral kan kanske bäst liknas med de upphandlingsbolag som utför eller samordnar upphandlingar i vissa kommuner och kommunalförbund. Enligt det resonemang som förs i uppsatsen om skyldighet att genomföra upphandlingar från självständiga enheter i samma intressesfär borde i det nuvarande rättsläget uppdrag från självständiga kommunala verksamhet att handha upphandlingsfrågor ske via upphandling av tjänsten upphandlingsservice eller något liknande. När de nya direktiven är implementerade bortfaller detta problem

<sup>190</sup> LOU 1 kap. 16 § Common Procurement Vocabulary (CPV)

## 6 Principiella mål i ECJ avseende offentlig upphandling

I den senare rättsutvecklingen inom offentlig upphandling har EG-domstolen kommit med rättsfall som medfört förändringar i svensk lagstiftning, LOU men även andra lagar såsom sekretesslagen t ex Beentjes<sup>191</sup> och Alcatel.<sup>192</sup>, Leur-Bloem.<sup>193</sup> Dessa rättsfall berör frågor om skillnad mellan urvalskriterier och tilldelningskriterier, tillgång till effektiva rättsmedel samt nationella regler skrivna med EG-regler som förebild.

### 6.1 Beentjes

Beentjesmålet gällde upphandlingsförfarande vid ett kontrakt om bro- och anläggningsarbete.

En fråga i detta rättsfall handlade om ett krav från den upphandlande enheten att entreprenören skulle anställa en viss del långtidsarbetslösa, en annan fråga som EG-domstolen diskuterade i avgörandet av detta mål var skillnaden mellan kvalifikationskriterier och tilldelningskriterier.

Vad gäller kravet på att sysselsätta långtidsarbetslösa kom domstolen fram till att ett sådant krav var möjligt att ställa under förutsättning att det ej var diskriminerande. Beentjes är det första mål i en lång rad mål som behandlar frågor kring social hänsyn vid offentlig upphandling.<sup>194</sup>

I frågan om kvalifikations- och tilldelningskriterier diskuterade domstolen enligt följande En offentlig upphandling sker i olika faser, förberedelser, annonsering, urval av leverantörer, prövning av anbud, skrivning av kontrakt

I Beentjesdomen införde EG-domstolen en principiell distinktion mellan kvalifikationskriterier, urvalsbeslut (vilka skall få lämna anbud) och tilldelningsbeslut (vilken anbudsgivare har lämnat det mest fördelaktiga anbudet i förhållande till uppställda kriterier) i ett upphandlingsförfarande.<sup>195</sup> Av domen i Beentjes målet kan man även dra den slutsatsen att de kriterier som används vid bedömning av vilka som skall få lämna anbud inte kan användas vid prövningen av det mest fördelaktiga anbudet.<sup>196</sup>

Konsekvensen av domen i Beentjes är även att domstolen använder en proportionalitetsprincip i diskussionen kring (kvalifikationskriterier) urvalskriterier som den upphandlande enheten ställer upp för en enskild upphandling. Det räcker att en leverantör har tillräcklig teknisk kapacitet, finansiell ställning etc. På detta sätt betonar domstolen att mer än tillräckligt inte skall värderas extra.<sup>197</sup>

### 6.2 Alcatel

I Alcatel-målet betonades, som nämnts tidigare, vikten av effektiva rättsmedel vid begäran om överprövning. (Alcatel-domen kommer att behandlas utförligare i det följande). Alcatel-domen behandlar frågan om en anbudsgivares möjlighet vid offentlig upphandling att ha en reell möjlighet att begära överprövning av ett tilldelningsbeslut hos ett oberoende organ. Genom domen i Alcatelmålet blev det uppenbart för de medlemsstater som inte hade

<sup>191</sup> C – 31/87 Gebroeders Beentjesmot Nederländska staten

<sup>192</sup> C - 81/98 Alcatel

<sup>193</sup> C – 28/95 Leur-Bloem

<sup>194</sup> Ett mycket viktigt mål I frågor om social hänsyn är C-225/98 Kommissionen mot Franska Republiken. EG-domstolens dom i detta mål framförs av förespråkare för mer social hänsyn i offentlig upphandling ofta som att domstolen i detta mål har utvidgat möjligheterna till social hänsyn.

<sup>195</sup> En av frågorna i Beentjesmålet gällde ett krav från den upphandlande myndigheten om att ge sysselsättning till långtidsarbetslösa. Domen i Beentjes innehåller alltså flera dimensioner dels en diskussion om socialhänsyn i förhållande till icke-diskriminering, dels frågan om kvalifikationskriterier och tilldelningskriterier och resonemanget om två faser

<sup>196</sup> Grönbok avsnitt 3 I

<sup>197</sup> I den svenska lagstiftningen medförde EG-domstolens dom i Beentjesmålet inget särskilt vid anslutningen till EES-avtalet, det framstår som klart att man vid införandet av LOU inte hade uppmärksammat denna distinktion; inte heller under de närmast kommande revideringarna av LOU kan man finna någon diskussion om detta rättsfall och de principer som diskuterades i detta domslut. I den första propositionen efter publiceringen av Grönboken om offentlig upphandling finns dock domen i Beentjes både refererad och diskuterad.

implementerat direktiven på ett tillfredställande sätt, dvs. att anbudsgivare som inte hade vunnit en anbudstävling dels skulle tillförsäkras snabb och utförlig information om grunderna för tilldelningsbeslutet i frågan dels skulle ha en reell möjlighet att få tilldelningsbeslutet överprövat av ett oberoende organ. Med tanke på den av domstolen några år tidigare utvecklade principen om möjlighet till statskadestånd (Francovichprincipen)<sup>198</sup> för en enskild som erhållit rättsförluster till följd av bristfälligt implementerade direktiv eller direktiv som ej blivit implementerade överhuvudtaget initierades bl.a. i Sverige relativt snabba åtgärder för att förändra motsvarande reglering i LOU, dvs. man sökte implementera rättsmedelsdirektivet på ett tillfredställande sätt.

Rättsfallet Leur-Bloem berör förhållandet mellan nationell rätt som är skriven för att vara i harmoni med EG-rätt och behandlas i ett särskilt avsnitt i uppsatsen

### 6.3 ECJ och de grundläggande principerna

#### 6.3.1 Principer från EG-domstolen

EG-domstolen är känd för att i domar uttrycka eller utveckla principer som de hämtar från vad som kan beskrivas ett europeiskt rättsligt arv,<sup>199</sup> kända sådana principer är Estoppelprincipen vilken innebär att ingen skall dra fördel av sin egen ogärning, Andra sådana principer är ”ömsesidigt erkännande”, en känd handelspolitisk tes som används inom gemenskapen för att söka ta bort handelshinder med motsvarande verkan som importrestriktioner etc. är principen om ”ömsesidigt erkännande” En vara som är lagligen framstället (satt på markanden) i ett medlemsland (en av principerna från Cassis de Dijon)<sup>200</sup>

#### 6.4 Principer inom området för offentlig upphandling

Inom området för offentlig upphandling har EG-domstolen uttryckt kriterier för vad som skall uppfattas som en upphandlande myndighet., med olika variationer så har läget på detta område blivit relativt klart.

En fråga som diskuterats vid offentlig upphandling är nationella krav på att en utförare skall vara etablerad inom det aktuella medlemslandet där upphandlingen genomförs. Denna fråga framstår som relevant vid såväl upphandling av tjänster, entreprenader som försörjningssektorn (grundläggande teknisk försörjning såsom el, tele, vatten). Denna fråga är intressant i förhållande till den s.k. Gebhardttestet som EG-domstolen utvecklade i en fråga om etablering i ett annat medlemsland.<sup>201</sup>

En annan princip som EG-domstolen utvecklat inom området för offentlig upphandling är skillnaden mellan urvalskriterier och tilldelningskriterier (Beentjes) vilket får anses vara en numera allmän princip för hur man skall se ett upphandlingsförfarande i olika faser eller steg.

En annan princip som EG-domstolen ställt upp är att det inte är tillåtet att använda sig av kriterier vid offentlig upphandling av ”Grön el” om den upphandlande enheten inte har möjlighet att följa upp dessa kriterier vid leverans enligt kontraktet.<sup>202</sup>

Denna princip framstår dock som mer vidsträckt än att bara omfatta upphandling av grön el. Krav på transparens medför att ett upphandlingskriterium som ensamt eller tillsammans med

<sup>198</sup> C – 6 & 9/90 Francovich (Andrea) och Bonifaci (Daniella) vs Italy

<sup>199</sup> Mancini etc, Pescatore etc

<sup>200</sup> I rättsfallet C – 120/78 Rewe-Zentrale AG känt som Cassis de Dijon gällde frågan om import och saluföring av likör från Frankrike till Tyskland. Tyskland hävdade att den aktuella likören innehöll för låg alkoholhalt så att den av hänsyn till folkhälsan inte kunde saluföras som likör i Tyskland.

<sup>201</sup> C - 55/94 Gebbhard

<sup>202</sup> C – 448/01 Weinstrom GmbH mot Republiken Österrike

andra kriterier är av görande för vilken leverantör som skall erhålla kontraktet mera allmänt måste kunna följas upp.

EG-domstolen har i sina domar avseende offentlig upphandling haft anledning att diskutera ett antal frågor av principiell karaktär förutom de ovan relaterade principen som diskuterades i Beentjes och Alcael. I detta sammanhang använder sig EG-domstolen generellt sett av de grundläggande principerna om likabehandling, icke diskriminering, proportionalitet.

I mål som avser prövning av anbud utgör frågan om proportionalitet mellan ställda krav och vad upphandlingen avser en grundstomme i ECJ

I mål som tydligt gäller samhandelsfrågor är argumentationen från ECJ liknanden den som används i frågor kring ”åtgärder med motsvarande verkan som tullar”

### **6.5 Principen om ömsesidigt erkännande och offentlig upphandling**

Principen om ömsesidigt erkännande (känd från Cassis de Dijon) är även viktig när det gäller offentlig upphandling ur ett samhandelsperspektiv inom gemenskapen. Frågan aktualiseras främst när det gäller hur företag registreras (med någons slag rättsverkan) i olika medlemsländer men även för fri yrkesutövare, konsulter etc. när det gäller examensbevis, kompetensbevis, (utfärdade av behöriga nationella myndigheter) krav på medlemskap i särskilda nationella yrkesorganisationer. EG-domstolen har i ett antal fall prövat frågor av denna karaktär och kommit fram till att det företag som enligt sitt hemlands nationella regler kan lägga anbud och antas som leverantör av något även skall kunna göra detta i andra medlemsländer inom gemenskapen och motsvarande vad gäller självständiga yrkesutövare.<sup>203</sup>

<sup>203</sup> I LOU finns principen om ömsesidigt erkännande (ganska dolt) i 1 kap 17 och 18 §§ men även i 6 kap 9 §.

## 7 Den tidiga diskussionen om LOU

En fråga som diskuteras under de första åren med LOU var den upphandlande enhetens skyldighet att anta det lägsta anbudet.<sup>204</sup> Olika varianter för försök till legitimering av att den upphandlande enheten inte borde beakta det lägsta eller låga anbud fördes fram.<sup>205</sup>

Att denna fråga diskuterades förefaller dock något märkligt med tanke på att det redan från 1 jan 1998 i 1 kap 23§ fanns en skrivning avseende hur den upphandlande enheten skulle förfara med anbud som kunde betecknas som ”låga”<sup>206</sup>.

En fråga som diskuterades under lagens första år och fortfarande är en upphandlande enhets möjlighet att avbryta ett upphandlingsförfarande samt i vad mån en leverantör (anbudsgivare) hade möjlighet att begära överprövning av ett beslut att avbryta en upphandling. Av de aktuella rättsfallen framgår att upphandlingar avbröts till förmån för ”egenregilösningar”, kanske var upphandlingen inte allvarligt menad? Frågan om avbrytande av upphandling utreddes inom regeringskansliet vilket dock inte medförde någon förändring av lagtexten. Rättsläget betecknades i domar från denna tid som oklart.<sup>207</sup> Av vad som framgår av rättsfallsreferat så hände det att upphandlingar avbröts till förmån för egenregilösningar av olika slag.<sup>208</sup> Varken EG-direktiven eller LOU innehåller regler om vad som gäller när en upphandling avbryts

I en dom från år 1997 menade Regeringsrätten att avbrytande av upphandling var ett sådant beslut som skulle kunna angripas med laglighetsprövning (kommunalbesvär). Mål 3888-1997 I något senare mål menade Regeringsrätten och Högsta Domstolen att upphandling kunde avbrytas Lillebil T370-99, Lindesbergs kommun, mål T 1683-99

I en senare dom menade kammarrätten i Stockholm att avbrytande av upphandling skulle kunna prövas i allmän domstol. Mål 139-04 och 240-04

EG-domstolen i målet C- 92/00 (Hospital Ingeniure) skrev EG-domstolen att prövningen inte får begränsas endast att avse frågan om beslut att avbryta en upphandling är godtycklig, ett beslut måste kunna överprövas.<sup>209</sup>

I en dom menade EG-rätten att då det inte framgick av annonsen eller anbudshandlingar att upphandlingen skulle kunna avbrytas och i så fall under vilka omständigheter så var det fel att avbryta upphandlingen. Domstolen beslutade att upphandlingen skulle genomföras enligt det upplägg som den upphandlande enheten hade dragit igång. (tvångsvis genomförande av upphandling)

Sammantaget kan man väl formulera det så att rättsläget vad gäller möjligheten för en upphandlande enhet att avbryta en upphandling delvis har klarnat, t ex att det är en fördel att redan i förfrågningsunderlaget och/eller anbudshandlingarna ange att upphandlingen kan komma att avbrytas under vissa förutsättningar.

När det gäller egenregilösningar så är det grundläggande att upphandling inte behöver ske överhuvudtaget.<sup>210</sup> Denna fråga har dock diskuterats en del på den politiska nivån

<sup>204</sup> Detta nämns i förbifarten av Palm och Ribendahl i artikel om skadeståndsreglerna i SvJT 1996

<sup>205</sup> I en doktorsavhandling avseende vägverkets upphandling av vägarbeten inom tekniskt fakultet framförs upprepade gånger från de intervjuade leverantörerna att i en upphandling man generellt sett inte borde beakta det lägsta anbudet. Avhandlingen i fråga är dock skriven innan det omfattande kartellsamarbetet vid vägverkets upphandling avslöjades.

<sup>206</sup> Skrivningen i 1 kap 23 § har sedan dess kompletterats med förfaranderegler om anmälan till kommissionen för de fall en upphandlande enhet ej antar det lägsta anbudet vid upphandling över tröskelvärdena.

<sup>207</sup> I NOU:s skrift Kartläggning av fel och brister vid offentlig upphandling Dnr 1999/0052-28 finns en redovisning av domar

<sup>208</sup> Kartläggning av fel och brister vid offentlig upphandling Dnr 1999/0052-28

<sup>209</sup> Av intresse är även C- 244/02 (Kauppatalo Hansei OY)

<sup>210</sup> Detta under vissa förutsättningar vad gäller ägandeförhållandena

En näraliggande fråga är förhållandet mellan en enhet och verksamheter som blivit out-sorsade från denna verksamhet.<sup>211</sup> För ett sådant förhållande gäller att en out-sorsad verksamhet inte på något sätt kan inta en särställning vad gäller varor, tjänster, entreprenader etc. till den upphandlande enheten utan måste delta i upphandlingsförfarande och lägga anbud som andra intresserade leverantörer.<sup>212</sup>

### 7.1 Förändring av LOU

Lagen av offentlig upphandling har förändrats flera gånger sedan den första propositionen lades fram år 1992. I det följande skall jag ge en översikt över dessa förändringar samt söka ange om förändringen beror på svensk rättsutveckling eller kan hänföras till rättsutvecklingen inom den europeiska gemenskapen

Vissa förändringar av LOU kan helt klart hänföras till att vid början av 1990-talet hade de för svensk lagstiftning ansvariga (dvs. regering och riksdag) en något bristande kunskap om EG-rätten i Sverige. Ett klart exempel på detta är prop. 96/97:153 där det i ingressen till propositionens anges att propositionen innehåller förslag till förändringar av LOU i syfte att få LOU att bättre stämma överens med regelverket i de direktiv som lagen grundas på.<sup>213</sup> (Mer om detta nedan).

En stor förändring av LOU är införandet av de särskilda reglerna om upphandling under tröskelvärden. Denna förändring infördes genom Prop. 1993/78:78.

LOU har förändrats ett betydande antal gånger. Vissa förändringar har medfört stora och genomgripande förändringar av lagens skrivningar, t ex de förändringar som genomfördes i och med prop. 1996/1997:153.

### 7.2 Bättre överensstämmelse med direktiven

De förändringar som genomfördes vid detta tillfälle (1:a jan 1998)<sup>214</sup> innebar i många fall att den svenska lagtexten erhöll en bättre överensstämmelse med texten i de olika direktiven. Detta är dock inte bara språkliga förändringar utan innebär att de EG-rättsliga principerna och icke-diskriminerande, likabehandling, proportionalitet samt transparens har fått tydligare uttryck i den svenska Lagen om offentlig upphandling.

Ändringarna har bl.a. avsett att klargöra villkoren för förhandlad upphandling i syfte att tydliggöra att förhandlad upphandling är en undantagsform<sup>215</sup> Ändringarna har även avsett frågor om transparens så att det även i den svenska lagtexten blir tydliggjort vad som krävs för att kravet på konkurrens i en upphandling skall vara uppfyllt, dvs. ett närmare angivande av hur många anbudet som krävs för att villkoret om tillräcklig konkurrens skall vara uppfyllt.<sup>216</sup>

Förändringar 1998 innefattade även en tydligare skrivning om vilka offentliga inrättningar som skall ses som upphandlande enheter och därmed har att följa regelverket. I den svenska texten innebar detta att även sammanslutningar av kommuner etc. tydliggjordes i lagen.<sup>217</sup>

### 7.3 Förtydligande av hur man prövar anbud

<sup>211</sup> Se t ex RÅ 2002:50

<sup>212</sup> Se t ex RÅ 2002:50

<sup>213</sup> Denna proposition innehåller ingen sedvanlig textmassa utan uteslutande ett antal förslag till förändringar av LOU genom dels förändring av existerande paragrafer och dels införandet av nya paragrafer.

<sup>214</sup> Prop. 1997/1998:153

<sup>215</sup> Att förhandlad upphandling är en undantagsform med noga reglerade villkor förklaras bäst av att vid förhandlad upphandling får i stort sett allt som rör upphandlingen förhandlas. Förhandlingen får dock inte väsentligt ändra på förutsättningarna för upphandlingen. Det skall således i grunden vara samma vara eller tjänst som upphandlas i förhållande till vad som angavs i förfrågningsunderlaget

<sup>216</sup> LOU 1 kap. 7 a §

<sup>217</sup> Förändring av 1 kap 6 §

När 1 kap 22 § skrivs om 1997 bl.a. i syfte att bättre klargöra vilka möjligheter det enligt direktiven finns att ställa villkor enligt upphandling enligt ”det mest fördelaktiga anbudet” infördes motsvarande förändring än i motsvarande paragraf i 6 kap 12 §. Hur prövning av anbud skall ske är klart ett av regelverkets mest centrala paragrafer

Andra förändringar har avsett mer tekniska detaljer kring möjlighet att ha längre eller kortare anbudstid än normalfallet.<sup>218</sup>

#### 7.4 Konsekvensen av Beentjesdomen

En viktig förändring avser införandet i LOU av skillnaden mellan villkor för prövning av leverantörerna och prövning av anbud (en konsekvens av domen i Beentjesmålet<sup>219</sup>) Att den upphandlande enheten kan ställa krav vad gäller leverantörernas finansiella och ekonomiska ställning samt tekniska förmåga och kapacitet framgår indirekt av 1 kap 18 §. Den redigering som den svenska lagtexten har framhåver inte på något sätt EG-domstolens tolkning från Beentjes att leverantörernas finansiella och ekonomiska ställning samt tekniska förmåga och kapacitet är att se som kvalifikationsvillkor för anbudsgivarna i första steget när det gäller prövningen av anbud. Genom prop.1996/97:153 infördes § 20 a i första kapitlet LOU. Denna paragraf gäller för upphandling enligt 2 kap, 3 kap och 5 kap och ålägger den upphandlande enheten att innan den börjar pröva anbuderna pröva om anbudsgivarna eller anbudssökanden uppfyller de krav som den upphandlande enheten har ställt upp (i annonsen eller anbudshandlingarna)<sup>220</sup>

De krav som en upphandlande enhet får ställa på leverantörer vad gäller ”handel ochandel” (möjliga uteslutningsgrunder, den upphandlande enheten avgör) finns i 1 kap 17 §.<sup>221</sup>

Ytterligare en betydelsefull förändring avser konsekvensen av EG-domstolens dom i Alcatelmålet som syftar till att ge leverantörer som vill begära överprövning av ett tilldelningsbeslut en reell möjlighet till detta, utifrån EG:s rättsmedelsdirektiv.

Andra förändringar av regelverket har främst avsett frågor inom ramen för 6 kapitlet LOU, dvs. frågor som inte styra av direktiven. Det tydligaste inom detta område är frågan om ”låg belopp” vad gäller direktupphandlingar

Under slutet av 1990-talet genomfördes ett antal offentliga utredningar om och kring offentlig upphandling, NOU genomförde en enkätundersökning i syfte att erhålla kunskap om varför lagen tycktes fungera så pass bristfälligt.<sup>222</sup>

En särskild utredning diskuterade tillsyn över offentlig upphandling och NOU:s roll i denna tillsyn.<sup>223</sup>

#### 7.5 Upphandling och elektroniska anslagstavlor

En betydelsefull utredning diskuterade möjligheten att använda elektroniska hjälpmedel vid offentlig upphandling. Resultatet av denna utredning hamnade sedan i prop.

1999/2000:128.<sup>224</sup> Detta medförde förändring för såväl den s.k. direktivstyrda upphandlingen som upphandling under tröskelvärden i det att elektronisk annonsering liksom elektronisk anbudsgivning godtogs och infördes i regelverket.<sup>225</sup>

<sup>218</sup> 2 kap 15 §, 3 kap 20 §, 5 kap 22 §

<sup>219</sup> C – 31/87 Gebroders Beentjes mot Nederländska staten

<sup>220</sup> Motsvarande skrivning som i 1 kap 20 a paragrafen finns inte i 6 kap LOU. Detta framstår dock som en omotiverad skillnad mellan upphandling enligt 6 kap och upphandling enligt 2,3 och 5 kapitlen LOU

<sup>221</sup> Enligt 1 kap 17 § finns ett antal uteslutningsgrunder som en upphandlande enhet kan använda sig av. Motsvarande skrivning finns även i 6 kap 9 §.

<sup>222</sup> Kartläggning av fel och brister vid offentlig upphandling NOU Dnr 1999/0052 -28

<sup>223</sup> Upphandlingskommittén SOU 1999:31

<sup>224</sup> Prop. 1999/2000:128 Offentlig upphandling i informationssamhället

<sup>225</sup> LOU, 1 kap 19 § 2 st.

Principiellt medförde detta en större förändring i 6 kapitlet LOU genom att upphandlingsformen urvalsupphandling infördes.<sup>226</sup> Denna upphandlingsform förutsätter i princip att den upphandlande enheten tillkännager en kommande upphandling i en elektronisk databas i syfte att få intresserade leverantörer att anmäla sitt intresse av att få lämna anbud.

En betydelsefull förändring avseende rättsmedel inom offentlig upphandling initierades som en följd av EG-domstolens dom i Alcatelmålet. Resultatet av denna utredning landade i prop. 2001/2002:142 och har redan berörts ovan

Genom prop. 2001/2002:142 infördes även förtydligande avseende möjligheterna att genomföra upphandlingar med hänvisning till miljömärkning, samt upphandlingar med viss social hänsyn.

För bägge dessa områden gäller att krav på miljömärkning och iakttagande av social hänsyn kan användas under förutsättning att det anges i annonsen och förfrågningsunderlaget samt att de hanteras som särskild kontraktsvillkor<sup>227</sup> i det kontrakt som sluts mellan den upphandlande enheten och den utsedda leverantören.

## 7.6 Några frågor som kan ha svalnat

Några tidigare heta diskussionsämnen inom området för offentlig upphandling tycks ha svalnat betydligt alternativt lyfts upp till ett annat plan genom uttalanden från auktorativa normkällor. Detta gäller bl.a. möjligheten att ta miljöhänsyn vid offentlig upphandling, möjligheten att ta någon form av social hänsyn vid offentlig upphandling. För bägge dessa delområden gäller att EG-kommissionen under år 2001 utfärdade tolkningsmeddelanden om hur man skulle kunna förena miljöhänsyn respektive sociala hänsyn med reglerna om offentlig upphandling. (Detta diskuteras mera i avsnittet nedan)

### 7.7.1 Om tolkningsmeddelande från kommissionen

Genom förtydliganden från Kommissionen år 2001 avseende hur man bör hantera ”grön upphandling” och upphandling med sociala hänsyn finns det numera även ett uttalande av en stark normkälla inom detta område.<sup>228</sup> Detta har tidigare varit ett område där man tidvis kunnat bevittna en ganska förvirrad diskussion om möjligheten respektive omöjligheten att ställa ”gröna krav” vid offentlig upphandling. I kommissions tolkningsmeddelande kring möjligheten att ställa gröna krav vid offentlig upphandling och kommissionens tolkningsmeddelande om möjligheten att ta social hänsyn vid offentlig upphandling kan man väl bäst beskriva det hela som ett ”både och” lösning, dvs. vill den upphandlande enheten något av detta skall man tala om detta i annonsen och förfrågningsunderlaget, frågorna i sig berörs dock inte av själva anbudsprövningen men förutsätts kunna bli inskrivna i kontraktet som s.k. ”särskilda kontraktsvillkor” mellan den upphandlande enheten och den leverantör som vinner anbudskonkurrensen. För dessa särskilda krav, miljömässiga eller sociala gäller dock att de skall vara förenliga med de grundläggande principerna i EG-fördraget, dvs. ickediskriminerande, likabehandling, transparens etc. I LOU har detta beaktas genom förtydligande av ett par paragrafer, dels 1 kap § 18 b och dels 6 kap 10 a § LOU.<sup>229</sup>

### 7.7.2 Inte sista ordet sagt i dessa frågor

Både frågan om att ställa miljökrav och frågan om social hänsyn vid offentlig upphandling är aspekter på vad som kan anses vara möjligt att inom ramen för upphandlingsförfarandet ”det

<sup>226</sup> Urvalsupphandling, 6 kap 2 §

<sup>227</sup> Särskilda kontraktsvillkor 1 kap 18 b §, 6 kap 10 a § Enligt Prop. 2001/2002:142 sid. 44 så skiljer sig särskilda kontraktsvillkor från vanliga kontraktsvillkor på det sättet att villkoren saknar en direkt koppling till det som upphandlas eller till leverantörens förmåga eller lämplighet.

<sup>228</sup> Se diskussionen om rättskällor och normkällor i avsnittet om rättskällevärdet i denna uppsats.

<sup>229</sup> Av prop. 2001/2002:142 framgår att lagrådet menade att det som eftersträvades redan täcktes av de aktuella paragraferna, utifrån lagrådets yttrande framstår begreppet förtydligande som mest adekvat.



mest fördelaktiga anbudet” använda som kriterier för tilldelning av kontrakt. Denna fråga diskuteras mera i uppsatsen. Frågan som sådan är mycket principiell och berör skillnaden mellan en varas egenskaper och hur en vara produceras och bedömningsvis är inte sista ordet i denna fråga sagt i och med de ovan nämnda tolkningsmeddelandena från kommissionen. Frågan som sådan berör klart såväl upphandling enligt EG-direktiven och upphandling enligt nationella regler.

I denna diskussion har då även funnits ekon från WTO-diskussionen kring frågan om att man bara kan ställa krav på en varas egenskaper, inte hur den är tillverkad, eller mera konkret uttryckt, en fotboll är en fotboll även om den är sydd av barnarbetare i Pakistan eller Kina.<sup>230</sup>

## 7.8 Frågor kring ramavtal

Ytterligare ett delområde inom offentlig upphandling som har begåvats med ett uttalande från en stark normkälla är frågan om ”ramavtal”.

Enligt LOU finns möjligheter att teckna ramavtal<sup>231</sup> mellan en upphandlande enhet och en leverantör, med ramavtal förstås ett avtal som tillkommit efter en upphandling. I avtalet skall alla förhållanden mellan parterna regleras vilket leder till att enheter på lägre nivå inom den upphandlande enheten bara har att beställa enligt det ramavtal som finns, understundom benämns detta för avrop. Ett ramavtal innehåller regelmässig, a priser, tidsperiod, och allmänna leveransbestämmelser

I teorin kring upphandling av ramavtal innebär ett sådant system ett förenklande för de ansvariga på de lägre nivåerna i organisationen. Man kontaktar bara någon av de leverantörer som man har ramavtal med. I den allmänna diskussionen framhålls ofta fördelar med ramavtal, fler organisationer rekommenderar en ökad användning av ramavtal, Det finns även exempel på att man i revisionsrapporter med kritiskt innehåll avseende upphandlingsverksamheten i den granskade organisationen starkt rekommenderat ett ökat användande av ramavtal.

Ett fundamentalt problem vid upphandling av ramavtal är de olika anbudsgivarna ej är tillförsäkrade någon volym. För en anbudsgivare är det helt klart inte möjligt att lämna för den upphandlande enheten fördelaktiga anbud utan att ha en uppfattning om vilken volym som kan bli aktuell.

I prop. 1992/93:88<sup>232</sup> diskuteras även ramavtal inom ramen för den kommande lagstiftningen om offentlig upphandling. Av skrivningen i propositionen framgår att lagstiftaren är medveten om att det t ex i den engelska implementering av direktiven är en mer utförlig styrning av begreppet ramavtal än vad som föreslås i den aktuella propositionen, men då man eftersträvade en likartad hantering som den som gällde enligt upphandlingsförordningen så föreslår man i prop. 1992/1993:88 en mer kortfattad skrivning vad avser vad ett ramavtal är.<sup>233</sup> (och då tyvärr även mindre preciserad)

I ett antal revisionsrapporter där revisorer riktar en del alvarlig kritik mot hur den offentliga upphandlingen bedrivs inom den reviderade verksamheten rekommenderar man användning av ramavtal i större utsträckning.<sup>234</sup>

<sup>230</sup> Regler för hur en vara är producerad finns i former av frivilliga överenskommelser eller åtaganden från producenter, kända exempel på detta är KRAV-märkning av diverse produkter i dagligvaru-sortimentet, potatis etc.. Enligt teorin bakom KRAV-märkning är syftet att erbjuda konsumenterna alternativa produkter som garanterat är framställt på ett visst sätt.

<sup>231</sup> I kap 5 § 2 st.,

<sup>232</sup> Prop. 1992/1993:88 sid. 62

<sup>233</sup> Prop.. 1992/1993:88 sid. 62 f

<sup>234</sup> Riksrevisionsverket, Stadsrevisionen i Stockholm

Frågor kring ramavtal har behandlas av NOU flera gånger. I ett yttrande från 1998 menar NOU att det är viktigt att man vid upphandling av ramavtal beaktar vilken volym som upphandlingen avser.<sup>235</sup> Utifrån det grundläggande ekonomiska förutsättningen att volymen har en avgörande inverkan på frågan om vilket pris man kan erhåll.<sup>236</sup>

I ett yttrande från våren 2004 återkommer NOU till frågan om ramavtal.<sup>237</sup> Denna gång kan väl diskussionen ses som mer analytisk, dels diskuteras frågan i termer av ”parallella ramavtal” dels diskuteras frågan om förutsättningar för att något som benämns avtal verkligen skall betraktas som ett avtal i juridisk mening. Det yttrande som NOU utvecklar detta i är framtaget med anledning av en prövning av SJ:s upphandling av juridiska konsulter mm.<sup>238</sup>

I den grundläggande frågan om vad som krävs för att något skall kunna kallas för avtal lyfter NOU fram att med ett avtal förstås något som innebär ömsesidiga förpliktelser för parterna<sup>239</sup> och menar utifrån detta att ett antal av vad som uppfattas som ramavtal inte kan betecknas som avtal då de dessa inte innehåller någon ens ungefärlig volymangivelse för respektive leverantör. Den enkla slutsatsen av detta är att då det man betecknat som avtal inte kan anses vara ett avtal och alltså inte kan användas för avrop utan det skall istället genomföras en upphandling.

I en dom från Svea Hovrätt våren 2004 diskuteras frågan om ett ramavtal innebär någon form av ensamrätt för ramavtalsleverantören. Efter att ha analyserat avtalstexten fann Svea Hovrätt att det inte av ramavtalets text eller av en tolkning av texten kunde utläsas någon ensamrätt. Hovrätten menade även att det inte följde någon ensamrätt av att avtalet hade ingåtts efter ett upphandlingsförfarande enligt LOU.<sup>240</sup>

## 7.9 Mera om förändring av LOU

LOU har förändrats ett antal gånger beroende på att den första implementeringen av EG-direktiven på detta område inte var fullständig. Detta förhållande framgår t ex av prop. 1996/97:153 som helt och hållet ägnas åt att förbättra LOU:s överensstämmelse med EG-direktiven inom detta område.<sup>241</sup> Av propositionen framgår vidare att förändringar var resultatet av några överläggningar mellan representanter för kommissionen och regeringskansliet.<sup>242</sup> Antalet förändringar som genomförs i LOU genom denna prop. är betydande och de gäller frågor inom hela regelverket. I denna prop. ingår även en förändring av LOU 6 kap. i det att § 12 får samma lydelse som § 22 i kapitel 1. Sammantaget införs ett betydande antal förändringar i LOU:s olika kapitel vid detta tillfälle.

## 8 Om de svenska nationella reglerna under tröskelvärdena

Vid anslutningen till den gemensamma marknaden via EES-avtalet 1993 införde Sverige LOU som en implementering av EG-direktiv avseende offentlig upphandling En viktig fråga

<sup>235</sup> NOU Ramavtal och begreppet affärsmässighet D nr 203/96 – 21 (daterad 1998)

<sup>236</sup> NOU tog upp frågan om ramavtal även i ett yttrande avseende statlig inköpsordning .NOU Yttrande över betänkandet Effektivare statlig inköpsordning (SOU 1997:130) NOU diarienummer 235/97-22.

<sup>237</sup> NOU Yttrande 2004/0046-29 (2004-03-17) Näringsdepartementets upphandling av ekonomisk och juridisk rådgivning gällande SJ AB. Yttrande till riksdagens konstitutionsutskott.

<sup>238</sup> NOU Yttrande 2004/0046-29 (2004-03-17)

<sup>239</sup> En grundläggande skillnad inom avtalsrätten

<sup>240</sup> Svea Hovrätt mål T 9323-02 (2004-04-23) MDA Assistance AB mot Polismyndigheten i Stockholm

<sup>241</sup> Antal förändringar och kompletteringar av LOU var betydande vid detta tillfälle. 60 omskrivna paragrafer och 16 helt nya paragrafer

<sup>242</sup> Prop. 1996/1997:153 sid. 2 Denna prop. bygger inte på någon offentlig utredning utan framstår som ett resultat av att EG-kommissionen inlett ett förfarande enligt artikel 169 (numera artikel 226) i fördraget angående Sveriges implementering av EG-direktiven om offentlig upphandling.

var vilken lagstiftning Sverige skulle tillämpa för upphandling under de tröskelvärden<sup>243</sup> som anges i EG-direktiven om offentlig upphandling. Inom detta område har de olika medlemsländerna i EG valt olika lösningar. EG direktivet gäller upphandling över de angivna tröskelvärden och det är upp till varje enskilt medlemsland att bestämma i vad man önskar en särskild lagstiftning för upphandling under tröskelvärden och i så fall vad en sådan lagstiftning skall ha för innehåll. I Sverige valde man så småningom att införa ett nytt särskilt regelsystem för upphandling under tröskelvärden genom att i lagen föra in ett särskilt kapitel med nationella regler för upphandling under tröskelvärdena.<sup>244</sup> I samband med detta utvecklades även upphandlingsförordningen som hade gällt för statliga myndigheters upphandling.<sup>245</sup>

De skäl som framstår som bärande för detta verkar vara att man ansåg att det kunde framstå som förvirrande att ha olika regelverk under tröskelvärden och ovanför tröskelvärdena.<sup>246</sup> (se mer utförligt i uppsatsens inledning).

### 8.1 Något mera om 6 kapitlet LOU - Upphandling under tröskelvärdena

EG direktiven för offentlig upphandling gäller formellt sett bara över vissa beloppsgränser – tröskelvärden. Varje medlemsstat avgör formellt vad som gäller inom landet för inköp alternativt upphandling under dessa tröskelvärden. Bland medlemsstaterna i EG har man förhållit sig olika när det gäller nationella regler för offentlig upphandling.<sup>247</sup>

När det gäller upphandling under tröskelvärdena har vi i Sverige genom LOU ett kap 6 som innehåller regler som inte är direkt kopplade till EG-direktiv. Flera kommentatorer framhåller att regelverket i kap 6 till en början var tänkt att motsvara vad som tidigare gällde under upphandlingsförordningen.<sup>248</sup>

I moderna kommentarer<sup>249</sup> beskrivs reglerna i LOU:s 6 kapitel mer eller mindre som om de fortfarande utgör upphandlingsförordningen såsom denna såg ut när den i stort fördes in i LOU och kam att utgöra just 6 kapitlet.

### 8.2 Svenskt nationellt perspektiv

I ett nationellt perspektiv kanske inte konkurrens från andra medlemsländer i en organisation som EG/EU framstår som trolig när det gäller upphandling under de av gemenskapen angivna tröskelvärdena. Detta medför att man för dessa upphandlingar inte kan anses ha något större behov av den typen av regler som understryker betydelsen av samhandeln mellan medlemsländerna. I det fall man som lagstiftare även önskar anbuds konkurrens mellan olika intressenter under gemenskapens tröskelvärden gäller väl även för dessa inköp att man utifrån en beskrivning av vad man vill ha inköpt eller utfört eller uppfört ordnar ett system så att konkurrensen mellan anbudsgivarna kan ske på lika villkor. (affärsmässighet, etc. I kap 4 §).

<sup>243</sup> Om tröskelvärden se sid. 22, även not 67

<sup>244</sup> Prop. 1993/94:78

<sup>245</sup> Upphandlingsförordningen

<sup>246</sup> Prop. 1993/94 78

<sup>247</sup> Prop. 1999/2000:128 sid. 20 ”Utöver Sverige har ett flertal andra EU-länder bestämmelser som, åtminstone delvis, reglerar upphandlingar under tröskelvärdena och upphandling av B-tjänster. Finland, Belgien, Luxemburg och Spanien har regler som gäller generellt för upphandling under tröskelvärdena, dvs. även för upphandling av B-tjänster. I Nederländerna, Österrike och Storbritannien regleras delar av den offentliga upphandlingen under tröskelvärdena. Vissa medlemsländer anser att icke-direktivstyrda upphandlingar inte behöver följa några särskilda procedurregler. Däremot skall det allmänna iakttas gemenskapsrättens grundläggande principer om likabehandling, icke-diskriminering, transparens, ömsesidigt erkännande och proportionalitet som följer av EG-fördraget.”

<sup>248</sup> Upphandlingsförordningen avsåg upphandling till statlig verksamhet. Inom det kommunala området infördes på frivillig basis kommunala upphandlingsreglementet i flertalet kommuner. Dessa upphandlingsreglementen hade reglerna i Upphandlingsförordningen som förebild.

<sup>249</sup> T ex Karnov : 2003:4 Kommentar till LOU

Med bortseende från regler som betonar samhandeln mellan medlemsländerna<sup>250</sup> i gemenskapen så har man i stort på det svenska nationella planet, dvs. upphandling under tröskelvärden behov av ett liknande regelsystem som man har vid upphandling inom EG-rätten, dvs. ett antal procedurregler, annonsering, tidsfrister, upphandlingsförfaranden, regler om prövning av anbud och regler om rättsmedel.

### 8.3 Om innehållet i 6 kapitlet LOU

I den första propositionen om offentlig upphandling fanns ingen skrivning om regler under tröskelvärdena.<sup>251</sup> I en senare prop. fördes dock iden fram att ersätta den då gällande Upphandlingsförordningen med ett särskilt kapitel i Lagen om offentlig upphandling.<sup>252</sup> Man menade i denna prop. att det fanns fördelar med att regler för upphandlingen enligt EG:s regelverk och nationella regler för upphandling under EG:s tröskelvärden i samma regelverk.<sup>253</sup>

Den första skrivningen av 6 kap LOU innehåller relativt få paragrafer, man definierar en särskild upphandlingsform som man benämner ”förenklad upphandling”, man har inga angivna tidsfrister för inlämnande av anbud, däremot att tidsfristen (som för varje upphandling bestäms av den upphandlande enheten) skall vara skälig. De generella reglerna i kapitel 1 LOU om affärsmässighet (i kap 4 §) definitioner (I kap 5 §) samt procedurregler för öppnande av anbud etc. görs genom hänvisningar tillämpliga även för upphandling enligt 6 kap.

6 kapitlet innehöll liksom de övriga kapitlen regler för uteslutning av anbudsgivare på vissa grunder (6 kap 9 §) och för prövning av anbud (6 kap 12 §). Reglerna för uteslutning av vissa anbudsgivare uttrycks i lagen till skillnad från regler som den upphandlande enheten hade möjlighet att ställa upp för varje upphandling i form av krav på kapacitet, teknisk förmåga med flera faktorer. (Detta berör frågan om skillnad mellan uteslutningsgrunder och frågor om teknisk förmåga, kapacitet, detta diskuteras och analyseras särskilt i uppsatsen) När det gäller möjlighet att begära överprövning som i EG:s regelverk tillkommer leverantör, faktisk eller potentiell anbudsgivare så infördes även för upphandling enligt 6 kapitlet LOU motsvarande bestämmelser, dvs. att kommunalbesvär inte skulle vara möjlig. LOU 7 kap 5§.

### 8.4 Begreppet förenklad upphandling

I prop. 1993/94:78 så förklaras begreppet Förenklad upphandling med att det för denna typ av upphandling inte behövs så detaljerade reglerna som för övrig upphandling. (inga angivna tidsfrister för lämnade av anbud utan ”skälig tid”)<sup>254</sup> Rent konkret så framhåller man att man vid denna upphandlingsform inte behöver annonsera i gemenskapens officiella tidning.

Det framgår att några remissinstanser hade invändningar mot begreppet Förenklad upphandling vilket dock man i propositionen inte tog någon notis om.

### 8.5 6 kapitlet LOU år 1994

I den tidiga skrivningen av 6:kap LOU var huvudregeln för ”förenklad upphandling”<sup>255</sup> att den upphandlande enheten bjöd in företag att lämna anbud, annonsering i dagspress etc. angavs även som en möjlighet. Även företag som inte var inbjudna hade dock möjlighet att

<sup>250</sup> Främst regel om annonsering i OFFICIAL JOURNAL och anbudstider som är tillräckligt långa för att möjliggöra anbudsgivare från andra medlemsstater att lämna anbud.

<sup>251</sup>

<sup>252</sup>

<sup>253</sup>

<sup>254</sup> Begreppet skälig tid (6 kap 5 a §) ger förvisso den upphandlande enheten större frihet, men även mer att självständigt ta ställning till.

<sup>255</sup> Begreppet förenklad upphandling fanns inte med bland upphandlingsformerna i Upphandlingsförordningen utan konstruerades i samband med att upphandlingsförordningen avvecklades och det infördes nationella regler under gemenskapens tröskelvärden i samma regelverk - LOU

lämna anbud som skulle behandlas på samma sätt som anbud från de företag som hade bjudits in att lämna anbud.<sup>256</sup>

Av propositionen framgår att det för upphandling enligt 6 kapitlet skulle vara krav på affärsmässighet enligt skrivningen om detta i 1:a kapitlet LOU. Vidare framhåller man att det även för denna form av upphandling gäller krav på likabehandling av leverantörer och ej ta otillbörlig hänsyn<sup>257</sup>

För prövning av anbud infördes i 6 kap 12 § en direkt av avskrift av 1 kap 22 § dvs. det skulle gälla samma regler för prövning av anbud i hela LOU.

Regeln om annonsering i gemenskapens databas TED (Tenders electronic daily) som finns i de andra kapitlen saknas av naturliga skäl för upphandling enligt 6 kapitlet.

### 8.5.1 Förändring 1997

När regelverket i LOU kompletterades under år 1997<sup>258</sup> i syfte att erhålla en bättre överensstämmelse med EG:s direktiv om offentlig upphandling så skrevs bl.a. paragrafen i 1 kap 22 § om prövning av anbud om, motsvarande omskrivning skedde då även av 6 kap 12 §. Förändringens syfte var att tydliggöra att prövning av anbud skulle ske mot det som angivits i förfrågningsunderlaget.

### 8.5.2 Förändring år 2000

Under år 2000 förändras regelsystemet på så sätt att möjligheten att bjuda in leverantörer att lämna anbud (selektiv upphandling) togs bort som en reguljär upphandlingsform.<sup>259</sup>

Huvudprincipen blev annonsering även för upphandling enligt LOU 6 kapitlet.

Under år 2000 infördes möjligheten till att via elektroniska databaser använda sig av något som benämndes urvalsupphandling. Vid en urvalsupphandling annonseras upphandlingen i en elektronisk databas. Den upphandlande enheten skall i annonsen ange hur många företag man avser att bjuda in att lämna anbud, antalet skall enligt 6 kap 2c § ”bestämmas med hänsyn till arten av det som skall upphandlas och vara tillräckligt stort för att effektiv konkurrens skall uppnås”. Urvalet bland de företag som anmält sitt intresse att lämna anbud skall ske objektivt. Detta har helt naturligt medfört en viss principiell diskussion hur detta skall gå till.<sup>260</sup>

## 8.6 Ny huvudprincip för upphandling enligt 6 kapitlet - annonsering

I den förändring av 6 kapitlet LOU som genomfördes genom införande av urvalsupphandling via elektronisk databas genomfördes samtidigt en mycket stor förändring vad gäller annonsering av upphandlingar.<sup>261</sup> Tidigare hade den upphandlande enheten stora möjligheter att infordra anbud eller bjuda in ett antal leverantörer att lämna anbud.<sup>262</sup> Den nya huvudprincipen blev i och med att förslagen från prop. 1999/2000:128 beslutades av riksdagen att även för upphandling enligt 6 kap LOU så skulle upphandlingen annonseras, antingen i en elektronisk databas eller i relevant dagspress. Den tidigare möjligheten att bjuda in leverantörer att lämna in anbud gjordes samtidigt om till en ren undantagsföreteelse

<sup>256</sup> Prop. 1993/94, 78

<sup>257</sup> I prop. 1993/1994: 288 gör även en relativ grundlig jämförelse med de olika paragraferna i upphandlingsförordningen

<sup>258</sup> Prop./1996/1997:153

<sup>259</sup> Selektiv upphandling är dock möjlig, men fört sedan den upphandlande enheten utan framgång prövat de reguljära upphandlingsformerna. Skrivningen i 6 kap § 2 b som reglerar detta är dock ganska öppen och kan därmed eventuellt tolkas extensivt av den som så vill.

<sup>260</sup> Se särskild diskussion i denna uppsats ”om hur välja anbudsgivare vid urvalsupphandling”.

<sup>261</sup> LOU 6 kap. 2 a §

<sup>262</sup> När det gäller annonsering av upphandlingar i motsats till selektiv upphandling så diskuteras detta i NOU:s undersökning om effekter av LOU. Av undersökningen framkommer att många mindre och medelstora leverantörer menade att det skulle vara till en stor fördel för dem med ett annonseringskrav även för upphandlingar under tröskelvärden. Detta skulle underlätta för dem att få reda på aktuella upphandlingar.

som bara kan användas under några få noggrant angivna förutsättningar angivna i LOU 6: kap 2 a §,<sup>263</sup>

### 8.7 De allmänna EG-rättsliga principerna och upphandling under tröskelvärdena

I ett par fall har ECJ prövat frågor kring förhållanden där nationell lagstiftning under tröskelvärdena finns. ECJ har i sina domar i dessa mål betonat att de allmänna principerna som gäller för upphandling över tröskelvärdena gäller även vid upphandling under tröskelvärdena. En fråga i detta sammanhang är om detta ställningstagande från ECJ är allmängiltiga, eller bara gäller om det finns en nationell lagstiftning för upphandling under tröskelvärdena eller tvärtom om det inte finns en nationell lagstiftning under tröskelvärdena.<sup>264</sup>

De svenska nationella reglerna har efterhand förändrats så att de i stort liknar reglerna i de andra kapitlen även om det i detta kapitel i LOU fortfarande används andra beteckningar för de olika upphandlingsformerna. Upphandlingsformerna har under senare år anpassats på så sätt att man beaktar möjligheterna att använda elektroniska anslagstavlor för att tillkännage upphandlingar.<sup>265</sup> Tidigare var både annonsering i dagspressen och riktade inbjudningar till utvalda leverantörer vanliga förfarande för att tillkännage att en upphandlande enhet önskade genomföra en upphandling. Numera tillhör möjligheten att bjuda in ett antal företag att lämna anbud ett av regelverkets undantag, som bara är möjligt att använda sig av när vanliga förfaranden prövats men ej medförd tillfredställande resultat vad gäller kravet på att erhålla konkurrens mellan olika anbudsgivare.

### 8.8 Särskilt om förändring av 6 kapitlet LOU

LOU:s 6 kapitel har dock genomgått en mycket stor förändring under de 10 år som lagen varit i kraft; genom en successiv omskrivning av paragrafer och införandet av nya som en effekt av rättsutvecklingen i EG, som i t.ex. Beentjes och Alcatel fallen har 6 kap LOU kommit att bli mycket likt andra EG-baserade upphandlingsregler.<sup>266</sup> En mycket stor principiell förändring är att annonsering är huvudregel även för upphandling enligt 6 kap LOU.<sup>267</sup>

De upphandlingsformer som är möjliga att använda för upphandling under tröskelvärden och för upphandlingar inom försörjningssektorn (enligt Bilaga B) har stora likheter med upphandlingsformen i de andra kapitlen, det som skiljer är främst att beteckningarna på upphandlingsformerna är annorlunda vilket kan vara förvirrande.<sup>268</sup> Sedan en förändring år 2001 finns även urvalsupphandling<sup>269</sup> som en möjlig upphandlingsform enligt 6 kapitlet. Urvalsupphandling bygger på användandet av elektronisk anslagstavlor på vilka de upphandlande enheterna kungör sina upphandlingar varefter intresserade leverantörer får

<sup>263</sup> Den skrivning som finns i lagtexten (§ 2 b) avseende möjligheterna till undantag är dock något oprecis.

<sup>264</sup> T ex. C – 59/00. Vestergaard vs Boliagsällskap

<sup>265</sup> Typexemplet på detta (dvs. användning av elektroniska anslagstavlor) är att detta har medfört behov av nya varianter på upphandlingsformer såsom urvalsupphandling i vilken upphandlingsprocessen inledningsvis består av att den upphandlande enheten annonserar ut ett anbudsområde på en elektronisk anslagstavla, intresserade anbudsgivare anmäler sitt intresse. Den upphandlande enheten gör sedan ett urval av ett begränsat antal anbudsgivare (ett arbetsmässigt hanterligt antal anbudsgivare) som inbjuds att lämna anbud. Hur detta urval skall gå till anges inte närmare vilket helt naturligt har medfört en del diskussioner

<sup>266</sup> Om konsekvenser av Beentjesdomen och 6 kap LOU se särskild diskussion i uppsatsen.

<sup>267</sup> Av 6 kap paragraferna 2-6 framgår att annonsering är huvudregel (det finns ett antal undantag) det är dock inte angivet närmare hur annonseringen skall gå till, dock skall man erhålla tillräcklig konkurrens

<sup>268</sup> Den vanliga upphandlingsformen enligt 6 kapitlet LOU benämns ”förenklad upphandling” vilket är direkt missvisande., reglerna är inte enklare än vad som gäller för de andra upphandlingsformerna. Att reglerna i 6 kapitlet benämns förenklade kan dock förklaras av att när reglerna i det 6 kapitlet diskuterades i den inhemska svenska debatten så utgick utredning till viss del från de tidigare svenska reglerna i upphandlingsförordningen och de kommunala upphandlingsreglementena. Prop.. 1993/94:78.

<sup>269</sup> LOU 6 kap 2 §

lämna sitt intresse av att lämna anbud i samma databas och erhåller även tillgång till förfrågningsunderlaget via databasen.

Genom prop. 1999/2000:128 infördes även regler om designtävlingar under tröskelvärden i 6 kap LOU (LOU 6 kap 18 §)

### 8.9 Hur göra urval vid urvalsupphandling?

Hur urvalet skall ske vid urvalsupphandling bland de leverantörer som anmält intresse av att lämna anbud framstår inte som en helt självklar fråga. Antalet man avser att låta lämna anbud skall framgå av annonsen.<sup>270</sup> Att den upphandlande enhet liksom vid andra upphandlingar kan välja bort intresserade leverantörer på grunder för bortval, allvarlig brist i yrkesutövningen, bristande teknisk förmåga är helt klar. Men vad skall förstås med att urvalet av de som skall få lämna anbud skall ske objektivt?<sup>271</sup> Denna formulering framstår som intetsägande i detta sammanhang. Vad kan anses vara objektivt bland leverantörer som passerat bortvalskriterierna. Enligt domen i Beentjesmålet skall en upphandling ske i två faser med olika kriterier för de olika faserna, kriterier som används för att göra urval av anbudsgivare skall inte användas för att pröva anbuden. I denna situation verkar det dock finns uppenbara risker för att man i en urvalsupphandling kan använda dels bortvalskriterier, sedan objektiva urvalskriterier.

I förhållande till prövning av anbud finns för denna situation inget förfrågningsunderlag som man kan ställa de olika anbudsgivarnas kapacitet, teknisk förmåga etc. mot de krav man skall ställa vad gäller kapacitet etc. skall dessutom vara proportionell i förhållande till vad upphandlingen avser, Det finns en uppenbar risk att man i detta läge använder tilldelningskriterier i syfte att kunna visa på att man hanterar frågan objektivt. Detta kan dock inte vara avsikten tilldelningskriterierna skall användas vid prövningen av anbuden från de leverantörer som bjuds in att lämna anbud.

### 8.10 Jämförelse mellan reglerna i 6 kap och de övriga kapitlen i LOU

En jämförelse över regelverken i 6 kap LOU och de övriga kapitlen i LOU ger att upphandlingsformerna benämns olika, någon upphandlingsform är inte möjlig att använda sig av vid upphandling enligt 6 kap.<sup>272</sup>

De nationella reglerna, dvs. 6 kap, har successivt förändras och kompletteras så att de numera är mer lika reglerna i de övriga ”direktivstyrda” kapitlen bl.a. beroende på uttalande av ECJ i vissa domar t ex Beentjes och Alcatel (mer om detta nedan).

När det gäller de olika procedurreglerna så skall upphandling enligt 6 kapitlet LOU inte annonseras i gemenskapens tidning. För de andra procedurreglerna (att annonsera, att utvärdera, hur man öppnar kuvert etc. finns ingen nämnbar skillnad, bortsett för tidsfristerna som enligt den direktivstyrda upphandlingarna skall vara 6 veckor med vissa undantag: För upphandling enligt 6 kapitlet finns inga speciellt angivna tidsfrister. Det är dock uppenbart att tidsfristerna för inlämnade av anbud skall vara anpassad till vad upphandlingen avser, vilket framgår av begreppet ”skälig tid”.<sup>273</sup>

Det finns vissa skillnader vad gäller rättsmedlen. Rättsmedlen enligt LOU är rättelse eller att upphandlingen skall göras om samt skadestånd.

<sup>270</sup> Ätminstånde i form av att den upphandlande enheten anger ett intervall t ex minst 5 högst 20

<sup>271</sup> I mytbildningen kring detta framfördes bl.a. att en lottning mellan de intresserade leverantörerna inte kunde anses vara ett objektivt förfarande att välja ut de som skulle få lämna anbud. Frågan har behandlas av länsrätten i Stockholm (mål 23378-02 E) som dock kom fram till att lottning bland de som anmält sitt intresse av att lämna anbud var förenligt med reglernas syfte. Länsrätten hänvisade bl.a. till upphandlingskommitténs betänkande SOU 1999:139 s 286 och till EG-domstolens avgörande i mål C-470/99. Nämnden för offentlig upphandling (NOU) har ifrågasatt lottning (NOU-info mars 2003

<sup>272</sup> Selektiv upphandling och förhandlad upphandling

<sup>273</sup> LOU 6 kap 5 a §. Senare har tillagts dock minst 10 dagar Lag 2000:877

För upphandling inom försörjningssektorn när det gäller sådana upphandlingar som omfattas av bilaga A finns särskilda rättsmedel i form av medling. Ett betydande antal upphandlingar genomförs enligt 6 kapitlet LOU och avser mycket stora belopp enligt de särskilda regler som gäller för det som ligger utanför området enligt bilaga A. För upphandlingar enligt 6 kap LOU är inte rättsmedlet medling möjligt att använda enligt den nuvarande skrivningen i LOU. Att införa detta rättsmedel (medeling) även för upphandling inom försörjningssektorn för det stora antalet upphandlingar som sker enligt 6 kapitlet framstår dock som en helt naturligt och en förändring till det bättre.<sup>274</sup>

Enligt LOU 6 kapitlet är direktupphandling möjlig under vissa ganska snävt reglerade förhållanden såsom lågt värde eller synnerlig brådska (beroende på förhållanden som inte är hänförliga till den upphandlande enheten)<sup>275</sup>

enligt 5 kapitel LOU är förhandlad upphandling möjlig under viss noga angivna förhållanden, det starkaste kravet är att det i princip bara skall finnas en leverantör att tillgå, det är upp till den upphandlande enheten att visa detta i de fall någon annan leverantör begär överprövning.<sup>276</sup>

## 8.11 Ytterligare om 6 kapitlet

### 8.11.1 Frågan om ”lågt belopp” vid direktupphandling

I 6 kap LOU § 2 2 st. anges möjlighet till s.k. direktupphandling, dvs. en upphandling utan annonseringsförfarande under vissa undantagsförutsättningar.<sup>277</sup> (Själva beteckningen direktupphandling kan i vissa fall vara missvisande, en mer adekvat beteckning kan vara inköp) Förutsättningarna för<sup>278</sup> direktupphandling var tidigare att värdet av varan eller tjänsten är lågt, samt att det råder synnerlig brådska beroende på faktorer som den upphandlande enheten ej råder över eller ej kunnat förutse. Denna skrivning kom att förändras efter förslag i denna prop.<sup>279</sup> Den nya skrivningen blev ”synnerliga skäl” som används i svensk lagtext för att markera att utrymmet för direktupphandling är mycket begränsat, dvs. betydligt mindre än skrivningen ”särskilda skäl”<sup>280</sup>.

Att man har dålig planering inom den upphandlande enheten är således inget skäl för att genomföra direktupphandling. Vidare anges att de upphandlande enheter som har behov av detta skall utfärda interna riktlinjer för hantering av lågt belopp inom organisationen. Det är alltså upp till varje upphandlande enhet att fastställa interna riktlinjer för s.k. direktupphandling enligt LOU:s 6 kap inom ramen för vad som kan anses vara ”lågt belopp”. Av den prop. i vilken frågan först diskuterades samt av spridda kommentarer i domar framgår dock att den upphandlande enheten även vid direktupphandling skall ta in bud från

<sup>274</sup> Denna fråga diskuteras inte i övrigt i uppsatsen utan nämns här för sammanhangets skull

<sup>275</sup> I den nu aktuella versionen av LOU är begreppen ’synnerlig brådska (beroende på förhållanden som inte är hänförliga till den upphandlande enheten’ ersatta med en mer generell skrivning om synnerliga skäl.

<sup>276</sup> Denna fråga har prövats av kammarrätten i Stockholm i ett mål mellan Nyköpings kommun och ett företag. I målet kom kammarrätten fram till Nyköpings kommun inte hade lyckats visa att det företag som man slutit avtal med var ett sådant företag. Kammarrätten i Stockholm, Mål nr 6364-03 (2003-11-21) Nyköpings kommun mot Mats Lönerblad med firma nordisk Annonsbyrå.

<sup>277</sup> I de särskilda kapitlen finns regler om förhandlad upphandling utan föregående annonsering -synnerlig brådska, förhållanden som den upphandlande enheten ej råder över etc. som har vissa likheter med kraven för direktupphandling enligt LOU 6 kap. 2 kap 11 § 4 pkt, 3 kap 15 § 2 pkt, 4 kap 16 § 4 pkt, 5 kap 17 § 2 pkt.

<sup>278</sup> Prop. 1993/94: 78

<sup>279</sup> I upphandlingskommitténs uppdrag ingick att utreda och komma förslag kring direktupphandlingar. Av tidigare utredningar framgick att det förekom direktupphandling i icke betydelselös omfattning. Ex i NOU:s utredning Kartläggning av fel och brister vid offentlig upphandling (Rapport 52/99-28) Av NOU:s ovan nämnda utredning framkom vidare att bristen på effektiva rättsmedel mot otillåtna direktupphandlingar allmänt uppfattas som stötande av leverantörer och allmänhet.

I utredningen diskuterades även förändring av talerätt, t ex för branschorganisationer, för kommuninvånare t ex när det gäller otillåtna direktupphandlingar. Av den översikt som presenteras i rapporten framgår att det finns exempel på att begäran om överprövning från branschorganisationer avvisas på den grunden att de saknar talerätt.

Resultat av detta blev dock förslag i prop. 2002/2002: 142 om en i lagen uttryck gräns om fem basbelopp för direktupphandlingar. (som nämns så avvisade riksdagen införandet av en gräns för direktupphandlingar.

<sup>280</sup> Den tidigare skrivningen ryms bedömningsvis inom den nya skrivningen



flera leverantörer så att en prisjämförelse är möjlig och att man skall anta det mest fördelaktiga anbudet som i dessa fall regelmässigt är det lägsta priset. Då och då har det framförts önskemål att man istället för ett begrepp som ”lågt belopp” skulle införa en tydlig gräns uttryckt i ett belopp eller relaterat till t ex basbeloppet. direkt i lagen.

### 8.1.1.2 Lågt belopp – en het fråga?

Frågan om lågt belopp eller ett gränsvärde för direktupphandling diskuterades i den utredning som verkade under åren 2000- 2001. I utredningen föreslogs att begreppet lågt belopp i LOU 6 kap 2 § 2 st. skulle ersättas med en gräns på 5 basbelopp (ca 180 000 kr år 2000). Under denna gräns skulle direktupphandling vara möjlig. Även i prop. 2001/2002 153 fanns förslaget om att direktupphandling skulle vara möjlig upp till en nivå om 5 basbelopp. Som framgår i den övriga redovisningen av denna propositionen innehöll propositionen förslag inom ett antal områden förutom frågan om en fastställd nivå för begreppet ”lågt värde” eller ”lågt belopp”.<sup>281</sup> De övriga förslagen i propositionen passerade riksdagen medan frågan om en fastställd nivå för begreppet lågt belopp om 5 basbelopp föll i finansutskott som beredde denna proposition.<sup>282</sup>

Under den tid som utredningen förslag om ett värde på 5 basbelopp för begreppet ”lågt värde” diskuterades detta en del. En myndighet som konsumentverket fann t ex anledning att särskilt framför i sitt informationsmaterial att man tycket detta var en bra förändring.<sup>283</sup>

Även Statskontoret presenterade en utredning i vilket frågan om direktupphandling var till fördel eller nackdel för de mindre företagen.<sup>284</sup> I statskontorets utredning användes ett rent företagsekonomiskt resonemang om att det för de mindre företagen var förenat med stora eller snarare för stora administrativa insatser som medförde att det i många fall inte var möjligt för denna typ av företag att lämna anbud varför en gräns om t ex 5 basbelopp skulle medföra att dessa skulle ha större möjlighet att erhålla uppdrag från den offentliga sektorn än vad de skulle kunna erhålla vid anbudsförfarande.

I denna diskussionen engagerade sig även NOU som menade att de regler för ”lågt värde” som fanns i regelverket framstod som lämpliga och menade att det inte fanns någon anledning till förändring i form att införa en viss beloppsgräns.<sup>285</sup>

Kommunförbundet följde uppmärksamt frågan om lågt belopp och hade t ex redan distribuerat ett sedvanligt informationsmaterial med det innehållet att det nu fanns en gräns om 5 basbelopp för begreppet ”lågt belopp” redan före frågan avgjordes i riksdagen.

Kommunförbundet fick dock snabbt komma ut med en rättelse efter frågan hade behandlas i riksdagen.<sup>286</sup>

### 8.11.3 Direktupphandlingar inom vård och omsorgsområdet?

I prop. 2001/2002:142 diskuteras även möjligheten till att använda sig av direktupphandling inom vård och omsorgsområdet samt att genomföra upphandling med lokal hänsyn.<sup>287</sup> Vad gäller frågan om direktupphandling inom vård och omsorgsområdet diskuterar man i utredningen möjligheten att använda sig av direktupphandling vad gäller vården för en enskild person. Diskussionen är dock knapphändig men det framstår som om man menar att

<sup>281</sup> I diskussionen menade man t ex att kostnaden för upphandling inte borde få överstiga nyttan av densamma. Kring detta var man relativt överens men samtidigt påpekas det att för värden i storleksordningen ett par - några basbelopp så borde det självklart vara ekonomiskt lönsamt att genomföra upphandling

<sup>282</sup> Finansutskottet 2001/2002

<sup>283</sup> Vid sökning på webben , sökning på ”lågt belopp” och ”direktupphandling”

<sup>284</sup> Statskontoret, en fastställd gräns för direktupphandling, konsekvenser för småföretag D nr 2002/359-5  
Statskontoret för ett antal resonemang om fördelar och nackdel, Utan att egentligen ta ställning till frågan om en gräns är till fördel för mindre företag.

<sup>285</sup> NOU-nytt mars 2002

<sup>286</sup> Kommunförbundets cirkulär 2002.50. resp. kommunförbundets cirkulär 2002:62

<sup>287</sup> Prop., 2001/2002:142 sid 49

det finns ett visst utrymme att under speciella omständigheter använda sig av direktupphandling av vården för en person.<sup>288</sup> Detta är dock en fråga av mycket stor betydelse och skrivningen i propositionen är minst sagt oklar. En näraliggande fråga som diskuteras i denna utredning är upphandling av vård som kan komma i motsättning till vårdtagarnas lagliga rätt (enligt LSS) att själva välja vårdgivare. I denna fråga framstår det som om propositionen menar att vårdtagarens fria val av vårdgivare har företräde.<sup>289</sup>

#### 8.11.4 Lokal upphandling – en fråga om strategi?

När det gäller frågan om möjligheten till lokal upphandling så är det utrymme som denna fråga erhåller i utredningen mycket begränsat, man är överens om att detta inte är förenligt men EG-rätten, men påpekar att detta främst är en fråga om strategi för den upphandlande enheten, dvs. hur man väljer att göra sina upphandlingar underförstått att i de fall man väljer att göra sin upphandlingar på visst sätt så får de lokala företagen större möjligheter än annars.<sup>290</sup>

#### 8.11.5 Andra aktuella frågor

I prop. 2001/2002:142 ägnas ett betydande utrymme till att diskutera möjligheten att föra in frågor i syfte att motverka olika former av diskriminering vid offentlig upphandling. Denna diskussion landar i att detta är möjligt under förutsättning att de särskilda antidiskrimineringsåtgärder man vill framhålla uttrycks i annonsen och förfrågningsunderlaget, samt att de särskilda villkoren blir särskilda kontraktsvillkor vid sidan av själva anbudsprövningen.<sup>291</sup> Man hänvisar vidare till en särskild utredning på detta tema som genomförts av NOU.<sup>292</sup> I denna utredning presenteras även exempel på hur en upphandlande enhet kan formera sig i annonsen och förfrågningsunderlaget, men även hur särskilda kontraktsvillkor med detta innehåll kan vara formulerade.<sup>293</sup>

I den gröna upphandlingen så är det via kommissionens tolkningsmeddelande tills vidare klarlagt att det är möjligt att genomföra upphandling och hänvisa till miljömärkning etc. som särskilda kontraktsvillkor.<sup>294</sup>

Av en dom i ECJ är det å andra sidan klarlagt att en upphandlande enhet inte kan ställa krav inom miljöområdet som den inte kan kontrollerna (rent konkret så gällde detta en fråga om att en viss procent av energi vid en upphandling av energi skulle komma från förnyelsebara energikällor).<sup>295</sup>

En frontlinje i de svenska nationella reglerna för offentlig upphandling idag verkar vara frågan om man skall kunna ställa frågor av denna karaktär som kriterier för prövning av anbud.

<sup>288</sup> Prop.. 2001/2002:142 sid 49 **Angående vården för en enskild individ**

I prop. 2001/2002:142 nämns ”vården angående en enskild individ” som ett eventuellt undantag från kravet att genomföra upphandling. I det sammanhang som detta finns i prop. så är det minst sagt en lös tråd, en tråd som inte tar vägen någonstans i denna prop.

<sup>289</sup> Prop.. 2001/2002:142 sid 50

<sup>290</sup> Prop.. 2001/2002:142 sid 50

<sup>291</sup> I Prop. förs en diskussion att upphandling av varor kan vara svårare att genomföra detta på – eventuellt så menar man här att man då kommer att komma in på WTO-reglerade området, dvs. att en fotboll är en fotboll även om den sys av barnarbetare i Pakistan och liknade frågor.

<sup>292</sup> Rapport från Nämnden för offentlig upphandling med exempel på antidiskrimineringsklausuler som kan användas i upphandlingskontrakt D nr 2002/0019-28. Senare kompletterad med Utvärdering av användning av antidiskrimineringsklausuler i upphandlingskontrakt Dnr2003/0301 - 28

<sup>293</sup> Rapport från Nämnden för offentlig upphandling med exempel på antidiskrimineringsklausuler som kan användas i upphandlingskontrakt D nr 2002/0019-28.

<sup>294</sup> Ett tolkningsmeddelande från Kommissionen har en lägre rättslig valör än en dom från EG-domstolen. Ett tolkningsmeddelande från kommissionen kan ses som en icke-bindande rekommendation.

<sup>295</sup> C – 448/01 Weinstrom GmbH mot Republiken Österrike

Att man kan ställa sådana kriterier som krav för urval av leverantörer följer av att kraven bekantgörs i annonsen och förfrågningsunderlaget och det klarläggs att kraven kommer att vara särskilda kontraktsvillkor. Under dessa förutsättningar fungerar ett sådant villkor som ett urvalskriterium i en upphandling enligt ”det mest fördelaktiga anbudet”. Man kan även diskutera att man kan se ett sådant krav som ett så kallat ”skallkrav”, dvs. ett krav som en anbudsgivare skall uppfylla för att få delta i den fortsatta prövningen (tilldelning av kontraktet)

När det gäller vilket utrymme som kan finnas för en upphandlande enhet att inom ramen för ett upphandlingsförfarande enligt det mest fördelaktiga anbudet att ställa villkor som mera indirekt sammanhänger med det som man avser att handla upp så framstår det som att detta är ett område med betydande konfliktrisker gentemot en av den gemensamma markandens grundteser, dvs. fri rörlighet för varor, tjänster etc.

## 9 Problem med offentlig upphandling

I offentliga utredningar har man lyfta fram ett antal problem i samband med offentlig upphandling. Dels i en särskild undersökning genomförd av NOU och publicerad under år 1999<sup>296</sup> dels i SOU 1999:139.

I SOU 1939:139 refereras relativt utförligt delar av det material som redan lagts fram av NOU något tidigare. Denna offentliga utredning har dock karaktären av en traditionell offentlig utredningen, dvs. med representation för diverse partsintressen

I utredningen redovisats material insamlat på flera sätt, enkäter, intervjuer, hearings, genomgång av det befintliga domstolsmaterialet, I sin redovisning relaterar utredningen i vissa fall sin framställning till det dåvarande regelverket i LOU vilket gör den ganska lätt att följa

Av redovisningen framgår att man upplever att det finns problem med offentlig upphandling, detta uttrycks i termer av bristande regelefterlevnad. Man konstaterar att det förekommer otillåten direktupphandling, att det finns brister i förfrågningsunderlagen och prövningen av anbudena.<sup>297</sup> Man menar även att man inte kan se någon enhetlig rättstillämpning i domstolarna

### 9.1 Utredningens analys av den bristande regelefterlevnaden

I analysen av den bristande regelefterlevnaden omnämns att regelverket är krångligt, att de behövs utbildningsinsatser för dem som handlägger upphandlingsfrågor.<sup>298</sup>

Vidare framgår av material från intervjuer med leverantörer om deras inställning till att begära överprövning att en anledning till att de avstått från att begära överprövning är en oro för att bli ”svartlistade”.<sup>299</sup>

När utredningen diskuterar förändringar av regelverket utgör beloppsgränsen för tillåten direktupphandling en mycket central fråga, beloppet 150 000 kr omnämns i ett antal sammanhang.<sup>300</sup>

I utredningen konstateras att ”ett inte obetydligt antal” av de omkring 10 000 upphandlande enheterna saknar tillräckliga resurser och kompetens. Att följa reglerna om offentlig upphandling.<sup>301</sup>

Vid redovisningen av det insamlade domstolsmaterialet avseende LOU framgår att man är relativt tillfredställd med att antalet mål ökade fram till år 1997 för att sedan stabiliseras på en något lägre nivå, ca 60 mål om året.<sup>302</sup>

I utredningen omnämns även EG-domstolens dom i Alcatel-målet något kortfattat, Man konstaterar att EG-domstolens dom förmodligen kommer att medföra vissa förändringar i LOU<sup>303</sup>

Frågan om bristande regelefterlevnad från de upphandlande enheterna när det gäller offentlig upphandling framkommer även senare i ett antal revisionsrapporter som finns tillgängliga på nätet.<sup>304</sup>

### 9.2 Mot en likalydande skrivning i 6 kap LOU och övriga kapitel i LOU

<sup>296</sup> Kartläggning av fel och brister vid offentlig upphandling Dnr 1999/0052-28

<sup>297</sup> Kartläggning av fel och brister vid offentlig upphandling Dnr 1999/0052-28

<sup>298</sup> SOU 1999:139 sid. 14

<sup>299</sup> Kartläggning av fel och brister vid offentlig upphandling Dnr 1999/0052-28 sid. 31

<sup>300</sup> Av NOU:s ovan nämnda utredning framkom vidare att bristen på effektiva rättsmedel mot otillåtna direktupphandlingar allmänt uppfattas som stötande av leverantörer och allmänhet. Resultat av detta blev dock förslag i prop. 2001/2002: 142 om en i lagen uttryck gräns om fem basbelopp för direktupphandlingar.

<sup>301</sup> SOU 1999:130 sid.14

<sup>302</sup> Kartläggning av fel och brister vid offentlig upphandling Dnr 1999/0052-28 sid. 6

<sup>303</sup> SOU: 1999:139

<sup>304</sup> T ex Stockholms kommun, Göteborgs kommun, RRV, se respektive internethemsida och vidare till respektive stadsrevision. Internetadresser, se källförteckning

I denna prop. (1999/2000:128) diskuteras även hur 6 kapitlet LOU lämpligen skall redigeras med hänsyn till att reglerna i detta kapitel hanteras av ett stort antal personer ofta utan juridisk utbildning, om man skall hänvisa till skrivningar i andra kapitel i LOU med motsvarande betydelse eller om man skall främst av pedagogiska skäl ha likalydande skrivningar direkt i 6 kapitlet som i de övriga kapitlen LOU i de fall man avsåg att vissa förhållanden skulle regleras på samma sätt. Enligt skrivningen i prop. valde man att införa likalydande skrivningar i 6 kapitlet.

Av diskussionen framgår att regeringen menar att det är ett värde i sig att göra skrivningarna i 6 kapitlet LOU så lika skrivningarna i de andra kapitlen LOU så lika som möjligt. Den stora skillnaden är väl främst att tidsfristerna för lämnade av anbud normalt är kortare i LOU 6 kapitlet än i övriga kapitlen. I lagen används begreppet ”skälig tid”<sup>305</sup> Även vad gäller rättsmedel finns en viss ej försumbar skillnad mellan upphandling enligt 6 kapitlet och upphandling enligt de övriga kapitlen.

### 9.3 Frågan om domstolstrots- frågan om effektiva rättsmedel

En förvaltningsdomstol kan döma en upphandlande enhet till att vidta rättelse av ett upphandlingsförfarande alternativt att en upphandling skall göras om. För de fall en upphandlande enhet trots dom om rättelse eller att en upphandling skall göras om ändå vidtar åtgärder i strid med detta t ex fullföljer en lagstridig upphandling eller vidtar en direkt upphandling helt vid sidan av en tidigare upphandlingsprocess saknas effektiva rättsmedel. Enligt den konstruktion när det gäller skadeståndstalan som finns i LOU skall leverantörer som menar att ”han” lider skada eller riskerar att lida skada driva en skadeståndsprocess mot den upphandlande enheten i allmän domstol.<sup>306</sup> Antalet publicerade skadeståndsmål från överrätterna är obetydligt, faktiskt bara en handfull.<sup>307</sup> Vad detta beror på kan man spekulera i, en möjlig förklaring kan vara att det i en allmän domstol är förenat med kostnader i form att den förlorande parten har att ersätta motpartens rättegångskostnader enligt vanliga processrättsliga principer.

Däremot finns några lättillgängliga JO-utlåtanden<sup>308</sup> avseende upphandlande enheter som trots domstols dom, t ex avseende byggnaden av en simhall i Torsby där kommunen fullföljde en ide om att låta ett visst företag uppföra en simhall trots att länsrätt (och även kammarrätt) kommit fram till att den upphandling som kommunen genomfört innehöll så pass stora brister att den skulle göras om.<sup>309</sup> Ett sådant agerande från en upphandlande enhet kan klart karakteriseras som domstolstrots.

### 9.4 Kommunalt domstolstrots – inte bara offentlig upphandling

Frågan om kommunalt domstolstrots har undersökts av Wiveka Warnlig-Neerup i monografin Kommunalt Domstolstrots.<sup>310</sup> I denna omfattande monografi redovisas ett stort antal fall där kommuner inom området för socialtjänst och LSS inte verkställt domar från såväl läsrätt som kammarrätt om insatser till enskilda. Inom detta område har man via

<sup>305</sup> Den av anbudsgivaren satta tidsfristen för inlämnande av anbud kan liksom alla andra beslut under en upphandling prövas via överprövning i förvaltningsdomstol.

<sup>306</sup> LOU kapitel 7

<sup>307</sup> Frågan om skadestånd vid offentlig upphandling diskuterade en del strax efter det att lagen infördes, bl.a. diskuterade om det positiva kontraktsintresset. Antalet publicerade domar om skadestånd vid offentlig upphandling är dock mycket få, de domar som finns återkommer mer eller mindre regelbundet i resonemangen

I en dom från zz förde HD ett något avvikande resonemang om nedlagda kostnader (vilket då överensstämmer med det s.k. negativa kontraktsintresset. I en nyligen publicerad dom från Hovrätten för västra Sverige 2004.06.01 är grunden för resonemanget dock något som mest liknar det positiva kontraktsintresset.

<sup>308</sup> JO, Anmälan mot upphandlingsenheten i Mora kommun för handläggning av en begäran om utfående av handling i ett ärende om upphandling av färdtjänst, ifrågasatt brott mot tystnadsplikt (Dnr 1085-2002,2004-01-29. Anmälan mot vägverket angående handläggning av en begäran om utlämning av handlingar Dnr 5049-2003 (2004-04-27)

<sup>309</sup> JO Anmälan mot Torsby Kommun avseende påstått domstolstrots Dnr 3497 –2000 (2001-12-17)

<sup>310</sup> Warnlig-Neerup Wiveka Kommunalt domstolstrots

offentliga utredningar<sup>311</sup> avseende ”vad göra åt frågan” lagstiftning i början av 2000-talet infört möjlighet att döma ut särskilda sanktionsavgifter benämnda ”särskild avgift” för de som inte verkställer en laga kraft vunnit dom, detta genom nya paragrafer i socialtjänstlagen och i LSS.<sup>312</sup>

Av uttalande från vissa politiker framgår att de kan tänka sig att införa en sanktionsavgift<sup>313</sup> även inom området för offentlig upphandling för de fall en upphandlande enhet inte följer en domstols dom om rättelse eller att en upphandling skall göras om, utan istället genomför något i strid med domstolens dom.<sup>314</sup>

Frågan om bristen på effektiva rättsmedel för bl.a. de ovan nämnda förhållanden har förts fram av NOU sedan slutet av 1990-talet utan att frågan så att säga blivit diskuterad mer allmänt.<sup>315</sup>

### 9.5 Marknadsskadeavgift?

Frågan om rättsmedel mot t ex otillåten direktupphandling har diskuterats alltsedan den första propositionen om Lag om offentlig upphandling. Otillåten direktupphandling medför helt klart svårigheter för leverantörer att se sig som ingående i en krets som har möjlighet att angripa detta rättsligt.

Man kan när det gäller frågor som otillåten direktupphandling diskutera om det även skall finnas talerätt för t ex kommuninvånarna när det gäller kommunala upphandlingar, det framstår även som helt naturligt att otillåtna direktupphandlingar borde kunna medföra t ex en marknadsskadeavgift

<sup>311</sup> Ds 2000:53 Kommunalt domstolstrots och prop. 2001/02:122 Åtgärder mot kommunalt domstolstrots

<sup>312</sup> Prop. 2001/02:122. I Socialtjänstlagen infördes några nya § i 16 kap §§ 6a-d, och i LSS infördes några nya §§ 28 a-d

<sup>313</sup> Frågan om sanktionsavgift inom ramen för LOU har diskuterats i finansutskottet riksdagen 2003/2004. Av Fi 29 2003/2004 framgår att utskottet är positivt till införandet av sanktionsavgift för överträdelse av regler inom LOU men att man avvaktar med hänvisning till pågående diskussion inom EG/EU och i Regeringskansliet.

<sup>314</sup> sökt på ”direktupphandling” på webben

<sup>315</sup> T ex i NOU:s Fel och brister i offentlig upphandling

## 10 NOU, nämnden för offentlig upphandling

Nämnden för offentlig upphandling infördes som en särskild självständig myndighet för att bl.a. utöva tillsyn över offentlig upphandling. Detta skedde samtidigt som LOU trädde i kraft.<sup>316</sup> I nämndens regleringsbrev anges bl.a. att nämnden kan utfärda råd och anvisningar för offentlig upphandling. När detta skrivs har dock nämnden bara i begränsad omfattning utfärdat några ”råd eller anvisningar” för offentlig upphandling.<sup>317</sup> NOU ger dock ut ett nyhetsbrev i vilket man för vissa diskussioner kring offentlig upphandling samt presenterar rättsfallsöversikter mm Detta kan inte klassificeras som ”råd och anvisningar” kanske kan det NOU framför i denna form karakteriseras som rekommendationer, dvs. en icke bindande åsikt från ett offentligt tillsynsorgan. Frågan om att NOU vare sig då eller hittills har utfärdat några omfattande råd och anvisningar för offentlig upphandling diskuteras relativt ingående i SOU 1999:31. Utgångspunkten för resonemanget framstår som att man i utredningen finner behov av råd och anvisningar för offentlig upphandling, att det åvilar det utsedda tillsynsorganet att utfärda sådana om de har den möjligheten enligt sin instruktion men att NOU inte hade använt sig av denna möjlighet NOU har dock i andra former publicerat uttalanden och yttrande till domstolar om diverse frågor sammanhängande med offentlig upphandling. Dessa uttalanden har dock enligt den traditionella rättskällevärdet inte samma värde som rättskälla. Det framstår dock som om domstolarna beaktar NOU:s yttranden.

### 10.1 Om NOU som normkälla

Som nämnts tidigare har NOU sedan denna myndighet bildades avgivit ett antal olika uttalanden och yttranden i olika upphandlingsfrågor. En fråga i sammanhanget är väl hur man från juridisk synpunkt skall värdera detta, att det inte kan ses som en rättskälla utom i de fall en domstol begär ett yttrande från NOU framstår som renlärt från en dogmatiskt vaktare av rättskällevärdet. Man bör dock beakta att NOU:s uppdrag är att utöva tillsyn över offentlig upphandling Att NOU dock skall ses som en normkälla inom området för offentlig upphandling borde vara klart.<sup>318</sup> NOU publicerar även en kvartalsinformation som innehåller rättsfallsreferat, nyheter inom utredning och lagstiftning avseende LOU.

### 10.2 Två tunga yttranden år 1998

Under år 1998 avgav NOU två längre yttrande som fortfarande har stor betydelse. I ett yttrande avseende ”Effektivare statlig inköpssamordning”<sup>319</sup> diskuteras bland annat begreppet ramavtal, varvid man för en principiell diskussion som man återkommit till i andra sammanhang bl.a. i NOU nytt våren 2004.

I det andra yttrandet<sup>320</sup> som NOU skriver med anledning av att Riksdagens revisorer yttrat sig om offentlig upphandling och då även diskuterar NOU och NOU:s roll Detta yttrande innehåller ett antal ståndpunkter i förhållande till det gällande regelverket, dels att hela regelverket behöver ses över bl.a. att de regler som finns i den särskilda lagen om otillbörligt beteende vid offentlig upphandling<sup>321</sup> borde integreras i LOU, dels att NOU

<sup>316</sup> NOU:s ställning som tillsynsmyndighet regleras i LOU 7 kap 9 §

<sup>317</sup> Dels en vägledning för upphandling enligt 6 kap LOU, dels en vägledning avseende upphandling av administrativa konsulter. Redan år 1996 gav dock två av del ledande tjänstemännen vid NOU ut en lagkommentar om LOU i serien Norstedt Gula bibliotek. Den syn på 6:2 kapitlet LOU som finns i denna lagkommentar diskuteras i avslutningen till denna uppsats.

<sup>318</sup> Kanske kan det vara relevant att diskutera detta i termer av rättens polycentri. (men det är utanför ramen för denna uppsats)

<sup>319</sup> Yttrande över betänkandet Effektivare statlig inköpssamordning (SOU 1997:130) NOU diarienummer 235/97-22

<sup>320</sup> Nämnden för offentlig upphandling synpunkter på Riksdagens revisorers rapport 1997/98: 3 Offentlig upphandling NOU diarienummer 301/97-22

<sup>321</sup> Lag om otillbörligt beteende vid offentlig upphandling. 1994:615 Denna lag infördes samtidigt med LOU. Lagen har dock sällan används.

anser att den konkreta tillsynen över den upphandlingsverksamhet som bedrivs i kommunerna inte är en fråga för NOU att granska med hänvisning till den kommunala självstyrelse utan då istället en fråga för den kommunala revisionen

I yttrandet framkommer önskemål om att LOU ges formuleringar som närmare överensstämmer med direktiven, vilket enligt NOU är fallet i de flesta medlemsstaterna. Detta yttrande från NOU innehåller ett antal andra synpunkter vad gäller offentlig upphandling, frågan om talerätt, frågan om sanktioner vid överträdelser av regelverket och då speciellt vid otillåten direktupphandling. Vid denna tidpunkt hade NOU varit verksamt några år och kan utgöra en lämplig utgångspunkt

När det gäller tillsyn av den upphandling som genomförs inom kommunerna att detta inte primärt kan vara en fråga för NOU med hänvisning till den kommunala självstyrelsen utan en fråga för de kommunala revisorerna

NOU har även haft anledning att påpeka att vissa frågor inte regleras i LOU utan handlar om hur den kommunala verksamheten är organiserad, t ex frågor om planering. NOU framhåller att då NOU har som uppdrag att utöva tillsyn över offentlig upphandling, medan den kommunala organisationen etc. faller utanför detta område.

### **10.3 NOU:s yttrande från 1998, en agenda för förändring?**

Om man tar NOU:s yttrande från 1998 och följer detta för att jämföra med de frågor som ägnas tid och utrymme i de offentliga utredningar om LOU så finner man att den stora mängden utredningar till trots så har bl.a. frågan om ramavtal inte varit föremål för någon diskussion i de offentliga utredningarna. Däremot har frågan om möjligheten att ta bort begreppet lågt värde för direktupphandlingar och ersätta detta med en beloppsgräns om 7 alternativt 5 basbelopp ägnats ett betydande utrymme i de offentliga utredningarna liksom frågan om möjligheter att använda antidiskrimineringsförbehåll och antidiskrimineringsklausuler, samt särskilda undantag t ex vad gäller ”värden för en enskild individ” och även lyft frågan om konflikten mellan offentlig upphandling och s.k. kundvalssystem utan att gjort så mycket mer med just den frågan.

Om man då ställer detta mot NOU:s yttrande från 1998 så framstår det som om NOU:s yttrande från 1998 fått en mycket marginell betydelse för vilka frågor som varit på agendan i de offentliga utredningarna i alla fall hittills. De frågor, t ex frågan om begreppet affärsmässighet, frågan om lågt belopp för direktupphandling, frågan om önskvärdheten och möjligheten att använda olika kriterier som ej är direkthänförliga till den vara eller den tjänst som skall handlas upp vid användandet ”det mest fördelaktiga anbudet” av som man låtit konsumera utredningsresurser avseende förändring av regelverket för offentlig upphandling är förutom de frågor som initierats via förändringar i EG-direktiv och domar i EG-domstolen (t ex Alcatel) i stort sett helt andra frågor som då rimligen förts upp på agendan av vissa intressegrupperingar

### **10.4 NOU om antidiskrimineringsklausuler**

NOU har som ett särskilt uppdrag utred möjligheten till att inom ramen för regelverket om offentlig upphandling konkret använda sig av anti-diskrimineringsklausuler i de kontrakt som skall tecknas när en upphandlande enhet i annonsen och/eller i förfrågningsunderlaget ställt särskilda villkor.<sup>322</sup>

I ett senare yttrande pekar NOU på att ramavtalen har en stor roll när det gäller användandet av anti-diskrimineringsklausuler, och att en anledning till att anti-diskrimineringsklausuler inte används är att den upphandlande enheten anskaffningar huvudsakligen sker genom

<sup>322</sup> Rapport från Nämnden för offentlig upphandling med exempel på anti-diskrimineringsklausuler som kan användas i upphandlingskontrakt NOU:s d nr 2002/0019-28 (2002-05-31)



avrop från ramavtal som upphandlats av någon annan enhet.<sup>323</sup> NOU framhåller vidare att det utöver användandet av antidiskrimineringsklausuler i samband med offentlig upphandling finns andra möjligheter att beakta antidiskriminering då kommissionen uttalat Att det är upp till medlemsstaterna att definiera begreppet (allvarligt) fel i yrkesutövningen sin nationella lagstiftning och avgöra om det är ett allvarligt fel i yrkesutövningen att underlåta att fullgöra vissa skyldigheter på det sociala området.

### 10.5 NOU:s roll

I utredningen diskuteras även NOU:s roll som tillsynsmyndighet över offentlig upphandling, man konstaterar att NOU är en liten myndighet med begränsade resurser, att resurserna binds upp av krav på att besvara remisser, avge yttranden etc., dvs. att NOU styrs av de uppdrag man får från staten och myndighetens kapacitet tas i anspråk av detta.

När utredningen mera konkret söker diskutera NOU:s roll som tillsynsmyndighet konstaterar man bara att statlig tillsyn av offentlig verksamhet kan vara av olika karaktär, att mera konkret tillsyn kräver stora resurser att centrala myndigheter inte främst skall ägna sig åt operativ tillsyn

Man berör även frågan om värdet av råd och anvisningar för offentlig upphandling och konstaterar att det framstår som om det finns ett stor behov av råd och anvisningar avseende offentlig upphandling, att NOU i sin uppdragsbeskrivning har möjlighet att utfärda råd och anvisningar men att NOU hittills bara i begränsad omfattning givit ut något som kan karakteriseras råd och anvisningar för offentlig upphandling, främst en kortare vägledning om upphandling enligt 6 kap LOU.<sup>324</sup> Under senare tid har NOU utgivit en vägledning avseende upphandling av administrativa konsulter.<sup>325</sup>

I uppsatsens metodavsnitt diskuterades två andra aspekter på NOU:s roll, främst vilken roll yttranden till domstolar i konkreta frågor och yttranden i mer allmänna sammanhang kan tänkas ha. I det sammanhanget hävdade uppsatsförfattaren att NOU sannolikt har och har haft en stor roll när det gäller att främja rättsutvecklingen inom området.

### 10.6 Frågan om talerätt

Nära sammanknutet med frågan om affärsmässighet finns frågan om talerätt i frågor om offentlig upphandling. Enligt en särskild paragraf 7 kap 5 § har bara leverantörer talerätt (den vanliga formen av överklaganden inom kommunal verksamhet kommunalbesvär finns inte).<sup>326</sup> Genom en dom i regeringsrätten har talerätten ytterligare begränsats till de leverantörer som lämnat anbud.<sup>327</sup>

Många intressenter påverkas av vad som handlas upp och hur detta går till, så utifrån det allmänna synsättet att talerätt sammanhänger med ”att vara direkt berörd” så finns det flera intressenter vars möjlighet till talerätt kan diskuteras. Man kan i detta sammanhang även ställa frågan om det allmänna intresset.

En näraliggande fråga gäller transparens, vem kan anses ha ett berättigat intresse av att få insyn, hur skall insynen säkerställas.

<sup>323</sup> NOU 2003/0301-28 (2004 –06-17) Rapport rörande Nämnden för offentlig upphandling att göra en utvärdering av antidiskrimineringsklausuler i upphandlingskontrakt.

<sup>324</sup> Denna vägledning presenterades under 1999 men är dock numera inte tillgänglig på NOU:s internethemsida eller på annat sätt

<sup>325</sup> NOU, Upphandling av konsulter enligt 6 kapitlet LOU. dec 2002

<sup>326</sup> I prop. 1992/98:88 motiveras detta med att det är leverantörerna som har bäst insyn i hur upphandlingen hanteras i det konkreta fallet.

<sup>327</sup> I den aktuella upphandlingen hade överprövning begärts av en leverantör som inte lämnat anbud. Regeringsrätten avvisade frågan om överprövning med hänvisning till att den aktuella leverantören ej lämnat anbud

Den kommunala revisionen framhålls i detta sammanhang bl.a. av NOU när det gäller att granska hur upphandling genomförs i landets kommuner.<sup>328</sup> Den kommunala revisionen har dock inte en fristående ställning gentemot de som skall granskas varför detta framstår som en märklig ståndpunkt. Man kan här jämföra med diskussionen kring riksdagens revisorer och Riksrevisionsverket som ledde fram till en ny från regeringen fristående revision.

### 10.6.1 Talerätt för NOU?

Det har diskuterats om möjlighet till talerätt för t ex NOU, I det som sades när denna myndighet inrättades under början av 1990-talet i samband med lagens tillkomst menade man att detta var en fråga som skulle diskuteras senare.<sup>329</sup>

NOU har 10 år efter det att lagen om offentlig upphandling trädde i kraft ingen talerätt inför domstol,<sup>330</sup> frågan diskuterades även i Prop. 1999/2000:128.<sup>331</sup> NOU kan fortfarande bäst karakteriseras som ett offentligt organ som kan uttala sig principiellt vid förfrågningar från leverantörer och upphandlande enheter. I de fall NOU bereds tillfälle att yttra sig genom förfrågningar från t ex en domstol eller en begäran från regeringen att yttra sig förefaller det som om nämnden hanterar detta betydligt mera konkret.<sup>332</sup>

Även frågan om sanktioner är av intresse i detta sammanhang, som framgår av JO-utlåtande förekommer att upphandlande enheter fullföljer upphandlingar trots dom i kammarrätt om motsatsen. De sanktioner som skulle kunna införas kan väl vara sanktioner liknade marknadsskadeavgiften i konkurrenslagen.

Man kan tänka sig att man ger en talerätt till olika sammanslutningar av leverantörer som skulle kunna anses vara taleberättigade avseende upphandlingar inom sitt branschområde.<sup>333</sup> En talan kan dock enligt generella regler inom processrätten överföras.

<sup>328</sup> NOU yttrande

<sup>329</sup> Prop. 1993/994:35 sid. 42 f Förslag om talerätt avvisades dock med hänvisning till NOU:s rådgivning och upplysningsverksamhet.

<sup>330</sup> En domstol kan dock infordra yttrande från NOU i frågor avseende offentlig upphandling

<sup>331</sup> Av diskussionen i prop. framgår att ett antal remissinstanser såg positivt på talerätt för NOU, men slutsatsen i denna Prop. blev att frågan behövde belysas ytterligare.

<sup>332</sup> NOU presenterar ett antal av sina yttranden till domstol på sin internethemsida. [WWW.nou.se](http://WWW.nou.se)

<sup>333</sup> Ett sådant förslag har motionsvis förts fram i riksdagen under år 1998

## 11 Om begreppet affärsmässighet i LOU

Frågan om affärsmässighet har klara samband med prövning av anbud. I framställningen nedan följer dock av framställningstekniska skäl dels ett kapitel om affärsmässighet och ett kapitel om prövning av anbud samt ett kapitel om senare rättsutveckling, efter de förändringar av rättsmedel för leverantörer som blev en följd av EG-domstolens dom i Alcatel-målet.

Den centrala § i LOU anges generellt vara 1 kap 4 § i vilken det framhålls att all upphandling skall ske affärsmässigt. Ett grundläggande kriterium för affärsmässighet är att anskaffning av varor, tjänster etc. sker under konkurrens.

Genom att paragrafen om affärsmässighet är placerad i 1 kapitel gäller den för upphandling enligt såväl 2, 3 och 5 kapitlen som enligt 4 kapitlet och 6 kapitlet LOU

### 11.1 Begreppet affärsmässighet

I prop. 2000/2001:142 diskuterades begreppet affärsmässighet dvs. den skrivning som finns i LOU 1 kap 4 § som används som ett samlande begrepp vad gäller vad som skall karakterisera en offentlig upphandling. Denna diskussion föranleddes av att begreppet affärsmässigt inte finns i något av EG-direktiven för offentlig upphandling, däremot så fanns begreppet i Upphandlingsförordningen. Efter en relativt omfattande diskussion kommer man dock fram till att begreppet affärsmässighet skall vara kvar i LOU.<sup>334</sup>

En beskrivning av begreppet affärsmässighet kan vara att detta är ett sorts samlingsbegrepp för de mer tydliga kriterierna, likabehandling, icke-diskriminerande, ej ta ovidkommande hänsyn. Dvs. begreppet affärsmässighet fungerar inte som ett urvalskriterium eller ett prövningskriterium utan som ett resultat eller en bedömning av hur en upphandlande enhet har genomfört en viss upphandling, affärsmässigt eller inte affärsmässigt.<sup>335</sup>

I SOU 2001:31 ”Mer värde för pengarna” diskuterades bland annat affärsmässighetsbegreppet. Man konstaterar att begreppet inte finns i något EG-direktiv avseende offentlig upphandling utan kommer från förarbetet till upphandlingsförordningen SOU1971:88 och prop. 1973:73 Utredningen menar att det som läsas ut av förarbetena till upphandlingsförordningen är en snävt ekonomisk tolkning av begreppet affärsmässighet som inte möjliggör andra hänsynstagande än rent ekonomiska.<sup>336</sup> Utredningen menar att de begrepp som finns i de aktuella EG-direktiven<sup>337</sup> och som EG-domstolen använder sig av möjliggör att man tar hänsyn till andra frågor än vad som kan omräknas i rent ekonomiska termer, de frågor som förstås här är kvalitativa frågor avseende det man avser att handla upp men även aspekter som social hänsyn, miljöhänsyn.

Vidare diskuterar utredning om begreppet affärsmässighet som sådant borde bytas ut, ett alternativ som diskuteras är att istället ange begrepp direkt från direktiven.

Man menar dock att det skulle medföra fel signaler att ta bort begreppet affärsmässighet ur lagtexten. Dessutom framhåller man att man i diskussioner med EG-kommissionen fått stöd för att man kan anse att de EG-rättsliga begreppet om likabehandling, icke-diskriminering, transparens kan tolkas in i begreppet affärsmässighet<sup>338</sup> så att Sverige på detta sätt anses

<sup>334</sup> I ett yttrande från RRV är man kritisk till delar av denna prop. då man menar att såsom diskussionen förs i prop. så kan detta innebära en utvidgning av begreppet affärsmässighet bl.a. vad gäller möjligheterna till social hänsyn vid offentlig upphandling.

<sup>335</sup> Min bedömning är att det finns behov av begrepp som affärsmässighet såväl inom juridiken som inom andra områden. Andra liknande begrepp inom juridiken är särskilda skäl, synnerliga skäl, felbegreppet inom köprätten, liksom dröjsmålsbegreppet

<sup>336</sup> Vid prövning av anbud enligt upphandlingsförordningen var en klar huvudprincip att anbudena nollställdes via diverse beräkning så att man kunde anses att man jämförde anbudena i rent monetära termer.

<sup>337</sup> T ex direktivet för byggtreprenader 93/37 artikel 30.1

<sup>338</sup> Direktiv kan implementeras i nationell rätt på olika sätt, ett sätt är att införa en mera direkt avskrift av aktuellt direktiv vilket vanligen görs av de länder som tillämpar en monetarisk princip vid införlivandet av internationella avtal i den nationella rätten. Sverige tillämpar en princip som benämns dualistisk vilket innebär att överenskommelser i internationella avtal transformeras till nationell rätt.

uppfylla kravet att de EG-rättsliga direktiven om offentlig upphandling är tillfredställande implementerat vad gäller detta.

## 11.2 Direktivens begrepp

De begrepp i de olika direktiven som skall motsvara det svenska begreppet affärsmässighet är då icke-diskriminering, (vare sig direkt diskriminering eller indirekt diskriminering), likabehandling, transparens.<sup>339</sup>

I direktiven finns ett stort antal artiklar som behandlar frågor kring tidsfrister, olika för olika upphandlingsformer, möjlighet till kortare anbudstider om den upphandlande enheten har förhandsannonserat sina planerade upphandlingar. Regler kring tidsfrister och vissa procedurregler har syftet att säkerställa likabehandling av anbudsgivarna samt möjliggöra insyn och kontroll (transparens).

I direktiven finns artiklarna som reglerna den materiella prövningen av anbud på något olika ställen. I direktivet för upphandling inom försörjningssektorn finns dels artikel 19 som behandlar frågan om transparens, artikel 30.1 som anger att anbud kan prövas antingen genom lägsta priset eller det mest fördelaktiga anbudet.

### 11.2.1 Viss skillnad mellan de olika direktiven

Direktiven för upphandling av varor skiljer sig på en viktig punkt från de andra direktiven avseende frågan om vilka krav i form av teknisk förmåga mm som den upphandlande enheten kan ställa på leverantörer. I direktiven för upphandling av tjänster, respektive byggtreprenader och inom försörjningssektorn finns möjlighet att ställa krav på teknisk förmåga, kapacitet.<sup>340</sup> Genom denna möjlighet kan den upphandlande enheten på visst sätt även påverka hur tjänsten, byggtreprenaden utförs eller utformas, vilket inte är möjligt enligt direktivet för upphandling av varor.<sup>341</sup>

#### 11.2.1.1 Om skillnad mellan upphandling av varor och upphandling av tjänster och entreprenader

Om skillnad mellan upphandling av varor å ena sida och upphandling av tjänster och entreprenader å den andra sidan.

En skillnad som framhålls är att den upphandlande enheten kan ställa krav i form av särskild kompetens, certifiering, t.o.m. viss person som utförare av tjänsten, krav som i princip medför att man kan påverka hur tjänsten eller entreprenaden utförs eller produceras till skillnad från vad som allmänt anses gälla för varor (för varor anses det allmänt att man inte kan ställa krav på hur varan tillverkas)<sup>342</sup>

Om att ställa krav på hur en tjänst produceras

För upphandling av tjänster kan kriterier som för upphandling av varor fungerar som kvalifikationskriterier istället fungera som tilldelningskriterium. Ett sådant kriterium är teknisk kapacitet. Den tekniska kapaciteten i vid mening kan inrymma speciella eller specifika kunskaper eller dylikt som är avgörande för vad den upphandlande enheten avser att handla upp med en viss upphandling

EG domstolen har i ett antal rättsfall preciserat vad icke-diskriminering, likabehandling och transparens kan anses stå för i konkreta fall.<sup>343</sup>

<sup>339</sup> Se diskussion i prop. 2001/2002:142

<sup>340</sup> I direktivet för upphandling av tjänster 92/50, I direktivet för entreprenader 93/37

<sup>341</sup> Som nämnts i annat sammanhang i denna uppsatts medför detta att den upphandlande enheten inte kan hantera kvalifikationskriterier avseende teknisk förmåga på samma sätt för denna typ av upphandling.

<sup>342</sup> Inom detta område finns kända fall från WTO:s tvistlösningsförfarande främst The Tuna ban och Turtles and Shrimps. I The Tuna ban gällde frågan om USA kunde införa importförbud importrestriktioner mot tonfisk fångade med drivgarn med hänvisning till vid användandet drivgarn så dödades ett betydande antal tonfisk som fastnade i garnen och drunknade.

<sup>343</sup> T ex Beentjes

### 11.3 Frågan om ”det mest fördelaktiga anbudet”, vad är möjligt att använda som bedömningskriterier.

I det numera klassiska rättsfallet Beentjes diskuterades ett antal frågor bl.a. att vid anbudsprövning ha ett kriterium om sysselsättning av arbetslösa. Ett sådant kriterium skiljer sig från vad man normalt hade uppfattat som möjligt att använda inom ramen för det mest fördelaktiga anbudet. Diskussionen här gällde om detta kriterium skall ses som ett tilläggs-kriterium eller som ett prövningskriterium. I det fall det skall anses som ett tilläggs-kriterium är kraven att det skall framgå av annonsen och anbudshandlingarna men inte ingå i prövningen av anbudet. I det fall ett sådant krav skall anses vara ett prövningskriterium skall det ingå bland de övriga kraven som skall prövas enligt ”det mest fördelaktiga anbudet.

#### 11.4.1 Om prövning av anbud

Olika konstruktioner.

Huvudkonstruktionen enligt 1 kap 22 § och 6 kap 12 § är dels det ekonomiskt mest förmånliga anbudet och lägsta pris

Inom ramen för det mest förmånliga anbudet, dvs. 1 kap 22 § 1 st. och 6 kap 12 § kan den upphandlande enheten ange ett antal faktorer som den anser vara viktiga för den vara, eller tjänster som man avser att handla upp. Inom ramen för det mest förmånliga anbudet. (Om prövning av anbud diskuteras närmare i ett särskilt avsnitt nedan)

#### 11.5 Angående likvärdigt utförande

En helt avgörande fråga inom offentlig upphandling är att anbud skall prövas mot de kriterier som den upphandlande enheten har ställt upp i annonsen och/eller anbudshandlingarna (förfrågningsunderlaget). Trots detta finns det regler kring att anbud kan avvika under vissa förutsättningar.

Inom bygg- och entreprenad och försörjningssektorn uppkommer ofta diskussion kring likvärdigt utförande som det som anges i annonsen och/eller anbudshandlingarna.<sup>344</sup> I direktiven är detta beaktat så att anbud med enligt anbudslämnaren ”likvärdigt utförande” skall kunna lämnas under vissa förutsättningar.<sup>345</sup>

Av domen i rättsfallet C – 421/01 från EG-domstolen framgår att för att den upphandlande enheten skall kunna pröva anbud som enligt anbudsgivaren är ”likvärdigt” med det som efterfrågats skall den upphandlande enheten dels ange att den accepterar anbud innehållande ”likvärdigt utförande” samt även ange vilka minimivillkor den ställer på ett alternativt utförande för att pröva detta mot de andra anbuden.<sup>346</sup>

Att för att kunna pröva likvärdigt utförande skall detta anges/närmare anges i annonsen.<sup>347</sup> Av domen i målet Universale- Bau framgår att det inte räcker med att den upphandlande enheten tagit fram kriterier för prövning av likvärdigt utförande och sedan deponerat dessa kriterier hos en notarie.<sup>348</sup>

<sup>344</sup> Syftet med att tillåta ”likvärdigt utförande” inom direktivet för upphandling av bygg och anläggningsentreprenader är enligt diskussionen i generaladvokatens yttrande till C – 421 /01 att främja teknikutveckling. Generaladvokaten anger vidare att detta inarbetades i det första direktivet för offentlig upphandling några år in på 1970-talet

<sup>345</sup> I LOU anges angående ”likvärdigt utförande” detta speciellt när det gäller fall då den upphandlande enheten i annonsen och/eller anbudshandlingar anger ett visst märke.

<sup>346</sup> C – 421/01 Traunfellner

<sup>347</sup> LOU 1 kap 23 b §

<sup>348</sup> C – 470/99 Universale- Bau AG

## 11.6 Angående begreppet upphandlande myndighet

Tjänster i allmänhetens intresse som ej är av industriell eller kommersiell karaktär. EG-domstolen har i ett antal domar diskuterat begreppet upphandlande myndighet (upphandlande enhet). I en begäran om förhandsbesked ställdes frågan om det är en skillnad mellan begreppen vad gäller tjänster i allmänhetens intresse så att tjänster i allmänhetens intresse som är av industriell eller kommersiell karaktär skulle ses på ett annorlunda sätt än tjänster i allmänhetens intresse som inte är av industriell eller kommersiell karaktär.<sup>349</sup> En näraliggande fråga gäller om det föreligger skyldighet att genomföra upphandling vid köp av tjänster från företag med ”intressegemenskap” Denna fråga har diskuterats i EG-domstolen<sup>350</sup> men även i svenska domstolar t ex vid inköp av tjänster inom sjukvårdsområdet.<sup>351</sup> Den principiella frågan är hur självständigt ett kommunalt bolag är i förhållande till (moder) kommunen. Av domarna framgår att en kommuns inköp från ett bolag i samma intressesfär omfattas av upphandling. Skillnaden mellan verksamheter som kan karakteriseras som industriella eller kommersiella och andra offentliga verksamheter är i detta sammanhang att de industriella och kommersiella verksamheterna kan förutsätta uppträda som en aktör på en marknad – en aktör bland andra aktörer och därmed bli utsatt för markandens villkor och på detta sätt via markanden uppleva ett tryck för att vis sina inköp uppträda affärsvässigt (med den svenska terminologin)

## 11.7 Om användningen av begreppet affärsmässigt vid prövning av anbud

Vad kan då anses vara affärsmässigt och vad är inte att anses som affärsmässigt. I de traditionella kommentarerna uttolkas begreppet affärsmässighet som att man skall ej otillbörligt gynna någon leverantör, att man skall agera objektivt

Vissa fall av vad som inte kan anses vara affärsmässigt är ganska klara, dvs. att inte anta det lägsta anbudet vid en upphandling där lägsta pris är tilldelningskriterium eller motsvarande för det mest fördelaktiga anbudet är tilldelningskriterium och i en sådan upphandling inte anta det mest fördelaktiga anbudet enligt det bedömningskriterier som den upphandlande enheten har konstruerat för utvärderingen prövningen av anbuden.

### 11.7.1 Om affärsmässighet och dess motsats – svenska vägledande domar

Om vi börjar med att presentera det som i den svenska interna rättsutvecklingen klassificerats som icke – affärsmässigt i offentlig upphandling. Att inte anta det lägsta anbudet vid upphandling med lägst pris som villkor<sup>352</sup>, att låta anbud som kommit in för sent delta i prövningen,<sup>353</sup> att låta anbudsgivare ändra sina uppgifter, att inte utvärdera i förhållande till vad man angett i annonsen eller i anbudshandlingarna (förfrågningsunderlaget),<sup>354</sup> detta kan varieras, ej genomföra upphandling utan förlänga befintligt avtal,<sup>355</sup> föra in nya prövningsgrunder, ej använda angivna prövningsgrunder, förbehålla sig fri prövningsrätt,<sup>356</sup> direkt i anbudshandlingarna eller indirekt genom att inte

<sup>349</sup> C – 360/96 Gemeente Arnhem och Gemeente Rheden vs BFI Holding. (BFI Holding)

<sup>350</sup> C – 360/96 BFI Holding, C-107/98 Teckal

<sup>351</sup> Kammarrätten i Göteborg mål 5032-5033-2002 daterad 2003-03-31 Region Skåne mot Barnläkargruppen Kristina Weidenstolpe KB Om skillnaden mellan självständiga sjukhusbolag och andra enheter inom sjukvård med avseende på möjligheten att undvika att genomföra upphandling. även Kammarrätten i Stockholm mål 76-03, 77-03 Haninge kommun mot Kramfors Värme och Sanitet AB

<sup>352</sup> enligt LOU 1 kap 22 § 2 st. eller 6 kap 12 § 2 st.

<sup>353</sup> Ett undantag som kunde vara tillämpligt enligt upphandlingsförordningen 17 §

<sup>354</sup> Tex. Kammarrätts i Stockholm Mål 3954-03 (2003-10-01) AB Bäckaskogsmedia mot Lanstinget i Västmanland.

<sup>355</sup> Kammarrätten i Sundsvall mål 27-2003 daterad 2003-01-28 Landstinget Västernorrland mot Berendsen Textil Service AB

<sup>356</sup> NJA 1998:873, Svea Hovrätts dom 2003 10-09 mål T 647-03

ange hur olika uppsatta kriterier skall värderas.<sup>357</sup> Att inte ange hur man avser att värdera referenser av olika slag, t ex referensobjekt vid byggtreprenader<sup>358</sup>

I ett tidigt mål (1997) från RegR diskuterades om det kunde vara inom ramen för affärsmässighet att en upphandlande enhet i upphandling begärde in anbudsgivarnas underliggande kostnadskalkyler<sup>359</sup>. Regeringsrätten fann att detta stred mot affärsmässigheten

Frågan om fri prövningsrätt, antingen direkt utskrivet i anbudshandlingarna eller indirekt genom att de kriterier som angivits är så oprecisa.<sup>360</sup>

Motsvarande gäller för att inte utvärdera efter de kriterier man angett i förfrågningsunderlaget<sup>361</sup>, att tillåta för sent inkomna anbud att delta i prövningen, eller andra motsvarande avvikelser från någon procedurregel t ex att lämna kompletterande information till en eller flera av anbudsgivarna utan att lämna motsvarande information till samtliga anbudsgivare.

Att ställa krav på kapacitet som inte är proportionella mot vad upphandlingen avser.<sup>362</sup>

Att använda sig av en leverantör som inte uppfyller LOUs krav på rena affärer, t ex att betala skatt och arbetsgivaravgifter. Att inte fordra in underlag för bedömning av anbudsgivares ”rena affärer”<sup>363</sup>

Att ”svartlista” anbudsgivare som fört skadeståndsmål mot den upphandlande enheten eller som begärt överprövning av något beslut i en tidigare upphandling.<sup>364</sup>

Från den svenska domstolspraxisen finns domar om t ex upphandling av skolskutsverksamhet (kammarrätten i Jönköping) där den upphandlande enheten ställt krav på samordningsvinster därvid inte klargjort hur detta skulle utvärderas.<sup>365</sup>

### 11.7.2 Brister i förfrågningsunderlagen

En fråga som framstår som något oklart rättsläge är hur stora brister i förfrågningsunderlaget som tolereras vid överprövning i domstol. Ett antal fall resonerar domstolen om brister i förfrågningsunderlaget för en viss upphandling, men kommer efter diverse dividerande fram till att briserna ändå inte leder till att rättelse (dvs. att upphandlingen ej får avslutas förrän rättelse skett, eller att upphandlingen skall göras om. Detta berör även frågan om fri prövningsrätt.<sup>366</sup>

I något fall har EG-domstolen prövat ett ärenden som eventuellt berör denna frågan dvs. om en upphandlande enhet på något sätt begränsar konkurrensen på det sätt upphandlingen är formulerad, t ex att upphandlingen berör så stor volym att bara en eller ett par leverantörer

<sup>357</sup> Detta blir i praktiken en ”fri prövningsrätt”

<sup>358</sup> I NOU-info okt 2003 förs en relativt utförlig diskussion om referenser et med anledning av EG-domstolens dom i C -315/01 (GAT)

<sup>359</sup> RÅ 1997 ref 40 Att den upphandlande enheten får ställa frågor till leverantörerna bl.a. om teknisk förmåga kapacitet, finansiell ställning framgår av 1 kap 17 § och 6 kap 10 §. De här relaterade rättsfallet ger att den upphandlande enheten inte får ställa vilka frågor som helst.

<sup>360</sup> NJA 1998:873 med flera domar. (även i uppsatsens avslutning)

<sup>361</sup> Kammarrätten i Sundsvall Mål 2669-03 daterad 2003-11-26 Vägverket mot Piteå kommun, ej tillämpa angivna utvärderingskriterier eller meddelat leverantörerna om ändring därav.

<sup>362</sup> Se diskussionen om kvalifikationskriterier och tilldelningskriterier

<sup>363</sup> Den skrivning som finns i LOU (.1 kap 17 § och 6 kap § 9 ) kring uteslutningsgrunder ger dock den upphandlande enheten viss frihet när det gäller detta, enligt ordet ”kan” i lagtexten

<sup>364</sup> Hovrätten för västra Sverige ”Slamsugningsverket i Brämhult” Mål T 2750-02 (2003-10-08)

<sup>365</sup> Kammarrätten i Jönköping, mål 2703/03 daterad 2003-10-01 Barn och ungdomsnämnden i Karlskrona kommun mot KB Fjärdsjömåla Taxi

<sup>366</sup> NJA 2002:50 Kammarrätten i Göteborg i mål Kammarrätten i Göteborg Dom i mål 2409-03 daterad 2004-09-29 Dotcom Solutions AB mot Mölndals Kommun. I domen refereras utförligt till HD:s skrivning i NJA 2002:50 Kammarrätten gör dock en i sammanhanget en mycket grundlig genomgång av förfrågningsunderlagets uppbyggnad med kriterier och underkriterier samt jämför detta med hur kommunen hanterat utvärderingen av anbuden om finner att kommunen i utvärderingen för in underunderkriterier som ej angetts i förfrågningsunderlaget samt att viktningen av dessa kriterier ej var förutsägbar för anbudsgivare. Kammarrätten kommer fram till att upphandlingen skall göras om. Denna dom är av stort principiellt intresse och refereras och kommenteras särskilt i avsnittet om prövning av anbud.

har tillräcklig kapacitet, Man kan fråga sig hur långt är detta möjligt, I målet C-225-98 diskuteras bl.a.frågan om den upphandlande enheten söker begränsa det antal anbud som tillåts konkurrera i en viss upphandling.<sup>367</sup>

### 11.8 Indirekt främjande av konkurrens

En fråga som kan vara relevant att diskutera i detta sammanhang är grundtesen att det är den upphandlande enheten som bestämmer vad som skall handlas upp och hur detta skall gå till. T ex om en upphandlande enhet formulerar upphandlingen så stor (omfattande) att endast ett, ett par eller ett fåtal företag är så stora har sådan kapacitet att det är möjligt för dem att lämna anbud.<sup>368</sup> Med beaktande av att man inte får dela upp en upphandling i syfte att underskrida de tröskelvärden som anges i de olika EG-direktiven. En följdfråga i detta sammanhang är om en leverantör verksam inom relevant bransch begär överprövning i länsrätten av en sådan upphandling. Det finns ju krav på att konkurrens skall vara tillräcklig vilket borde medföra att den upphandlande enheten utformar sitt förfrågningsunderlag på så sätt att minst 4-5 kommer in.<sup>369</sup>

En fråga i detta sammanhang är väl även om möjligheten till någon form av samverkan utan att det kan anses som kartellsamarbete mellan mindre och medelstora leverantörer. EG-domstolen har uttalat att en upphandlande enhet inte kan ställa krav på en viss juridisk form för de som lämnar anbud.<sup>370</sup>

Däremot kan man ställa krav på viss juridisk form för utförandet av kontraktet. Även frågan om en anbudsgivare kan stödja sig på den sammanlagda kapaciteten i koncern som anbudsgivaren tillhör i syfte att uppfylla krav på kapacitet, erfarenhet som ställts upp av den upphandlande enheten i en viss upphandling har prövats av EG-domstolen.<sup>371</sup>

Att söka undvika kravet på annonsering vid genomförandet av en upphandling med hänvisning till något av den undantag som anges i lagen även om det undantag man hänvisar till helt klart eller med mycket stor sannolikhet inte är tillämpligt.

Att genomföra en upphandling enligt reglerna under EG:s tröskelvärden trots att upphandlingen klart överstiger dessa tröskelvärden.<sup>372</sup>

Frågor om att olika enheter inte ser sig som upphandlande enheter. Ett antal offentliga bolag anser sig inte vara berörda av regelverket om offentlig upphandling och agerar enligt denna sin åsikt när de gör sina inköp.<sup>373</sup>

### 11.9 Frågan om så kallade otillåtna direktupphandlingar.

En fråga som kan vara relevant i förhållande till affärsmässighetsbegreppet är referens tagning, dvs. vilka referens man tar, hur man värderar dessa, samt validitet av egna erfarenheter i samband med referenstagning.

Frågan om s.k. parallella ramavtal, dvs. ett förfarande där en upphandlande enhet genomför en upphandling inom ett visst område, antar ett antal leverantörer tecknar någon form av kontrakt med dessa med varierande priser etc. Men sedan vid de skallade avropen bara använder sig av någon eller ett par av dessa antagna ramavtalsleverantörer.

<sup>367</sup> C-225-98 Kommissionen mot Frankrike. Uppförande och underhåll av skolbyggnader i norra Frankrike. I det aktuella målet finns EG-domstolen att antalet anbudsgivare inte kunde begränsas till 5 st. För att säkerställa tillräcklig konkurrens behövde fler anbudsgivare.

<sup>368</sup> RÅ 1999 not 1 Upphandling av tandvård.

<sup>369</sup> EG-domstolen har avgjort ett mål i vilket frågan gällde om en upphandlande enhet kunde avbyta en selektiv upphandling då det endast fanns en leverantör ”kvar” efter det att ett par leverantörer sållats bort i ett tidigare steg i upphandlingsprocessen. EG-domstolens dom innebar att detta var förenligt med direktivet.

<sup>370</sup> Detta är numera infört i LOU i kap 1 § 23 a §

<sup>371</sup> T ex upphandling avseende drift av reningsverk på den Italienska ön Sardinien. I denna upphandling

<sup>372</sup> Inte annonser i Official Journal, inte tillämpa anbudstider enligt reglerna i 1:a kap LOU

<sup>373</sup> Kartläggning av fel och brister vid offentlig upphandling Dnr 1999/0052-28



Frågan om riktlinjer för direktupphandling inklusive frågan om lågt belopp, kan ett ”lågt belopp” vara hur högt som helst. Kan kommunala riktlinjer som anger 5 basbelopp för lågt belopp var lagenliga när riksdagen förkastat en proposition som just föreslaget att gränsen för lågt belopp skall sättas till just 5 basbelopp. (ca 197 000 kr)<sup>374</sup>

Inom ramen för affärsmässigheten finns även hur den upphandlande enheten använder ”det mest fördelaktiga anbudet”. Den upphandlande enheten har i dessa fall möjligheter att själva ange vilka faktorer som den anser vara relevant för upphandlingen i fråga, samt ange faktorerna efter angelägenhetsgrad med den viktigaste faktorn först. Bara ett fåtal sådana urvalskonstruktioner har dock överprövats rättsligt i svenska domstolar vilket klart sammanhänger med att tilldelningsbeslut i praktiken inte var möjliga att begära överprövade före den förändring i 7 kap 1 § som infördes 1 juli 2002 som en följd av Alcateldomen och vad som kom fram i denna dom om vikten av effektiva rättsmedel.

I det avsnitt i uppsatsen som behandlar den senare rättsutvecklingen återkommer jag till denna fråga.

### 11.10 Preferensregler än en gång, miljöhänsyn och social hänsyn

Om man följer diskussionen om offentlig upphandling finns även en diskussion om önskvärdheten och möjligheten att använda en eller annan preferensregler, t ex att ta någon form av social hänsyn vid anbudsprövningen, miljöhänsyn i eget eller som ett ”allmänt intresse”, eller på något annat sätt t ex som särskilda kontraktsvillkor som den upphandlande enheten vill ha införda i kontraktet med den anbudsgivare som erhåller uppdraget att leverera varan, tjänsten eller entreprenaden. Genom två tolkningsmeddelanden från kommissionen år 2001 har vissa hållpunkter i denna diskussion klarnat.<sup>375</sup>

Främst att det under vissa förutsättningar är möjligt att vid offentligupphandling ta miljöhänsyn och social hänsyn i form av särskilda kontraktsvillkor som dock skall anges i annonsen. Det är dock EG-domstolen som tolkar EG-rätten, ett tolkningsmeddelande avseende en viss fråga har inget formellt juridiskt värde. Det är enligt EG-rätten möjligt för t ex en medlemsstat att stämna kommissionen inför EG-domstolen.<sup>376</sup>

<sup>374</sup> Denna fråga bedöms som mycket aktuell i det att riksdagen inte antog något belopp för begreppet lågt värde trots förslag om detta i proposition 2001/2002:142. Detta faller dock inom andra delar av den offentliga rätten, för kommunernas del kommunallagen och kan bli synliggjort och angripas via kommunalbesvär för de fall en kommun antar riktlinjer avseende lågt värde som skiljer sig från den bedömning som finansutskottet gjorde under 2002 års riksdag.

<sup>375</sup> Kommissionens tolkningsmeddelande angående möjligheten att ta social hänsyn vid offentlig upphandling, och kommissionens tolkningsmeddelande om att ta miljöhänsyn vid offentlig upphandling

<sup>376</sup> Antalet mål i kammarrätterna är dock numera relativt betydande. Ett problem med detta är dock att det är förenat med en del arbete att följa kammarrätternas avgöranden. Slutsatsen av detta är att det medför en viss arbetsinsats från den enskilde att söka skaffa sig en uppfattning om det som brukar benämnas för ”gällande rätt” inom detta rättsområde. En genväg till aktuell rättsutveckling finns dock via Svenska kommunförbundet som på sin hemsida har sin egen rättstidskrift Rättsnytt tillgänglig. Rättsnytt utkommer med fyra nummer per år. I rättsnytt finns regelmässigt de senaste regeringsrätts- och kammarrättsavgörandena inom offentlig upphandling refererade och i viss mån kommenterade. Kommentarererna är då från ett kommunalt perspektiv. En annan användbar informationskälla är nyhetsbrev utgivna av Nämnden för offentlig upphandling, NOU

## 12 Prövning av anbud

### 12.1 Den mest principiella frågan

Den fråga som är av störst principiell betydelse är dock vad som är möjligt att använda som kriterium inom begreppet ”det mest fördelaktiga anbudet”, De exempel som nämns i direktiven<sup>377</sup> är just exempel och olika varianter är möjliga vilket framgår av EG-domstolens diskussion i olika domar. Men vad är möjligt?

Det är kring vad som kan anses rymmas inom detta utrymme som den stora aktuella diskussionen äger rum, utifrån grunden att de kriterier som den upphandlande enheten ställer upp skall vara relevanta i förhållande till det upphandlingen avser så har man för detta utrymme diskuterat frågor med syfte på sociala skäl inklusive sysselsättningspolitiska skäl, miljökäl, lokala skäl vilket då inte direkt kan avse den tjänst eller den vara som upphandlingen avser.

En upphandlande enhet kan ha ansvar för frågor som har anknytning till ”andra frågor” t ex stadsmiljön – Detta var för EG-domstolen avgörande när det gällde upphandling av bussar för stadstrafik i Finland där man menade att det var förenligt med regelverket för offentlig upphandling att den upphandlande enheten ställde vissa miljökrav på bussarna utifrån att staden som genomförde upphandlingen även hade ansvar för stadsmiljön och ett mål inom detta område var att minska föroreningarna.<sup>378</sup> Detta ses ut att öppna stora möjligheter att ta olika mål från diverse politikerområden för många upphandlande enheter.

Vad gäller möjligheten att använda sociala kriterier och miljökrav har kommissionen år 2001 kommit ut med tolkningsmeddelanden.<sup>379</sup> Slutsatsen från dessa är att kommissionen menar att det ok att använd sociala kriterier och miljökrav i offentlig upphandling under förutsättning att detta tydliga framgår av annonsen och anbudshandlingarna men att det sedan landar som ett särskilt avtalsvillkor mellan den upphandlande enheten och de leverantör som erhåller kontraktet.<sup>380</sup>

Det framstår som att EG-domstolen i det ”finska miljöbussfallet” dock har medgett att ett miljökrav används som ett direkt kriterium. Kontentan av EG-domstolens dom är väl att de miljökrav som den upphandlande enheten ställer måste ha ett (tydligt) samband med vad som handlas upp. Samband mellan drift av bussar och miljö framstår som relativt klart. En fråga är som nämnts relevans i förhållande till det som upphandlingen avser, men behöver det vara så under förutsättning att de grundläggande principerna om transparens, likabehandling, icke-diskriminering etc. iakttas.

### 12.2 Det ekonomiskt mest förmånliga anbudet

#### 12.2.1 Den svenska lagtexten

I den svenska lagtexten förekommer följande exemplifieringar vad gäller vad som är möjligt att ange som kriterier vid offentlig upphandling

”såsom pris, leveranstid, driftkostnader, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service, tekniskt stöd, miljöpåverkan m.m.”

<sup>377</sup> pris, leveransdatum, driftkostnader, lönsamhet, kvalitet, estetiska och funktionella egenskaper, teknisk förtjänst, service efter upphandlingen och tekniskt underhåll.

<sup>378</sup> C-513/99, Concordia Bus Finland Oy Ab, tidigare Stagecoach Finland Oy Ab, och Helsingin kaupunki, HKL-Bussiliikenne

<sup>379</sup> KOM (2001) 274 Tolkningsmeddelande från kommissionen om gemenskapslagstiftning med tillämpning på offentlig upphandling och möjligheterna att ta miljöhänsyn vid offentlig upphandling  
KOM(2001) 566 Tolkningsmeddelande från kommissionen om gemenskapslagstiftning med tillämpning på offentlig upphandling och möjligheterna att ta sociala hänsyn vid offentlig upphandling.

<sup>380</sup> Det är dock EG-domstolen som tolkar EG-rätten, ett tolknings meddelande har inte samma rättsliga tyngd som en dom i EG-domstolen.

Enheten skall i förfrågningsunderlaget eller i annonsen om upphandling ange vilka omständigheter den tillmäter betydelse. Omständigheterna skall om möjligt anges efter angelägenhetsgrad, med den viktigaste först. Lag 1997:1068.

I EG-direktiven är detta något annorlunda formulerat i artikel 26.1 i direktiv 93/36 att den upphandlande myndigheten skall ta hänsyn till antingen enbart det lägsta priset, eller, då tilldelning sker till förmån för det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, olika kriterier hänförliga till kontraktet, till exempel pris, leveransdatum, driftkostnader, lönsamhet, kvalitet, estetiska och funktionella egenskaper, teknisk förtjänst, service efter upphandlingen och tekniskt underhåll.

En jämförelse mellan EG-direktiven och den svenska lagtexten ger att man har andra exempel, men samma innebörd

EG-domstolen betonar att det inte är en uteslutande uppräkningslista i direktiven<sup>381</sup> vilket medför att uppräkningslistan skall se som exempel. I rättsfallet *Evans Medical Ltd och Macfarlan Smith Ltd*<sup>382</sup> från början av 1990-talet prövade domstolen om det inom ramen för det mest förmånliga anbudet fanns möjlighet att använda företagets förmåga att säkerställa en tillförlitlig och fortlöpande anskaffning i ifrågasvarande medlemsstat (tillförlig leverans) som ett kriterium. Domstolen fann att detta var möjligt med hänsyn till upphandlingens syfte<sup>383</sup>

### 12.3 Domstolsprövning av utvärderingsmodeller

Antalet publicerade svenska rättsfall som innehåller en domstolsprövning om utvärderingsmodeller var länge mycket begränsat. Då upphandlingsförordningen saknade möjlighet till domstolsprövning av statliga upphandlingar saknas helt naturligt rättsfall avseende statlig upphandling från tiden före LOU.

Från de kommunala upphandlingsreglementena finns några få rättsfall publicerade men inget av dessa berör frågan om hantering av utvärderingsmodeller.

Den relevanta paragrafen i upphandlingsförordningen, § 5 avseende prövning av anbud hade följande lydelse

”Av det underlag för anbudsinfördran som myndigheten tillhandahåller leverantörerna (förfrågningsunderlaget) skall det framgå vilken upphandlingsform och vilka krav, bestämmelser och upplysningar som gäller för upphandlingen.”

#### **RÅ 1996 ref 100**

Det framstår som om det första rättsfallet vars utvärderingsmodell prövas i regeringsrätten är RÅ 1996 ref 100. I detta rättsfall hänvisar regeringsrätten inte till några tidigare rättsfall vare sig svenska eller EG-rättsliga, vad gäller doktrin bara till förarbetena till upphandlingsförordningen och den första propositionen om LOU.<sup>384</sup>

I detta rättsfall diskuterar regeringsrätten prövning av anbud. Den upphandlande enheten hade angivit kvalitativa kriterier vid sidan av priset. Upphandlingen gällde trafikering av busslinjer samt att hålla allmän taxiservice som ett kvalitativt tilläggsriterium. Av regeringsrättens dom framgår att den upphandlande enheten inte hade upplyst om detta tilläggsvillkor i annonsen utan det kunde den som hörde av sig få reda på upplysningsvis.

Regeringsrätten underkänner upphandlingen men kommer ändå fram till att den inte skall göras om, utan menar att den upphandlande enheten skall beakta regeringsrättens dom vid

<sup>381</sup> Text i C-513/99, *Concordia Bus Finland Oy Ab*, tidigare *Stagecoach Finland Oy Ab*, och *Helsingin kaupunki, HKL-Bussiliikenne*

<sup>382</sup> C-324/93 *Evans Medical Ltd och Macfarlan Smith Ltd*

<sup>383</sup> C-324/93 p 55

<sup>384</sup> prop.. 1986/87:5, s. 30; prop.. 1987/88:78, s. 37-38; prop.. 1992/93:88, s. 51-52, 71-72.

nästa upphandling (främst ett resonemang om att olika villkor, i detta fall tilläggsvillkoret att hålla allmän taxiservice skulle framgå i annonsen.

Skrivningen i RÅ 1996 ref 100 att krav eller kringomständigheter som tillmäts betydelse i en viss upphandling inte endast skall anges utan också så långt som möjligt preciseras i ekonomiska termer kan hänföras till den dåvarande skrivningen av LOU i kap 21 § (och motsvarande i 6 kap 7 §) och idén om att anbud skall nollställas vilket även tolkades som att kvalitativa variabler skulle omvandlas till ekonomiska termer via den s.k. nollställningen.<sup>385</sup> Regeringsrätten hänvisar i detta avseende till prop. 1992/1993: 88 sid. 52

#### 12.4 EG-domstolen om prövning av anbud

Mycket principiellt är EG-domstolen och rättsfallet Beentjes. I denna dom sjösatte domstolen principen om att det vid prövning av anbudet finns två faser, en kvalificeringsfas och tilldelningsfas, samt att kriterier som den upphandlande enheten använder i kvalificeringsfasen inte kan användas i tilldelningsfasen. Att den upphandlande enheten genomförde de bägge faserna samtidigt var OK bara de behandlade det som två faser dels en kvalificeringsfas och dels en tilldelningsfas.<sup>386</sup>

I det aktuella rättsfallet, Beentjes, hade domstolen att ta ställning till frågan om de anbudssökandes erforderliga teknisk kapacitet. Den upphandlande enheten hade ställt upp krav på erforderlig teknisk kapacitet. Detta krav hade sedan den upphandlande enheten använt vid tilldelningen av kontraktet. Beentjes menade att. Domstolen menade att erforderligt teknisk kapacitet är ett kriterium som i det fall ett sådant krav ställs upp av den upphandlande enheten för en viss upphandling, som skall ses som ett kvalifikationskrav och inte ett tilldelningskrav.

Domstolen menar tydligen att om man ställer upp ett krav på erforderlig teknisk kapacitet så skall den upphandlande enheten i kvalifikationsfasen avgöra vilka anbudsgivare som kan visa att de har en sådan kapacitet. I nästa fas skall sedan den upphandlande enheten sedan pröva de olika anbud som passerat kvalifikationsfasen mot de kriterier som man ställt upp för prövning av anbud.

I ett senare rättsfall<sup>387</sup> gällde frågan att den upphandlande enheten för en viss upphandling krävde att anbudsgivarna skulle ange referenser enligt vissa i annonsen angiva förutsättningar.

Även i denna dom fann EG-domstolen att i det fall den upphandlande enheten hade ställt upp på ett visst antal referenser så är ett sådan kriterium att anse som ett kvalifikationskriterium och då alltså inte som ett tilldelningskriterium som skulle kunna användas för att värdera mellan de anbud som var kvalificerade enligt de krav som den upphandlande enheten hade ställt upp för en viss upphandling.

Domstolen har i det mycket omskrivna fallet Beentjes diskuterat om man i en offentlig upphandling kan ställa krav på att den som erhåller kontraktet skall sysselsätta långtidsarbetslösa. Domstolen kom fram till att detta var förenligt med regelverket bara kravet inte var diskriminerande eller i strid mot någon annan EG-rättslig princip

<sup>385</sup> Som nämns tidigare i uppsatsen så utmönstrades begreppet Nollställning ur LOU genom prop. 1995/1996:165. I prop.. Kommenteras dock inte närmare kring utmönstring av begreppet nollställning utan skrivningen i prop. betonar att den ny skrivningen av § 21 i första kapitlet understryker att initiativet till komplettering av anbud är en fråga för den upphandlande enheten

<sup>386</sup> I lagen om offentlig upphandling har man frågor om kvalificeringskriterier med avseende på teknisk förmåga, kapacitet, finansiell ställning i ett set paragrafer och utslutningsgrunder i förhållande till ”allvarliga brister” i yrkesutövning, brister i förpliktelser till det allmänna i ett annat set av paragrafer. För de senare bristerna gäller att den upphandlande enheten har möjlighet att använda sig av dessa s.k. utslutningsgrunder. I den svenska inhemska diskussionen görs inte alltid skillnad mellan kvalificeringskriterier och utslutningsgrunder vilket kan vara mycket förvirrande.

<sup>387</sup> C- 315/01 GAT

EG-domstolen har diskuterat frågan om vad den upphandlande enheten skall ange i annonsen och/eller anbudshandlingar. Generellt menar EG-domstolen att krav som den upphandlande enheten har skall framgå av annonsen och/eller anbudshandlingarna. EG-domstolen framhåller att detta är det mest grundläggande kravet för att tillförsäkra insyn i en viss upphandling.<sup>388</sup>

Även utvärderingsmodellen skall framgå av annonsen och eller anbudshandlingarn. Det är t ex inte tillfyllest att såsom i ett mål som prövat i EG-domstolen, att den upphandlande innan den genomför en viss upphandling deponera utvärderingsmodellen hos ett oberoende organ (utvärderingsmodell deponerad hos notarie)<sup>389</sup>

## 12.5 Gäller principen från Beentjes även för upphandling enligt LOU 6 kapitel

Som nämnts tidigare i denna uppsats så genomförs merparten av de upphandlingar som genomförs i Sverige enligt reglerna i 6 kapitlet LOU. Det är därför viktigt att diskutera hur den upphandlande enheten skall hantera anbuden när det gäller kvalifikationskriterier och tilldelningskriterier när anbuden provas.

Frågan om en uppdelning i kvalifikationskriterier och uteslutningskriterier är viktig med avseende på EG-domstolens dom i Beentjes målet i vilken domstolen införde åtskillnaden mellan kvalifikationskrav (avseende teknisk kapacitet, finansiell ställning etc.) Domstolen framhöll att det finns en skillnad mellan kvalifikationskriterier och tilldelningskriterier. Att även om prövningen av anbuden skedde i ett sammanhang så var det viktigt för de upphandlande enheterna att hålla en skiljelinje mellan att pröva vilka anbudsgivare som kunde anses kvalificerade vad gäller teknisk kapacitet, finansiell ställning etc. och hur man sedan använde tilldelningskriterierna för att avgöra vilket anbud som var det mest fördelaktiga i förhållande till vad den upphandlande enheten hade angett i annonsen och/eller anbudshandlingarna (förfrågningsunderlaget) till den aktuella upphandlingen. EG-domstolen framhöll även att de kriterier som avsåg kvalificering inte kunde användas vid tilldelningen. Genom prop. 1996/97:153 infördes som tidigare nämns paragraf 20 a i LOU 1 kap I paragrafen anges att den upphandlande enheten skall pröva ställda krav före den prövar anbuden. Det är dock en principiell skillnad mellan de krav på tillräcklig kapacitet etc. som den upphandlande enheten kan ställa på leverantören och de krav som den upphandlande enheten ställer på den vara eller den tjänst som upphandlingen avser.

För upphandling enligt kapitel 2, 3, 4 och 5 finns regler om uteslutningsgrunder och kvalifikationskrav i 1 kap 17 och 18 §§ medan regleringen av prövning av anbud (hantering av tilldelningskriterierna finns i 1 kap 22 §-

I 6 kapitlet LOU är reglerna om kvalifikationskrav och uteslutningsgrunder dock något annorlunda utformade än motsvarande regler i 1 kap 17 och 18 §§. Av paragraferna i 6 kapitlet finns inget nämnt om kvalifikationskrav, däremot motsvarar 6 kap 9 § i princip 1 kap 17 §. Reglerna i 6 kap 12 § motsvarar helt i kap 22 §-

Det finns dock starka skäl för att innehållet 6 kap §§ 9 och 10 skall anses ha motsvarande betydelse som 1 kap 17 och 18 §§.<sup>390</sup> Det skäl angående kvalifikationskriterier i form av

<sup>388</sup> T ex i målet C – 470/99 Universale- Bau AG

<sup>389</sup> C – 470/99 Universale- Bau AG Slutsatsen av detta är att det viktiga är att kriterierna görs kända för anbudsgivarna. Att deponera kriterierna innebär bara en viss garanti för att de är framställda oberoende av hur anbuden ser ut.

<sup>390</sup> I prop. 1993/1994:78 omnämns denna fråga enligt att det även för nationella upphandlingar är möjligt att ställa krav på leverantören enligt 1 kap 17 § 1:a och 3:e st. Denna skrivning i prop. är dock enligt min mening inte särskilt klar,. Därav mer argumentation i min text.

teknisk kapacitet, finansiell kapacitet etc., som anförs i kommentaren i Karnov<sup>391</sup> kan på intet sätt anses begränsade till upphandling över tröskelvärdena. Vidare har frågan om 6 kapitlet LOU i förhållande till övriga kapitel LOU diskuterats i prop. 1999/2000:128 där lagstiftaren uttrycker en klar uppfattning om att frågor enligt 6 kapitlet som motsvarar frågor i andra kapitel skall tolkas på samma sätt. I ett beslut från Högsta domstolen (år 2003) uttrycks motsvarande.<sup>392</sup>

## 12.6 Utvärdering av anbud, nollställning eller....

I förarbetet<sup>393</sup> till upphandlingsförordningen diskuteras begreppet nollställning av anbud. Den modell för nollställning som redovisas i detta sammanhang är att olika variabler skall transformeras till ekonomiska termer. Man skriver ”om möjligt”. I prop. diskuteras dock inte vad som kan anses vara möjligt att transformera till ekonomiska mått, inte heller anges hur förfara för det fall det inte är möjligt.

Detta synsätt återfinns inte i EG-domstolens domar, EG-domstolen för generellt ett resonemang som innebär att kvalitativa variabler skall värderas efter sina egna förutsättningar. I och för sig följer EG-domstolen de utvärderingsmodeller som de upphandlande enheterna har använt sig av i de tvister som bl.a. de nationella domstolarna inom gemenskapen har vänt sig till EG-domstolen med en begäran om förhandsavgörande. Detta medför att EG-domstolen diskuterar inte explicit någon omvandling till ekonomiska mått. I ett par rättsfall har den upphandlande enheten angivit att de vid utvärderingen av anbuden skall använda sig av ett ”scoringförfarande”,<sup>394</sup> t ex Concordia bus, av resonemangen i dessa domar framgår att scoringförfarande i det fall den upphandlande enheten avser att använda denna metod skall anges i annonsen och anbudshandlingarna. Den princip som EG-domstolen hävdar är transparens, vilket i detta sammanhang kommer till uttryck i att den upphandlande enheten skall ange i annonsen eller anbudshandlingarna hur den tänker utvärdera olika variabler. Om man tankemässigt fullföljer ett sådant resonemang får man en diskussionen kring hur noga en upphandlande enhet skall ange hur varje kvalitativ variabel skall omvandlas till ekonomiska mått. I det fall den upphandlande enheten inte anger detta borde detta vara angripbart av anbudsgivarna genom överprövning.

I de fall den upphandlande enheten anger hur denna omvandling är tänkt att gå till framstår det som den upphandlande enheten får stora svårigheter att antecipera vad de olika anbuden kommer att innehålla vad gäller de olika kvalitativa kraven.

EG-domstolen har i några domar behandlat frågan om utvärdering av anbud

Dels har domstolen tagit ställning till krav som den upphandlande enheten har ställt upp som kan domstolen pröva om kravet i fråga har varit diskriminerande.<sup>395</sup>

I rättsfallet Concordia Bus diskuterar EG-domstolen tre frågor som den finländska högsta förvaltningsdomstolen ställt till EG-domstolen

<sup>391</sup> Karnov, Kommentar till Lagen om offentlig upphandling not 80-82

<sup>392</sup> Högsta domstolens beslut meddelat i Stockholm den 30 dec 2003 i mål nr Ö 3682-02 ”En lagbestämmelse eller ett begrepp som används inom gemenskapsrätt bör (emellertid) ges samma innebörd oberoende av om lagbestämmelsen eller begreppet skall tillämpas på ett fall som omfattas av gemenskapsrättsliga regler eller inte.

<sup>393</sup> SOU 1971:88

<sup>394</sup> Ett inte helt entydigt begrepp, men vid offentlig upphandling framstår det som om scoring-förfarande avser ett poängsystem där de kriterier som den upphandlande enheten använder sig av i en viss upphandling var och en har ett visst antal möjliga poäng, som sedan läggs ihop till en totalpoäng för varje anbud. Möjligt antal poäng anges för varje kriterium.

<sup>395</sup> T ex i C-315/01 GAT, i vilken den upphandlande enheten hade ställt upp en förutsättning om att en viss maskin skulle kunna hållas tillgänglig för inspektion etc. inom en radie av 30 mil från en viss ort. Domstolen fann att detta villkor var diskriminerande,

På vägen hinner EG-domstolen att föra ett resonemang om vad som kan innefattas i det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, utifrån att det i direktivet nämns estetiska frågor

Då EG-domstolen har ensamrätt på att tolka EG-rätten blir rättsutvecklingen mycket kasuistisk för de områden som inte genererar en mycket stor mängd rättsfall.

I den senare rättsutvecklingen finns ett antal svenska kammarrättsdomar som behandlar utvärdering av anbud.

Vanligen använder sig de upphandlande enheterna av varianter på ”det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet” enligt LOU 1 kap 22 § 1 st. eller 6 kap 12 § med, dels en konstruktion med så kallade skall krav, dvs. krav som en leverantör skall uppfylla för att få delta i prövningen av anbud. Skallkrav kan kombineras med lägsta pris vilket leder till att den anbudsgivare som uppfyller skall kraven och har lägsta pris är den som skall tilldelas kontraktet.

## 12.7 Diskussion

En fråga i dessa sammanhäng är skillnaden mellan att i upphandlingsförfarandet ställa krav på leverantören avseende finansiell och ekonomisk kapacitet, teknisk förmåga å den ena sidan och leverantörens beredskap att acceptera ett villkor som finns med bland de krav som den upphandlande enheten ställt upp i annonsen och anbudshandlingarna t ex att sysselsätta långtidsarbetslösa men som inte är möjligt att ha med som tilldelningskriterium. Ett sådant krav kan behandlas som ett s.k. ”skallkrav” enligt vad som utvecklats i den svenska praxisen.

## 12.8 Mer om EG-domstolens domar avseende prövningskriterier

EG-domstolen har i några senare rättsfall diskuterat innebörden av artikel 30.1 i direktivet 93/37.<sup>396</sup> Ett sådant rättsfall är C 225/98<sup>397</sup> I det aktuella rättsfallet hade den upphandlande enheten använt sig av kriteriet ”att bekämpa arbetslösheten” domstolen menade att detta kriterium var förenligt med direktivet under förutsättning att man genomförde prövningen så att kriteriet var förenligt med alla de grundläggande principerna i gemenskapsrätten, särskilt icke-diskrimineringsprincipen såsom den framgår av fördragets bestämmelser om etableringsrätt och frihet att tillhandahålla tjänster.<sup>398</sup>

I ett intressant mål diskuterar EG-domstolen innebörden av begreppet ”lägst pris”<sup>399</sup> Frågan kom att formuleras som, den lägsta anbudssumman eller det lägsta totalpriset för den upphandlande enheten. Det resonemang som domstolen för har stora likheter med hur domstolen resonerar kring ”det mest fördelaktiga anbudet”. Domstolen kommer fram till att det under vissa förutsättningar kan anses vara det ”lägsta priset” om det medför lägst totalkostnad för den upphandlande enheten.

### 12.8.1 Begreppet affärsmässighet går att använda trots allt

Sammantaget framstår det som om de begrepp som används i EG-rätten, i direktiven och EG-domstolens praxis i offentlig upphandling, icke-diskriminering, likabehandling, transparens på ett tillfredställande sätt har implementerats i svensk rätt.

<sup>396</sup> Direktivet för upphandling bygg- och anläggningsentreprenader

<sup>397</sup> Kommissionen mot Franska republiken. Målet gällde bl.a. begränsning av antalet anbudssökande vid uppförande och underhåll av skolbyggnader

<sup>398</sup> C 225/98 Kommissionen mot franska republiken, artikel 2

<sup>399</sup> C-19/00, SIAC Construction Ltd och County Council of the County of Mayo I detta rättsfall har en bedömning från en oberoende teknisk expert som den upphandlande enheten låtit bedöma anbudet en betydelsefull roll.

Om man i svensk rätt föredrar att använda begreppet affärsmässighet som ett samlingsbegrepp för att ange ett förfarande som är i enlighet med direktiven och rättspraxis inom gemenskapsrätten så är detta främst en pedagogisk fråga.

Av ovanstående kan man dra slutsatsen att begreppet affärsmässighet får sin utformning och preciseringen genom rättsutvecklingen. Detta är inget unikt för detta begrepp. I stort sett varje lag innehåller begrepp som får sitt innehåll genom rättsutvecklingen.

Genom att använda begrepp av denna karaktär kan lagstiftning göras mindre detaljerad, och behöver inte heller innehålla mer eller mindre tidsbundna uppräkningsrisker att snart bli ofullständiga även om det i lagtexten finns begreppet ”eller liknande”.

#### **13.8.2.1 Konsekvenser för svensk rätt**

Som nämnts ovan finns begreppet affärsmässighet i 1 kap 4 § LOU vilket medför att de preciseringar av begreppen likabehandling, icke-diskriminering, transparens gäller hela LOU dvs. både de kapitel i lagen som avser att implementera EG-direktiven och de svenska nationella reglerna under tröskelvärden dvs. kap 6, inklusive upphandling av försörjningssektorns B-tjänster oavsett värde. Begreppet affärsmässighet används i den svenska rättspraxisen för såväl procedurregler som materiella regler



### 13 Frågan om effektiva rättsmedel

En många gånger central fråga är frågan om ett regelverk innehåller effektiva rättsmedel eller inte. I LOU finns två vägar för en anbudsgivare som vill få en fråga prövad i domstol, dels begäran om överprövning, dels skadeståndstalan.

En anbudsgivare kan begära överprövning av alla beslut som tas av den upphandlande myndigheten. Det avgörande beslutet i en upphandling är tilldelningsbeslutet, dvs. det beslut från den upphandlande enheten som anger vilket anbudsgivare som enligt anbudsprövningen skall erhålla kontraktet. Möjligheten att begära överprövning upphör dock när kontrakt mellan den upphandlande enheten och en leverantör är skrivet. För den anbudsgivare som ej erhållit kontraktet kan det på goda grunder anses angeläget att erhålla information om tilldelningsbeslutet och grunderna för detta beslut. I LOU var förutsättningarna under ett antal år reglerade på ett sätt som inte tillförsäkrade anbudsgivare information om tilldelningsbeslut och grunderna för detta beslut. Den upphandlande enheten hade inte någon skyldighet att på eget initiativ informera de anbudsgivare som inte erhållit kontraktet, och det fanns inte heller särskilt angivet vad informationen som lämnades ut efter begäran av en leverantör skulle innehålla vad gällde grunderna för tilldelningsbeslutet, t ex hur en prövning av ”det mest fördelaktiga anbudet” hade genomförts, vilket många gånger är helt avgörande för en leverantör att skaffa sig en uppfattning om han hade någon grund för att begära överprövning.

Genom en dom i EG-domstolen, den s.k. Alcateldomen som fokuserades på frågan om den upphandlande enhetens skyldighet att informera de övriga anbudsgivarna om ett tilldelningsbeslut och grunderna för detta beslut och frågan om behov av en viss tid mellan de övriga leverantörerna erhöll sådan information i syfte att säkerställa effektiva rättsmedel för anbudsgivare i förhållande till en upphandlande enhets tilldelningsbeslut.

#### 13.1 Om anbudsgivares reella möjligheter att begära överprövning gällde följande före Alcatel-domen

En begäran om överprövning kan lämnas in till länsrätten när som helst under det upphandlingen pågår. Under upphandlingsprocessen kan t.ex. en begäran om överprövning avse vilka som skall få lämna anbud, brister i förfrågningsunderlaget. Det aktuella rättsmedlet under pågående upphandling är rättelse. En ansökan om överprövning fick (och får fortfarande inte) enligt LOU inte prövas efter den tidpunkt då avtal om upphandlingen slutits.<sup>400</sup>

Ett av de viktigaste besluten under en upphandlingsprocess är det tilldelningsbeslut som den upphandlande enheten gör efter prövning av anbud. Tilldelningsbeslutet visar vilken leverantör som erhåller kontraktet.<sup>401</sup>

##### 13.1.1 Närmare om överprövning av tilldelningsbeslut

För den upphandlande enheten förekom här att strategin att så fort prövningen av anbudet var avslutat teckna kontrakt med det företag som lämnat det vinnande anbudet och därigenom avskära möjligheten till att få till stånd en överprövning av tilldelningsbeslutet i en förvaltningsdomstol.

Vad gäller en anbudsgivares möjlighet att begära överprövning av ett tilldelningsbeslut så begränsades möjligheterna i realiteten av att möjligheten till att begära överprövning föll i den stund som ett avtal upprättades mellan den upphandlande enheten och den som vunnit

<sup>400</sup> LOU 7 kap. 1 § 3 st.

<sup>401</sup> Av den första propositionen om offentlig upphandling år 1992 framgår det att regeringens avsikt avseende tilldelningsbeslut var att ett tilldelningsbeslut inte skulle kunna överprövas i förvaltningsdomstol. Ett tilldelningsbeslut skulle bara kunna angripas via skadeståndstalan i allmän domstol.

anbudstävlingen. Man kan tala om en spärrverkan. Av tillgängligt material framgår att många kontrakt upprättades direkt efter prövningens avslutande, eller åtminstone innan den upphandlande enheten hade sänt ut information om tilldelningsbeslutet till de övriga anbudsgivarna.

Att observera i detta sammanhang är att avtal som tecknas mellan en upphandlande enhet och en leverantör blir civilrättsligt giltigt, denna giltighet rubbas ej av att en eventuell överprövning i förvaltningsdomstol medför att utgången av själva upphandlingen blir en annan, dvs. att något annat anbud skall anses som vinnare av anbudstävlingen.

### **13.2 Alcatel- domen C-81/98**

I detta mål, C- 81/98, var parterna Alcatel och Siemens på den ena sidan och Bundesministerium für Wissenschaft und Verkehr på den andra sidan.

Domstolen (ECJ) slog i sin dom fast bl.a. följande att artikel 2.1 och 1.1 i det första rättsmedelsdirektivet skall tolkas så att medlemsstaterna är skyldiga att vad gäller den upphandlande enhetens beslut innan kontraktet ingås – i vilket den upphandlande enheten beslutar med vilken av de anbudsgivare som deltagit i anbudsförfarandet som den skall ingå kontrakt – i samtliga fall tillhandahålla ett prövningsförfarande genom vilket klaganden kan utverka undanröjande av det beslutet om förutsättningarna för detta är uppfyllda. Detta gällde oberoende av möjligheten att erhålla skadestånd när kontraktet ingås.

### **13.3 Alcatel- domen i det svenska utredningsväsendet**

Alcatel- domen medförde tillsättandet av en utredning som på en ganska kort tid avlämnade sitt förslag till förändring av vissa regler i LOU, (SOU 1999:39).

I utredningen diskuteras innebörden av Alcatel- domen både vad den förde med sig för skyldighet för den upphandlande enheten att informera de övriga anbudsgivarna om tilldelningsbeslutet och grunderna för detta beslut. Samt givetvis att Alcatel- domen medförde att skrivningen i LOU måste ändras/förtydligas.

Det framgår med stor tydlighet av utredningen att åtminstone utredningen menade att Alcatel- domen medförde att reglerna i LOU måste ändras.

#### **13.3.1 Om möjlighet till överprövning av tilldelningsbeslut**

I prop. 2001/2002:142 konstateras att den dåvarande skrivningen i LOU om möjlighet för en leverantörer att begära överprövning av ett tilldelningsbeslut med olika variationer (beroende på om upphandlingen avsåg varor, tjänster, entreprenader, var inom försörjningssektorn eller enligt 6 kapitlet var beroende av om de erhöll information från den upphandlande enheten eller inte. Man konstaterade vidare att de regler som fanns för de upphandlande enheternas skyldighet att lämna information gällde inte närmare reglerade i vilket skede detta skulle ske. Det fanns regler om att i vissa fall lämna information på begäran till den leverantör som så önskade och för upphandling enligt 6 kapitlet att lämna information till samtliga anbudsgivare. Det framstod som uppenbart att skrivningen i LOU inte var gjorda med tanke på att anbudsgivarna skulle få information om tilldelningsbeslutet och på vilka grunder detta var taget i sådan tid att de skulle ha möjlighet att ta ställning till om de skulle begära överprövning eller inte före kontrakt var tecknat mellan den upphandlande enheten och det företag som ”vunnit kontraktet”.

Den nya skrivningen i LOU i 1 kap 27 § och 1 kap 28 § medför att de upphandlande enheterna ålades att utan att de olika anbudsgivarna begärde det lämna information till alla

anbudsgivare om tilldelningsbeslut samt grunderna för detta beslut så fort som möjligt samt att tidsfristen om 10 dagar mellan tilldelningsbeslut och kontraktsskrivning inte ska börja löpa förrän alla leverantörer få denna information.<sup>402</sup> Att förändringen fördes in i 1 kap LOU innebär att den gäller för hela LOU, dvs. för såväl upphandling av varor, tjänster, entreprenader och inom försörjningssektorn som för upphandling enl. 6 kap LOU.

Alcatel-domen medförde även förändring i LOU 7 kap 1 §. I denna paragraf infördes bestämmelse om en särskild 10 dagars frist mellan att leverantörerna erhåller information om tilldelningsbeslut och att den upphandlande enheten kan sluta ett kontrakt med den anbudsgivare som vunnit anbudskonkurrensen.

I och med att tidsfristen om 10 dagar inte räknas fören anbudsgivarna har få del av informationen om tilldelningsbeslutet och grunderna för detta beslut har leverantörernas rättsäkerhets stärkts på ett kanske avgörande sätt.

### 13.4 Förändringar i Sekretesslagen

I prop. 2001/2002:142 uppmärksammade man även att den dåvarande skrivningen i sekretesslagen 6 kap 1 § och 2 § om sekretess hos upphandlande enheter vad gällde innehållet i lämnade anbud måste förändras så att det blev möjligt att lämna information till de som lämnat anbud.

Den dåvarande skrivningen i sekretesslagen innebar absolut sekretess för innehållet i anbud tills kontrakt tecknats mellan den upphandlande enheten och det företag som vunnit anbudskonkurrensen. Detta medförde helt naturligt att de upphandlande enheterna med fog ansåg att de inte kunde lämna upplysningar till andra anbudsgivare förrän kontrakt var tecknat och de upplysningar som de kunde lämna var starkt begränsade av sekretesslagens regler. Sekretesslagens 6 kap 1 § och 2 § ändrades på sätt att varje anbudsgivare skulle ha rätt att ta del av uppgifter i anbudet etc. från det att ett tilldelningsbeslut tagits av den upphandlande enheten. En sekretessprövning enligt sekretesslagens 8:e kap 10 § skall dock göras (regler till skydd för enskildas intressen).<sup>403</sup> Dessa förändringar började gälla från och med 1:a juli 2002. Detta gjordes genom en bestämmelse i 1:a kap 28 § LOU i vilket det föreskrivs att en upphandlande enhet är skyldig att lämna upplysningar till varje anbudssökande och anbudsgivare om beslutet om leverantör och skälen för beslutet. Placeringen i 1 kap innebar att bestämmelsen gäller generellt för hela LOU, dvs. även 6:e kapitlet.

### 13.5 Vad har Alcatel-domen inneburit?

Alcatel-domen medför att de upphandlande enheterna har fått förändra sin strategi vad gäller information till de anbudsgivare som ej erhållit kontrakt.<sup>404</sup>

Den nya strategin innebär att information om tilldelningsbeslut och grunderna för detta sänds till alla anbudsgivare så fort som möjligt

Att de upphandlande enheterna även får förändra sin strategi mot det företag som vunnit anbudstävlingen på så sätt att detta företag vid meddelandet om att de vid anbudsprövningen har haft det vinnande anbudet samtidigt erhåller information om att kontrakt ej kan träffas förrän efter 10 dagar, dvs. den tidsperiod som en annan anbudsgivare har för att begära överprövning av tilldelningsbeslutet.

<sup>402</sup> Prop. 2001/2002:142

<sup>403</sup> Detta kan vara aktuellt när det gäller företagshemligheter, affärsidéer etc.

<sup>404</sup> Av domen I rättsfallet 7459-03 (daterad 2003-12-03) Kammarrätten i Stockholm RH Bygg & Fönsterservice AB mot Skolfastigheter i Stockholm AB framgår att domstolarna tar kravet på att anbudsgivarna skall erhålla information om tilldelningsbeslutet och grunderna för detta på alvar.

Att överprövning av tilldelningsbeslut (som är ett av de centrala besluten i en upphandlingsprocess) numera är möjlig medför att även viktiga frågor som samband mellan förfrågningsunderlag och hur anbuden utvärderas, hur utvärderingsmodellen är konstruerad t ex om det finns tillräcklig transparens vid användning av bedömningar, viktningar inom ramen för mer skönmässiga bedömningar samt inte minst hur referens och referensobjekt värderas i praktiken kan bli föremål för överprövning i domstol.

En viktig effekt av Alcateldomen är att överprövning av tilldelningsbeslut av den upphandlande enheten blev en reell möjlighet för leverantörerna. Före Alcatel hade tilldelningsbeslut i princip bara kunnat angripas genom skadeståndstalan. Man kan genom följdverkningarna av domen i Alcatelmålet se annorlunda balans mellan rättsmedlen skadestånd och överprövning än vad som var före EG-domstolens dom i Alcatelmålet.

### 13.6 Ökad måltillströmning

Efter förändringen av LOU genom införandet av paragrafen i 1:a Kap 28 § och förändringen i Sekretesslagen har måltillströmningen till länsrätterna i Sverige ökat markant. Även antalet domar som överklagas till kammarrätt och får prövningstillstånd har även de ökat markant.<sup>405</sup> Däremot är antalet avgöranden i högsta instans dvs. Regeringsrätten eller om frågan gäller skadestånd Högsta domstolen mycket få. Av den statistik som publicerats av NOU framgår att antalet överprövningsmål (länsrätten) har utvecklats enligt följande år 2000 113 st., år 2001 153 st., år 2002 343 st. samt år 2003 865 st.<sup>406</sup>

I viss mån kan man även märka en ökad diskussion kring vad man skulle kunna beteckna som en safe-harbour<sup>407</sup> strategi vad gäller information av tilldelningsbeslut till de övriga anbudsgivarna, dvs. att hellre lämna för mycket information än för lite information till de övriga anbudsgivarna.<sup>408 409</sup>

#### 13.6.1 För många mål i länsrätterna?

Ökningen av antalet mål i förvaltningsdomstolarna har medfört att de under 2003 initierades en ny diskussion om att måltillströmningen borde begränsas. Det förslag som det finns innebär att man borde begränsa måltillströmningen genom att göra om regleringen i LOU genom att inför en preklusionsregel med innebörden att anbudsgivare inte ska kunna vänta med att begära rättelse etc. av fel i upphandlingsförfarandets tidigare skeenden t ex vad gäller förfrågningsunderlaget till dess tilldelningsbeslut tas av den upphandlande enheten<sup>410</sup>

Det stora antalet mål i länsrätterna leder klart till att det även blir ett betydande antal mål i kammarrätterna. För att ett mål skall tas upp i kammarrätten fordras prövningstillstånd. För

<sup>405</sup> NOU info april 2004

<sup>406</sup> NOU-info april 2004

<sup>407</sup> Safe-Harbour strategi, en strategi som innebär gör vi så här så blir det inga problem

<sup>408</sup> (Föreläsningssanteckning från föreläsning om offentlig upphandling av advokat Rikard Setterlid i kurs i förvaltningsrätt II, 27 febr. 2004)

<sup>409</sup> För mig verkar det som det lömpligaste tillvägagångssättet för en upphandlande enhet är;

Skaffa rutiner för att snabbt kunna lämna information till de övriga anbudsgivarna, tänk på att även informera om hur det beslut ni kommit fram till är motiverat

Informera den som vunnit anbudstävlingen om tilldelningsbeslutet, samt informera om att kontrakt inte kan tecknas fören möjlighet till begäran om överprövning har gått ut tidsmässigt. Teckna inte kontrakt med den som vunnit tilldelningen förrän de tio dagarna har gått tillända. I det fall tilldelningsbeslut inte blir föremål för begäran om överprövning teckna kontrakt. I det fall tilldelningsbeslut blir föremål för begäran om överprövning gör en riskbedömning utifrån den egna dokumentation man förfogar över angående annonsering, förfrågningsunderlaget, urvals-förfarandet, och tilldelningsbeslutet ...

<sup>410</sup> NOU-info 1-2004 sid. 20. I NOU-info framhålls även att bedömningarna i länsrätterna inte är entydig och inte leder till en tydlig rättsutveckling, vilket hänförs till det stora antalet mål

rättutvecklingen är antalet mål i kammarrätterna viktigt, detta då speciellt viktigt eftersom regeringsrätten hittills inte tagit upp mer än några få mål avseende offentlig upphandling till prövning.

## 14 Senare rättsutveckling i ECJ och i svenska domstolar.

De mål som avgörs i ECJ kommer oftast snabbt in i en mycket lättillgänglig databas, domarna finns i olika språkversioner. Antalet mål i ECJ som avser frågan om vilka organ som skall anses vara upphandlande myndigheter är relativt betydande. Även mål om utvärdering av olika anbud får anses vara betydande. Det finns även ett par mål om möjligheten att ställa miljökrav vid upphandling

### 14.1 De senaste årens mål i ECJ avseende offentlig upphandling

Antalet mål i ECJ avseende offentlig upphandling har under de senaste fortsatt att vara betydande. De frågor som kommer under domstolens prövning är fortfarande begreppet ”upphandlande enhet”,<sup>411</sup> (behandlat ovan i uppsatsen) men även ett antal mål som gäller frågor om utvärderingssystem för utvärdering (prövning) av anbud, utvärdering av anbud samt vem som skall anses ha möjlighet att begära överprövning av ett beslut från en upphandlande enhet under en upphandling.<sup>412</sup> Dessa frågor framstår som mycket grundläggande frågor vad gäller offentlig upphandling och jag anser att det är av intresse att sådana grundläggande frågor fortfarande behandlas i ECJ. Detta kan väl vara tydligt tecken på att reglerna om offentlig upphandling har haft bristande genomslagskraft.

Vad gäller frågan om vad som är att anse som upphandlande enhet finns ett antal exempel,<sup>413</sup> skall anordnaren av en årlig mässa anses som en upphandlande enhet, eller inte?(C – 223/99 och C-260/99<sup>414</sup>, i detta avgörande kom ECJ fram till att så inte var fallet. Man kan i domarna se att ECJ successivt finner anledning att lägga till ytterligare bestämmelser för vad som skall anses vara organ som har att följa regelverket om offentlig upphandling.<sup>415</sup>

Frågan vilka organ som skall anses som upphandlande enheter har behandlats i flera rättsfall, ECJ har inom detta område haft en ganska konsekvent linje och kommit fram till att med undantag för vad som prövades i rättsfallet C – 223/99 och C- 260/99 är att betrakta som upphandlande enheter i direktivens mening och har att följa regelverket om offentlig upphandling.<sup>416</sup>

I den svenska implementeringen av direktiven används definitionen ”som bildats i syfte att fullgöra uppgifter i det allmännas intresse”.<sup>417</sup>

Ordvändningen ”som bildats i syfte att” har prövats av EG-domstolen varvid domstolen fann att syftet med regleringen är att inbegripa även företag som bildats med ett annat syfte men som senare kommit att utföra ’uppgifter i det allmännas intresse’.<sup>418</sup> HD prövar motsvarande fråga i målet Ö 3682-02<sup>419</sup> och hänvisar till EG-domstolens domar i ett antal mål bl.a. C-470/99 Universale BAU.

<sup>411</sup> C - 18/01 Korhonen m.fl., C – 214/00 Kommissionen mot Spanien

<sup>412</sup> C – 470/99Universale-Bau m f, C – 315/01 Gesellschaft fur Abfallentsorgungs-Technik GmbH (GAT) vs Österreichische Autobanen und Schnellstrassen (ÖSAG)

<sup>413</sup> De vanliga kriterierna är bolag som instiftats av det offentliga i syfte att tillgodose allmännyttiga behov, vilka inte har som syfte att gå med vinst, som helt eller delvis finansieras med medel.

<sup>414</sup> Agorà Srl och Excelsior Snc di Pedrotti Bruna & C. mot Ente Autonomo Fiera Internazionale di Milano och Ciftat Soc. coop. arl

<sup>415</sup> Kommentar i NOUs nyhetsbrev juni 2003 avseende rättsfallet C-18 /01 Korhonen m.fl. Det kriterium som EG-domstolen lade till i detta rättsfall var ”Bolag som i praktiken inte kan gå i konkurs”

<sup>416</sup> Inom detta område finns ytterligare kriterier, främst åtskillnaden mellan allmännyttiga behov som inte är av industriell eller kommersiell karaktär och allmännyttiga behov som är av industriell eller kommersiell karaktär, se t ex C – 360/96.BFI Holding, men denna diskussion ryms inte i denna uppsats.

<sup>417</sup> Prop. 1992/93:88 sid. 63

<sup>418</sup> Bl.a. C- 470/99 Universale BAU

<sup>419</sup> HD beslut Mål Ö3682-02 (30 dec 2003) Högmansö varv AB mot Högmansö samfällighetsförening.

## 14.2 C-28/95 Leur-Bloem

För upphandling under gemenskapens tröskelvärden är ECJ uttalande i rättsfallet Leur-Bloem av stort intresse, (C-28/95 Leur-Bloem). Detta mål gällde skatter men uttalandet från domstolen har ett stort generellt värde. I domen sägs att: ”när en nationell lagstiftning för lösning av problem i rent interna situationer anpassas till den lösning som har valts i gemenskapsrätten – för att bland annat undvika att inhemska medborgare diskrimineras, eller att det uppstår eventuella snedvridningar i konkurrensen, såsom i det aktuella fallet – föreligger det ett bestämt gemenskapsrättsligt intresse av att bestämmelser och begrepp som hämtas från gemenskapsrätten blir tolkade på ett enhetligt sätt, oberoende av under vilka omständigheter de skall tillämpas, för att undvika att det i framtiden förekommer tolkningar som skiljer sig åt” punkt 5 (och punkt 50).

## 14.3 Kan domen i Leur-Bloem gälla även offentlig upphandling?

Domen i rättsfallet Leur-Bloem framstår som generellt skriven vad gäller nationell rätt som är skriven på ett sådant sätt att den är anpassad till gemenskapsrätten. Inom offentlig upphandling framstår det som det finns ett motsvarande förhållande mellan vad som är reglerat i EG-direktiven vad gäller upphandlingsformer och procedurregler samt rättsmedel och de svenska nationella reglerna för upphandling under tröskelvärdena och upphandling inom försörjningssektorn enligt Bilaga B till direktivet om upphandling inom försörjningssektorn..

NOU har i ett par yttranden hänvisat till EG-domstolens dom,<sup>420</sup> en gång i ett yttrande till HD och en gång i ett yttrande till Länsrätten i Stockholm.

Rättsläget är dock oklart. I den översyn av LOU som regeringen initierat med anledning av de nya EG-direktiven från april 2004 ingår dock att utredningsmannen skall bl.a. beakta EG-domstolens dom i rättsfallet Leur-Bloem.<sup>421</sup> Vad nu än denna utredning kommer fram till så är det väl en klar fördel ur rättsäkerhetssynpunkt om likartade (likalydande) rättsregler med samma syfte tolkas på ett enhetligt sätt.

Frågan om EG-rättens förhållande till upphandling under tröskelvärden diskuteras även i rättsfallet C-59/00. I detta rättsfall från Danmark gällde frågan villkor att en viss produkt av ett visst märke skulle användas, utan möjlighet att använda en likvärdig produkt.<sup>422</sup>

## 14.4 Andra relevanta frågor

Regelverket om offentlig upphandling har dock andra stora problem främst bristande efterlevnad från olika upphandlande enheter. Denna problembild framträder tydligt i olika offentliga utredningar om offentlig upphandling såsom inventering framställ av NOU under slutet av 1990-talet, senare upprepad i SOU 1999:139. Av de problem som diskuteras i dessa utredningar sammanhänger vissa med själva lagen dvs. LOU, andra med förhållanden utanför LOU, bristande kunskap, bristande resurser hos de upphandlande enheterna. Inom ramen för vad LOU rimligen borde hantera är väl främst det att offentliga verksamheter bara köper in utan att genomföra upphandling – s.k. otillåten direktupphandling som i dag kan genomföras i princip utan några sanktioner enligt LOU<sup>423</sup>

<sup>420</sup> Diarienummer 2003/0229-29 avseende mål T 1289-03 i Högsta domstolen och diarienummer 2003/0311-29 avseende mål 21880-03 i Länsrätten i Stockholm.

<sup>421</sup> Regeringen utsåg den 7 april 2004 en särskild utredare. Direktiv 2004:47. Genomförande av EG:s direktiv om Offentlig upphandling och upphandling på områdena vatten och posttjänster.

<sup>422</sup> EG domstolen kom fram till att det stred mot artikel 30 i fördraget att inte ange tillägget - ”eller likvärdig”

<sup>423</sup> Enligt LOU 1kap 5 § gäller regelverket ”leverantörer” ett mycket vitt begrepp, som täcker även företag som hade kunnat lämnat anbud (under förutsättning av erforderlig kapacitet etc.) Men antalet mål som initierats på detta sätt är mycket begränsat.

### 14.5 Senare svenskt domstolsmaterial - Noteringar om utveckling i rättspraxis

Offentlig upphandling är som antyds ett dynamiskt rättsområde vilket innebär att rättsfall från regeringsrätten som bara är några år gamla kan vara helt överspelade i förhållande till både senare rättsfall från EG-domstolen och/eller förändringar i EG-direktiv och/eller LOU. Bland annat genom reglerna om prövningstillstånd är antalet avgöranden i högsta instans dessutom begränsat. Regeringsrätten har bara prövat ett fåtal mål om offentlig upphandling hittills.

### 14.6 Principiella mål i Regeringsrätten

Regeringsrätten har hittills bara avgjort några få mål enligt lagen om offentlig upphandling. (RÅ 1996:100 diskuterat tidigare i uppsatsen)

I RÅ 1996 ref 50 kom Regeringsrätten fram till...

I denna dom diskuterades bl.a. om en regel i LOU (7 kap 1 § om möjlighet till överprövning av tilldelningsbeslut) verkligen överensstämde med den aktuella artikel i rättsmedelsdirektivet som paragrafen i LOU var avsett att implementera i svensk rätt. Regeringsrätten fann att skrivningen i LOU inte överensstämde med direktivet samt att EG-direktivet hade företrädde framför svensk lagstiftning, dessutom menade man att detta var så pass klart att det inte fanns någon anledning att begära något förhandsavgörande från EG-domstolen i denna fråga.<sup>424</sup>

I RÅ 2002 ref 50 kom Regeringsrätten fram till

Detta mål gällde frågor om utvärdering av anbud. I Regeringsrätten kom frågan att koncentreras kring om den metod för viktning av de olika anbuden var i enlighet med regelverket i LOU. Regeringsrätten kom fram till att den metod som den upphandlande enheten hade använt sig av vid prövningen av anbuden hade brister men att den ändå var förenlig med vad som föreskrivs i LOU.<sup>425</sup>

#### ***Risk för rättsovisshet***

*Detta förhållanden kan även leda till en betydande rättsovisshet för både upphandlande enheter och företag som avser att lämna anbud/är verksamma inom områden där varor, tjänster eller entreprenader regelmässigt köps in genom offentlig upphandling vilket helt naturligt inte är tillfredställande. Detta förhållande borde vara ett starkt motiv för att det utfärdas råd och anvisningar, allmänna föreskrifter, eller till och med skrifter av typen handböcker från den myndighet som ansvarar för detta.<sup>426</sup>*

*Rättsovissheten leder väl även till framväxten av strategier av "safe harbor" karaktär bland de upphandlande enheterna. Dvs. strategier som går ut på att inte utmana eller söka testa regelverkets gränser.*

*Delar av den nationella rättspraxisen kan dessutom bli helt obsolet över en natt inom ett delområde som en följd av en ny dom från ECJ*

### 14.7 Om domstolsmaterialet

<sup>424</sup> 7 kap 1 § reglerar frågan om överprövning. Frågan om en leverantörs reella möjlighet att begära överprövning av tilldelningsbeslut har förändrats som en effekt av Alcatel-domen i EG-domstolen, detta behandlas ganska utförligt på annat stället i denna uppsats.

<sup>425</sup> Enligt min mening framstår det dock som om de kriterier som den upphandlande enheten använde sig av vid prövningen av anbuden tenderar att vara så pass subjektiv att metoden kan diskuteras i förhållande till begreppet "fri prövningsrätt" vilket inte är förenligt med LOU. Regeringsrätten diskuterar dock inte detta.

<sup>426</sup> Inom miljöområdet har Naturvårdsverket en omfattande produktion av denna typ av skrifter, både rättsfallsöversikter med rättsfall från Miljööverdomstolen och miljödomstolarna. Genom att skrifterna är tillgängliga både för beställning och nedladdning via internet finns tillfredställande möjligheter till att skaffa sig information



Antalet publicerade domar från kammarrätterna i mål avseende offentlig upphandling har under det senaste åren ökat i antal. Det finns i dag ca 60 domar från denna instans. Med tanke på hur antalet mål ökat i länsrätterna sedan förändringen av 7 kap i 13 st. den 1:a juli 2002 är denna ökning inte särskild förvånande.<sup>427</sup>

Av de få skadeståndsmålen som är publicerade kan man även dra slutsatser kring speciellt prövning av anbud i förhållande till förfrågningsunderlaget.

När det gäller domar från kammarrätter och hovrätter finns det dock alltid anledning att beakta om dessa domar vunnit laga kraft, dvs. om de är överklagade till regeringsrätten respektive Högsta domstolen inom rätt tid, samt om de i så fall har erhållit prövningstillstånd. En dom kan ju faktiskt ändras i dessa instanser.

#### 14.7.1 Hur värdera det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet

Ett betydande antal begäran om överprövningar grundar sig i den upphandlande enhetens hantering av ”det mest fördelaktiga anbudet”.<sup>428</sup> Bristande samband mellan förfrågningsunderlaget och hur anbuden värderas, oklarheten i hur enskilda kriterier värderas, oklarheter hur sammanvägningen av olika kriterier sker, hantering av referenser i samband med värdering. Några överprövningsmål avser även avtal som en upphandlande enhet har träffat med outsourcead verksamhet utan att man företagit upphandling.<sup>429</sup>

För det kontrakt som upprättas mellan en upphandlande enhet och den anbudsgivare som via prövningen av anbud utses till leverantör, utförare gäller avtalsfrihet som dock begränsas av att avtalet skall omfatta det man uttryckte i annonsen. I den mån det uppstår oklarheter i de allmänna avtalsrättsliga frågorna finns dels utfyllande regler i avtalslagen, allmänna kontraktsrättsliga principer. Dessa regler kan dock begränsas genom någon form av begränsningsregler i lagstiftningen om offentlig upphandling, begränsningar som anger längsta kontraktstid, eventuell option för tilläggsbeställningar, begränsning av möjlighet till förlängning av kontraktstiden

Dessa begränsningar fyller syftet att en upphandling av ett ramavtal givetvis inte kan avse mer än några år, i annat fall skulle man motverka lagens syfte, att skapa konkurrens.<sup>430</sup>

#### 14.7.2 Urvalsbeslut och tilldelningsbeslut

Genom domen i Beentjesmålet klargjorde EG-domstolen att det finns en mycket viktig skillnad mellan beslutat om vilka leverantörer som skall få lämna anbud alternativt vilka lämnade anbud som skall prövas (utvärderas) å den en sidan och hur prövningen av anbuden skall ske. De krav på leverantörerna som tillämpas vid urvalet av leverantörer skall inte användas vid prövningen av anbuden.<sup>431</sup> Slamsugningsverket i Brämhult

Enligt diskussionen i domen finns en särskild § i det aktuella kapitlet som avser just skillnaden mellan kriterier för urval och kriterier för tilldelning. En fråga i sammanhanget är även om denna paragraf kan kopplas ihop med just domen i Beentjesmålet.

<sup>427</sup> I Sverige är domar från Regeringsrätten och kammarrätt tillgängliga i olika databaser, vad gäller mål från länsrätterna anses allmänt att dessa domar inte har något prejudikatvärde. Sedan en tid finns kammarrättens domar tillgängliga i vissa avgiftsbelagda databaser. T ex Rättsbanken

<sup>428</sup> LOU 1 kap. 22 § 1 st.

<sup>429</sup> Frågor om outsourcing och upphandling diskuteras även i ett annat avsnitt i uppsatsen

<sup>430</sup> LOU 1 kap.

<sup>431</sup> Domen i Beentjesmålet tar upp även andra principiella frågor inom upphandlingsområdet, t ex särskilda villkor om att den som erhåller kontraktet skall anställa en viss andel långtidsarbetslösa

### 14.7.3 Vad förfogar kammarrätten över

Kammarrätten (i de fall prövningstillstånd meddelas) kan bara pröva den fråga som prövats av länsrätten. I de fall kammarrätten finner att länsrätten ej prövat rättsfrågan kan kammarrätten återförvisa ärendet till länsrätten för vidare handläggning.<sup>432</sup>

Kammarrätten kan i sin prövning även komma fram till ett annat resultat än länsrätten, en sådan dom medför att länsrättens dom upphävs.

I det fall kammarrätten upphäver en dom där länsrätten har dömt till förmån för den överklagande parten innebär kammarrättens dom att det ursprungliga tilldelningsbeslutet från den upphandlande enheten gäller.

I det fall kammarrätten upphäver en dom där länsrätten har dömt till nackdel för den överklagande parten innebär kammarrättens dom att det ursprungliga tilldelningsbeslutet från den upphandlande enheten inte gäller utan upphandlingen skall göras om.

En speciell fråga i detta sammanhang är vad som kan anses gälla under tiden, hur skall en upphandlande enhet hantera en situation om upphandlingen avser varor som man har ett direkt dagligt behov av, t.ex. livsmedel

I det fall upphandlingen gäller uppförandet av en byggnad t ex en sporthall framstår denna problematik som något mindre tillspetsad.

### Rättelse och ....

I överprövningen kan domstolen för de fall de finner att reglerna i LOU inte har följts välja mellan rättelse (mera exakt att upphandlingen inte får slutföras innan rättelse gjorts ) och att upphandlingen skall göras om.<sup>433</sup>

Förhållandet eller snarare avvägningen mellan rättelse i en upphandling och att upphandlingen skall göras om. Rättelse av ett upphandlingsförfarande framstår som en åtgärd som är mer lämplig under pågående upphandling än efter det att tilldelningsbeslut tagit av den upphandlande enheten.

För att rättelse skall anses vara en adekvat åtgärd fordras väl främst att man med ett sådant ingripande kan förvänta sig att det är en tillräcklig åtgärd för att tillförsäkra den som begärt överprövning sin rätt.

### 14.7.4 Om överprövning i kammarrätt, - vilka frågor dyker upp i begäran av överprövning.

Genomgången av de senaste två årens domar från kammarrätterna visar att domstolarna generellt sett bara noterar om överprövningen avser en upphandling enligt 6 kapitlet LOU eller något av de övriga kapitlen i lagen. I övrigt när det gäller frågor kring beslut som den upphandlande enheten har tagit under en upphandling t ex avseende kvalifikationskriterier, utslutningskriterier, tilldelningskriterier så syns helt naturligt ingen skillnad på hur domstolarna prövar de aktuella rättsfrågorna.

En genomgång av de tillgängliga kammarrättsdomarna visar att de frågor som kommer upp till prövning skiljer sig något från de frågor som behandlas i ECJ. Som nämnts ovan i uppsatsen är en måltyp som förekommer i ECJ är frågan om vilka organisationer som skall anses vara upphandlande myndigheter. Denna fråga förekommer märkligt nog bara sporadiskt det svenska kammarrättsmaterialet.<sup>434</sup> Det kan ju var så att just denna måltyp blir

<sup>432</sup> I kammarrätten fordras prövningstillstånd för mål enligt offentlig upphandling. Grunden för att meddela prövningstillstånd är att länsrättens dom med en viss sannolik kan komma att ändras eller att målet har någon form av principiell betydelse.

<sup>433</sup> I valet mellan rättelse och .. skall domstolen väga in vad som är möjligt och lämpligt bl.a. i förhållande till tid, nedlagda kostnader etc.

<sup>434</sup> Högsta Domstolen har dock under år 2004 avgjort ett mål där frågan var om en förening var att anse som en upphandlande enhet och därmed hade att följa LOU. HD beslut Mål Ö3682-02 (30 dec 2003) Högmansö varv

klarlagda redan i länsrätterna och en sådan fråga kan inte vara särskilt framgångsrik för en myndighet etc. att begära överprövning av.<sup>435</sup>

Frågor om hantering av ”skallkrav” och lägsta pris, när samtliga leverantörer eller ett stort antal leverantörer uppfyller ställda skallkrav (dvs. om alla leverantörer uppfyller ställda skallkrav så återstår bara en jämförelse av priset.

Ett antal mål i kammarrätterna handlar om frågor kring utlämnade av anbudsmaterial till någon av de övriga anbudsgivarna.<sup>436</sup> Detta kan gällas dels som en komplettering av den information som anbudsgivare efter förändringen 1 juli 2002 automatisk skall erhålla från den upphandlande enheten om tilldelningsbeslutet och grunden för detta beslut, dvs. främst hur anbudsprövningen har gått till.<sup>437</sup>

Det kan även gälla frågor som synes sakna klart samband med detta utan istället handlar om andra regler i en prövning enligt sekretesslagen, dvs. prövning enligt sekretesslagen 8 kap 10 § skydd för enskild i detta fall för företagskoncept, företagshemligheter, etc., denna fråga är inte central i denna framställning varför den inte behandlas mer än på detta sätt. Man kan dock notera att det framstår som om de administrativa domstolarna här har att göra med svåra bedömningar på ganska sviktande underlag t ex att den som lämnat de efterfrågade uppgifterna inte anfört något särskilt avseende sekretess ( t ex affärshemligheten) för de uppgifter som de lämnat i anbudet.

När det gäller frågan om uppdelningen i (kvalifikationsgrunder, som i sig inrymmer både krav på teknisk kapacitet, finansiell ställning etc. och uteslutningsgrunder som allvarlig brist i yrkesutövning, ej fullgjort förpliktelser mot det allmänna )<sup>438</sup> och tilldelningsbeslut så diskuteras denna fråga i rättsfallet Slamsugningsverket i Brämhult,<sup>439</sup> (målet var ett skadeståndsmål). Frågan aktualiserades av att den upphandlande enheten i urvalsfasen valde att utesluta anbudet från Slamsugverket i Brämhult på en grund som är möjlig enligt LOU. Domstolen hade efter begäran om överprövning att dels överprövning grunderna för uteslutning och sedan när man kommit fram till det inte fanns tillräcklig grund för uteslutning att beräkna grunden för skadeståndet. I detta fall rent konkret om att för det fall man räknade in anbudsvärdet för den möjliga optionstiden så skulle man överskrida gränsen för vad som förenligt med upphandling enligt 6 kapitlet. Domstolen stannade efter diverse dividerande för att skadeståndet i det aktuella fallet skulle beräknas för tidsperioden utan att ta med optionstiden.

En annan fråga som förekommer i överprövningar är frågan om proportionalitet mellan det upphandlingen avser och de krav som ställs på anbudsgivarna i urvalsfasen eller tilldelningsfasen.<sup>440</sup>

Detta är dock inte bara en fråga om proportionalitet utan en principiell fråga om skillnaden mellan kvalifikationsgrunder och uteslutningsgrunder å den ena sidan och kvalifikationsgrunder och tilldelningskriterier å den andra sidan.

---

AB mot Högmansö samfällighetsförening.

<sup>435</sup> Noteringar, I vissa fall är den argumentation som någon av parterna använder sig av inför domstolen att närmast lika med lyteskomik, t ex den upphandlande enhet som anför inför kammarrätten att ett skäl till att de skall få rätt i kammarrätten är att de annars skulle förlora i anseende hos sina leverantörer, (underförstått att detta skulle vara till skada för den upphandlande enheten) Man kan nog säga att en sådan effekt är en av de avsedda effekterna med överprövningsreglerna för offentlig upphandling.

<sup>436</sup> Under våren 2004 har Anna Larsson en artikel i JT med titel Idéskydd vid offentlig upphandling i vilken hon diskuterar olika aspekter på bevarande av affärshemligheter vid lämnande av anbud.

<sup>437</sup> Numera kap 1 28 § LOU

<sup>438</sup> Enligt uteslutningsgrunden ”allvarlig brist i yrkesutövningen”. Hanteringen hos den upphandlande enheten framstår som en form av svartlistning av det företag som begärde överprövning. Rättsfallet framstår som särskilt intressant av denna anledning.

<sup>439</sup> Hovrätten för västra Sverige Mål T 2750-02 (2003-10-08)

<sup>440</sup> Fråga om upphandling av skyddsruminspektion

Frågan om tillräcklig teknisk kapacitet var föremål för överprövning i ett rättsfall avseende inspektion av skyddsrum.<sup>441</sup> Den upphandlande enheten tilldelade kontraktet till den anbudsgivare som bedömdes ha större kapacitet än en annan anbudsgivare. Kapacitetskravet användes alltså i detta fall som ett tilldelningskriterium tillsammans med andra (tilldelnings) kriterier.

I detta rättsfall diskuterar domstolen frågan om kapacitet etc. i termer av tillräcklig kapacitet för att klara det den upphandlande enheten vill ha utfört. På detta sätt används frågan om kapacitetskrav som ett kvalifikationskriterium. Bland de företag som har tillräcklig kapacitet för att klara arbetsuppgiften så handlar det sedan om andra kriterier som den upphandlande enheten ställt upp i anbudshandlingarna för den aktuella upphandlingen, i detta fall priset. Den metod som domstolen här använder synes överensstämma med den i denna uppsats diskuterade fasindelningen från EG-domstolens dom i Beentjes, en kvalifikationsprövning och en tilldelningsprövning av anbudet.

#### **14.7.4.1 Angående referenser**

Den upphandlande enheten kan i en upphandling ange att anbudsgivarna skall lämna referenser och referensobjekt. Detta är en del av frågan om kvalifikation och kvalifikationskriterier

Genom domar i kammarrätt<sup>442</sup> har vissa frågor kring detta förtydligats, dels skall den upphandlande enheten ange hur referenserna skall bedömas, dels att bara antalet referenser upp till en viss nivå är av intresse. Vidare framgår att den upphandlande enheten skall dokumentera vad som framkommit vid referenstagningen. En kommentar till detta är väl att dokumentation över referenstagningen (och även referensvärderingen) helt klart ökar transparensen

#### **14.7.5 Samband mellan förfrågningsunderlaget och prövningen av anbudet**

Ett antal rättsfall handlar om sambandet mellan förfrågningsunderlaget och hur man har genomfört prövningen (utvärderingen) av anbudet.

Som nämns tidigare uppsatsen var överprövning av utvärderingsmodeller i praktiken undandragna från prövning i domstol före den lagändring som skedde 1 juli 2002 genom en förändring av 7 kap 1 § då man införde krav på att den upphandlande enheten dels skulle sända information om tilldelningsbeslutet och grunderna för detta till samtliga anbudsgivare samt att man införde en tidsfrist om 10 dagar mellan det att leverantören erhöll denna information och att den upphandlande enheten kunde teckna ett giltigt kontakt med den anbudsgivare som vunnit tilldelningen, allt i syfte att ge de övriga leverantörerna en rimlig tillgång till effektiva rättsmedel avseende tilldelningsbeslutet.

Denna förändring gäller hela LOU, dvs. även upphandling enligt 6 kapitlet. Det är därför viktigt att se vad de senare domarna inom detta område innehåller.

#### **14.8 Den centrala frågan**

Utgångspunkten för utvärderingen (prövningen) av anbudet är vad den upphandlande enheten har angett i annonsen och förfrågningsunderlaget. Det är den upphandlande enheten som avgör vad som skall handlas upp, upphandlingsförfarandet avser att avgöra vem som skall leverera varan, tjänsten alternativt utföra entreprenaden efter en prövning av vilket anbud som bäst motsvarar vad den upphandlande enheten har angett i annonsen och anbudshandlingarna (förfrågningsunderlaget)

För de fall man avser att pröva anbudet enligt ”det mest fördelaktiga anbudet” så skall de olika kriterierna anges med det mest angelägna först eller rangordnas om så är möjligt.

<sup>441</sup> Kammarrätten i Göteborg Mål 788-03 (2003-05-08) Sara Slagstedt mot Landskrona kommun

<sup>442</sup> NOU-info okt 2003

Vissa upphandlande enheter har utvecklat en metod att uttrycka varje kriterium vikt i en procentsats (även benämnt scoringförfarande) vilket naturligtvis underlättar prövningen.

Av dessa rättsfall kan man se att domstolarna betonar vikten av anbuden faktiskt provas enligt vad man har angett i förfrågningsunderlaget. I de fall en upphandlande enhet avser att fästa särskilt vikt vid ett kriterium menar domstolarna generellt att just denna är viktigt att det framgår av förfrågningsunderlaget, att i det fall man angett en viss kvalitet på en variabel att de som uppfyller detta skall ha högst poäng för denna variabel, att inte ge högre poäng för överkvalitet, dvs. kvalité som man inte har frågat efter i förfrågningsunderlaget.

Som nämnts tidigare i uppsatsen så skall varje kriterium som en upphandlande enhet angivit bedömas särskilt och bedömningen för varje kriterium skall sedan vägas samman till något som möjliggör en jämförelse mellan olik anbud.

Att man inte kan utesluta leverantörer som på rimliga grunder kan antas ha efterfrågad kapacitet på den grunden att andra anbudsgivare bedömningsvis har än högre kapacitet. Att i de fall några leverantörer uppfyller alla s.k. skallkrav det blir en fråga om lägsta pris mellan dessa leverantörer (för det fall man även angett pris som en prövningsvariabel)

I senare svenska domar framträder en mer offensiv inställning från domstolarna när det gäller hur de upphandlande enheterna anger hur utvärderingen skall ske.<sup>443</sup> Man framhåller behovet av tydlighet i annonsen och /eller anbudshandlingarna vad gäller hur den upphandlande enheten avser att utvärdera anbuden. Allt i syfte att motverka att den upphandlande enheten söker skapa sig en fri prövningsrätt genom att vara otydlig i detta avseende.

#### 14.8.1 Ej fri prövningsrätt

Ett intressant rättsfall gäller frågan om hur tydliga och precisa de kriterier som en upphandlande enhet ställer upp i sitt förfrågningsunderlag behöver vara. I det fall kriterierna är oprecisa eller allmänt luddiga finns helt klart risken för att den upphandlande enhet av okunnighet eller annat söker genomföra en upphandling med villkor som alltför mycket liknar eller faktiskt utgör en form av fri prövningsrätt.

I det aktuella rättsfallet resonerade Svea Hovrätt kring detta och fann att de uppställda kriterierna var så pass oprecisa att de var för lika det som avses med fri prövningsrätt och utdömde skadestånd.<sup>444</sup>

Frågor om särskilda villkor från den upphandlande enheten.

T ex förekommer t ex på att sopbilar skall ha en viss färg.<sup>445</sup>

Även fråga om onormalt eller orimligt lågt anbud.

I materialet förekommer även upphandlande enheter som tecknat kontrakt med en anbudsgivare trots att länsrätten dömt att upphandlingen skall göras om.<sup>446</sup> I det nuvarande regelverket är ett sådant beteende från en upphandlande enhet bara möjligt att angripa genom skadeståndskrav från en leverantör som menar att han lidit skada eller riskerar att lida skada. De processuella förutsättningarna för en sådan skadeståndstalan framstår dock som oklara då regelverket i LOU är konstruerat på så sätt att det förutsätts att de upphandlande enheterna följer domstolarnas domar. (detta diskuteras även i avsnittet om domstolstrots i denna uppsats).

<sup>443</sup>

Kammarrätten i Göteborg dom 2002-11-08, mål 4764-2002 om förfrågningsunderlag och utvärderingsmodell Liber AB mot Länsarbetsnämnden i Västra Götaland.

<sup>444</sup> Svea Hovrätt, mål T 647-03 (2003-10-09) laga kraft vunnit

<sup>445</sup> Göteborgs Stad, kretsloppsnämnden mot Ragn-Sells AB mål 3969-2002 daterad 2002-09-25

<sup>446</sup> Diskuteras mer i avsnittet om domstolstrots

### 14.8.2 Två mycket principiella svenska domar

Kammarrätten i Göteborg Dom i mål 2409-03 daterad 2004-09-29

Dotcom Solutions AB mot Mölndals Kommun

Upphandlingen gällde en abonnentväxel för kommunen.

En anbudsgivare som ej erhöll kontraktet begärde överprövning i förvaltningsdomstol (länsrätten). Bolaget som var en av 6 anbudsgivare begärde överprövning av kommunens tilldelningsbeslut.

Anbudsgivaren anförde bl.a. att kommunen hade brutit mot kraven i 1 kap. 4 § och 1 kap. 22 § första punkten LOU genom att på ett flertal punkter avvika från kraven på transparens, objektivitet, likabehandling och icke-diskriminering samt genom att inte välja det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

I begäran om överprövning framhöll bolaget även att förfrågningsunderlaget var bristfälligt vilket bl.a. framgick av att det hade kompletteras vid 4 tillfällen.

Bolaget menade att kommunen hade sammanblandat skallkrav och börkrav

Bolaget framhöll även att rangordning av anbud kan leda till helt olika resultat beroende på hur många anbud som tas med i utvärderingen

Av förfrågningsunderlaget framgick att upphandlingen skulle genomföras enligt det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

Förutom att priset värderades till 29 % hade kommunen angett några andra kriterier, kvalitet angavs utgöra 40 %, kompetens och service 31 % de olika kriterierna hade åsatts vissa i förfrågningsunderlaget angivna procentsatser.

Som underkriterier för kvalitet hade kommunen angett säkerhet, ändamålsenlighet i förhållande till vad som efterfrågats i förfrågningsunderlaget, funktionalitet, service och pålitlighet

Underkriteriet säkerhet hade sedan egna underkriterier, driftsäkerhet, nyttjanderätt och personskydd, varje kriterium bedömdes efter en skala 1-30 säkerhet angavs utgöra 28 % av kvalitetsbegreppet

Länsrätten utgår i sin överprövning från RÅ 2002:50 och finner att det resonemang som regeringsrätten för i detta mål även är tillämpligt i det här aktuella målet.

Förfrågningsunderlaget och anbudsprövningen innehåller brister, men att detta är något som tillhör det ekonomiska livets realiteter, och att bristerna inte är så stora att upphandlingen skall göras om Helt följdriktigt kommer länsrätten fram till att upphandlingen inte skall göras om.

Kammarrätten diskuterar inledningsvis Regeringsrätten dom i RÅ 2002:50 om framhåller att det nu aktuella målet har stora likheter med målet i RÅ 2002:50.

I RÅ 2002:50 fann regeringsrätten att förfrågningsunderlaget innehöll en del brister men att dessa brister inte var av den arten att upphandlingen skulle göras om.

Kammarrätten återger utförligt regeringsrätten resonemang men stannar inte vid detta utan fortsätter sitt resonemang vad gäller hur utvärderingen i förhållande till förfrågningsunderlaget hanterats av kommunen i den aktuella överprövningen

Den första frågan av intresse i detta sammanhang är vilken tydlighet som skall krävas an förfrågningsunderlaget och eller anbudshandlingarna. Kammarrätten fann att kommunen i

utvärderingen hade använt sig av utvärderingskriterier som inte hade angivits vare sig i förfrågningsunderlaget eller i anbudshandlingarna.

Kammarrätten fortsätter med att diskutera den inbördes strukturen i förfrågningsunderlaget, dvs. förhållandet mellan vikten för olika underkriterier.

Kammarrätten fann att ett kriterium vid utvärderingen hade delats upp i underkriterier vilket inte framgick av förfrågningsunderlaget och att detta inte kunde förutses av bolaget.

Kammarrätten fann att det inte framgick att vissa kriterier skulle användas som underkriterier till andra kriterier vid utvärderingen

Kammarrätten konstaterar vidare att olika underkriterier hade åsatts olika vikt utan att detta hade motiverats. T. ex. hade säkerhet m. fl. under huvudkriteriet kvalitet viktats på inbördes

utan att detta hade redovisats i förfrågningsunderlaget. Kammarrätten skriver vidare att underkriterier tillskapats under t ex underkriteriet säkerhet och att dessa underunderkriterier

hade åsatts olika maxpoäng så att driftssäkerhet kunde ge högst 30 poäng medan

underunderkriterierna nyttjanderätt och personskydd kunde ge högst 10 poäng vardera

Av kammarrättens redovisning framgår att utvärderingen av anbuden innehåller flera

liknande ej motiverade skillnader i poängvärdering av underunderkriterier.

Sammantaget fann kammarrätten att utvärderingen hade så stora brister att upphandlingen skulle göras om

Kammarrätten konstaterar att kravspecifikationen och utvärderingsprotokollet inte har

samma systematik och att det måste förutsättas att leverantörens möjlighet att utforma sina

anbud skulle vara andra än vad som nu var varit fallet om vetskap förelegat om hur

utvärderingen skulle gå till.

Kammarrätten hade dock behov av att motivera att målet skilde sig från RÅ 2002:50. Den

skillnad man lyfte fram i domsmotiveringen var att i rättsfallet RÅ 2002:50 fanns ett

resonemang om en totalpoäng i den upphandlande enhetens prövning av anbuden till skillnad

mot förhållandens i detta rättsfall.

Enligt uppsatsförfattarens mening kan principerna för utvärdering av anbud inte uttryckas

klaras än vad kammarrätten i Göteborg gör i denna dom. Kriterier skall viktas efter

angelägenhetsgrad, viktningen skall framgå av anbudshandlingarn. Utvärderingen

(prövningen) av anbuden skall ske i enlighet vad den upphandlande enheten har angett.

Leverantören skall utifrån vad som anges i anbudshandlingarna ha möjlighet att utforma sitt

anbud på ett tillfredställande sätt.

I en annan dom, Kammarrätten i Stockholm Mål 4412-04 (2004-09-10)

Söderenergi mot Styrmek System AB

Målet gällde upphandlingen av en entreprenad. Anbudsgivaren framförde att upphandlingen

skulle göras om då förfrågningsunderlaget angav att de urvalskriterier som fanns i

förfrågningsunderlaget innebar att dessa inte vara viktade utan hade samma tyngd vid

anbudsutvärderingen, Men att den upphandlande enheten hade genomfört en poängsättning

av kriterierna som innebar att man vid utvärderingen av anbuden hade viktat kriterierna så att

några kriterier erhöll större vikt än de andra kriterierna.

Dessutom framhöll den leverantör som begärt överprövning att såväl förfrågningsunderlag

som utvärderings-PM saknade information om principer för poängsättningen

Av diskussionen i domstolen framgår att upphandlingen var enligt 6 kapitlet LOU och att det

enligt 6 kap. LOU inte finns något absolut krav på rangordning av utvärderingskriterier.

Rangordning skall endast ske om så är möjligt

Den upphandlande enhet framförde vad gäller rangordning eller inte rangordning av kriterier vid upphandling enligt 6 kap LOU Att utifrån skrivningen i 6 kap 12 § dra slutsatsen att ett underlåtande av att genomföra en rangordning endast får ske om det skulle vara omöjligt för upphandlande enhet att rangordna saknar stöd i gällande rätt.

Det framgår att utvärderingen av anbuderna skulle ske utifrån tretton angivna kriterier utan inbördes rangordning. Av Söderenergis avslutande resonemang framkommer dock att vissa moment i den upphandlade entreprenaden har värderats högre än andra. Slutsatsen av detta var enligt kammarrätten att Söderenergi värderat vissa av urvalskriterierna högre än andra och att en rangordning därmed gjord vid utvärderingen. Eftersom någon sådan rangordning av urvalskriterierna inte fanns angiven i förfrågningsunderlaget kan underlaget inte anses ha varit så klart och tydligt utformat att leverantör på grundval av detta har kunnat avgöra vad Söderenergi AB skulle komma att tillmäta betydelse vid upphandlingen. Därmed har Söderenergi AB inte uppfyllt det krav på affärsmässighet som kommer till uttryck i 1 kap 4 § och 6 kap 12 § LOU.

Kammarrätten fann därför att länsrättens förordnande om att upphandlingen skall göras om var riktigt varför överklagandet skall avslås.

Av rättsfallet tydliggörs en skillnad mellan 6 kap LOU och de övriga kapitlen i LOU vad gäller krav på rangordning eller ej av de kriterier som en upphandlande enhet ställt om för en konkret upphandling. Det framgår vidare att den även enligt 6 kap LOU är möjligt för en upphandlande enhet att använda sig av rangordning av kriterier under förutsättning att man anger detta i anbudshandlingarna. En fråga är givetvis om en sådan skillnad är sakligt motiverad.

Av domstolens dom framgår vidare att den upphandlande enheten skall utvärdera efter vad den angett i anbudshandlingarna.

#### **14.9 Även ramavtal**

I den senaste domstolspraxisen finner man även intressant frågor kring s.k. parallella ramavtal.

I domar från kammarrätterna om ramavtal hänvisar domstolen dels till en diskussion som NOU för i ett utlåtande om ramavtal från 1998 dels för man ett resonemang om fördelningsnycklar etc. som går längre.<sup>447</sup> Kontentan av resonemanget är att ramavtal med flera parallella leverantörer dels förmodligen inte är att betrakta som avtal överhuvudtaget då samtliga avtalsvillkor ej är bestämda, i denna typ av upphandling saknas regelmässigt volymmuppgifter, dvs. den upphandlande enheten tillförsäkrar inte någon av de som man sluter ett s.k. ramavtal med en viss volym, man tillförsäkrar dem inte någon leverans överhuvudtaget. Ett annat sätt är att utdefiniera sådana s.k. avtal som avtal är att de inte medför några ömsesidiga förpliktelser.

Huvudpunkten i NOU:s utlåtande är att det finns en uppenbar nackdel med ramavtal som man använde denna term i det att de företag som la anbud på en upphandling av ramavtal inte var tillförsäkrade någon som helst volym vilket då borde medför att det bud de la inte var applicerat på den konkreta situationen, och därmed högre än vad de skulle kunna varit i en situation där anbudsgivaren kunde få en uppfattning om volymer.

<sup>447</sup> Kammarrätten i Sundsvall Mål nr 1669-2000 sid. 5 ”Vid avropstillfället bör finnas en bestämd ordning mellan leverantörerna så att den som lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet (med beaktande av vad som föreskrivits som kvalitetskrav) alltid utnyttjas i första hand”

Även kammarrätten i Stockholm mål 2591-04 daterad 2004-06-02 Stiftelsen kungliga gytjebad och brunnsanstalten Loka mot Stockholms läns allmänna försäkringskassa.  
Vikten av rangordning vid upphandling av ramavtal.



## 15 Sammanfattning och diskussion

### 15.1 Förändringar av LOU

I Uppsatsen har jag sökt koncentrera mig kring nedanstående frågor som grund för diskussionen om 6 kapitlet LOU

#### Fyra slags regler

I uppsatsen ha följande frågor inom offentliga upphandling varit i fokus;  
 hur välja anbudsgivare, annons, tillskrivning  
 hur hantera anbud, tekniskt med beaktande av affärshemligheter, likabehandling  
 hur pröva anbud  
 hur tillförsäkra objektivitet och insyn samt rättsäkerhet

LOU har förändrats ett antal gånger beroende på att den första implementeringen av EG-direktiven på detta område inte var fullständig. Detta förhållande framgår t ex av prop. 1996/97:153 som helt och hållet ägnas åt att förbättra LOU:s överensstämmelse med EG-direktiven inom detta område.<sup>448</sup> Antalet förändring som genomförs i LOU genom denna prop. är betydande och de gäller frågor inom hela regelverket.

I denna prop. ingår även en förändring av LOU 6 kap i det att § 12 (om prövning av anbud) får samma lydelse som likaledes omformulerade § 22 i kapitel 1. Sammantaget införs ett betydande antal förändringar i LOU:s olika kapitel vid detta tillfälle. Hur prövning av anbud skall ske är klart ett av regelverkets mest centrala paragrafer. De förändringar som genomfördes vid detta tillfälle innebar i många fall att den svenska lagtexten erhöll en bättre överensstämmelse med texten i de olika direktiven.

Detta är dock inte bara språkliga förändringar utan innebär att de EG-rättsliga principerna och icke-diskriminerande, likabehandling, proportionalitet samt transparens har fått tydligare uttryck i den svenska Lagen om offentlig upphandling.

LOU har förändrats ytterligare ett antal gånger även i mycket principiella frågor t ex avseende upphandlingsformer och rättsmedel. Även när helt nya frågor diskuteras i samband med offentlig upphandling framstår det som helt naturligt att diskussionen gäller hur frågan eller frågorna skall hanteras både i förhållande till regelverket i det regelverk som avser upphandling över tröskelvärdena som det regelverk som avser regelverk under tröskelvärdena. Exempel på detta är användningen av modern IT-teknik i annonsering och anbudsgivning samt regler för särskilda kontraktvillkor. LOU har förändrats ytterligare ett antal gånger även i mycket principiella frågor t ex avseende upphandlingsformer och rättsmedel

Krav på annonsering även för upphandling enligt 6 kap LOU

Genom att det även för upphandling enligt 6 kap LOU infördes krav på annonsering<sup>449</sup> kan man se ytterliga en ökad likhet mellan upphandling enligt 6.e kapitlet och upphandling enligt de övriga kapitlen i LOU.

#### 15.1.1 Upphandlingsförordning levde vidare även i de övriga kapitlen i LOU

I prop. 1993/1993:88 finns skrivningar av vilka det framgår att lagstiftaren har en vilja att upphandlingsformer m fl. begrepp i den nya lagen om offentlig upphandling skall ha samma betydelse som enligt upphandlingsförordningen.<sup>450</sup> Att sådana skrivningar i prop. som är en tung rättskälla i det svenska rättssystemet skapade spänningar och förvirring för såväl

<sup>448</sup> Antal förändringar och kompletteringar av LOU var betydande vid detta tillfälle.

<sup>449</sup> År 2001, 6 kap 2 a §

<sup>450</sup> Prop. 1992/1993:88 sid. 62 om ramavtal

upphandlande enheter som leverantör allteftersom kunskaperna om EG-rätten i allmänhet, innehållet i de olika EG-direktiven om offentlig upphandling samt domar från EG-domstolen ökade. Det framstår som troligt att det finns ett samband mellan skrivningarna i den första prop. om LOU (1992/1993:88) om att betydelsen och förfaranden i vissa fall var i enlighet med vad som gällt tidigare enligt upphandlingsförordningen och den bristande regelefterlevnaden vad gäller de upphandlande enheternas tillämpning av LOU (enligt vad som diskuteras i avsnittet om bristande regelefterlevnad).

Även när helt nya frågor diskuteras i samband med offentlig upphandling framstår det som helt naturligt att diskussionen gäller hur frågan eller frågorna skall hanteras både i förhållande till reglerna i det regelverk som avser upphandling över tröskelvärdena som de regler som avser reglering under tröskelvärdena. Exempel på detta är användningen av modern IT-teknik i annonsering och anbudsgivning samt regler för särskilda kontraktsvillkor.<sup>451</sup>

Ändringarna av LOU har bl.a. avsett att klargöra villkoren för förhandlad upphandling i syfte att tydliggöra att förhandlad upphandling är en undantagsform och att man inte kan förhandla om grundläggande frågor som pris etc. i en förhandlad upphandling. Ändringarna har även avsett frågor om transparens så att det även i den svenska lagtexten blir tydligare vad som krävs för att kravet på konkurrens i en upphandling skall vara uppfyllt, dvs. ett närmare angivande av hur många anbud som krävs för att villkoret om tillräcklig konkurrens skall vara uppfyllt.<sup>452</sup>

Förändringar 1997 innefattade även en tydligare skrivning om vilka offentliga inrättningar som skall ses som upphandlande enheter och därmed har att följa regelverket. I den svenska texten innebar detta att även sammanslutningar av kommuner etc. tydliggjordes i lagen<sup>453</sup>

Andra förändringar har avsett mer tekniska detaljer kring möjlighet att ha längre eller kortare anbudstid än normalfallet.

En viktig förändring avser införandet i LOU skillnaden mellan villkor för prövning av leverantörerna och prövning av anbud (en konsekvens av domen i Beentjesmålet).<sup>454</sup>

Ytterligare en betydelsefull förändring avser konsekvensen av EG-domstolens dom i Alcatelmålet som syftar till att ge leverantörer som vill begära överprövning av ett tilldelningsbeslut en reell möjlighet till detta, utifrån EG:s rättsmedelsdirektiv.

Andra förändringar av regelverket har främst avsett frågor inom ramen för 6 kapitlet LOU, dvs. frågor som inte är styrda av direktiven. Det tydligaste inom detta område är frågan om ”lågt belopp” vad gäller direktupphandlingar

Den viktiga frågan om vad som är möjligt att använda för kriterier vid upphandling enligt ”det mest fördelaktiga anbudet” styrs helt klart av rättsutvecklingen inom EG. De nya direktiven innehåller dock inte av vad som framgår vid en genomläsning av dem något nytt i detta avseende. Direktiven skall implementeras, det nationella utredningsarbetet har som övergripande syfte att göra detta på bästa sätt.

Av de svenska nationella utredningsdirektiven framgår som nämnts att utredaren skall beakta rättsfallet Leur-Bloem i EG-domstolen<sup>455</sup> (C-95/1995) I detta rättsfall uttalade sig EG-

<sup>451</sup> Prop. 2001/2002:142

<sup>452</sup> Dels 1 kap 7 a § 5 –20 vid selektiv upphandling beroende på vad upphandlingen avser. Dels 2 kap 11 a §, 3 kap 16 § och 5 kap 18 vid förhandlad upphandling med föregående annonsering.

<sup>453</sup> 1 kap 5 §

<sup>454</sup> Som diskuterats tidigare i uppsatsen är detta inte särskilt tydligt i LOU varför detta kan behövas göras tydligare.

<sup>455</sup> C – 95/1995 är ett skattemål. Den skrivning om nationell rätt som liknar EG-rätt framstår som generell.

domstolen om nationella rättsregler som införts i nationella rättsystem i syfte att få motsvarande effekt som innehållet i EG-rätten.<sup>456</sup>

Inom 6 kapitlet LOU (inklusive hänvisningar till paragrafer i andra kapitel, främst 1 kap.) finns idag flera paragrafer som klart är införda i syfte att motsvara regler i det som styrs av direktiven om offentlig upphandling, främst och viktigast, regler om vad som är att avse som upphandlande enhet 1 kap 5 §, regler kring prövning av anbud 1 kap 22 som i 6 kap motsvaras av 12 §

När de direktivstyrda kapitlen i LOU har förändrats för att få överensstämmelse med EG-direktiven<sup>457</sup> till exempel genom att det i lagtexten har förts in bestämmelser om minimiantal vad gäller antalet anbud i syfte att tillförsäkra vitillräcklig konkurrens så har motsvarande innehåll införts även i 6 kap 2 c § 3 st. LOU (dock utan angivande av exakt minimiantal)

I prop. 2001/2002:142 framhålls det upprepade gånger att intentionerna är att reglerna i 6 kap LOU skall tolkas på motsvarande sätt som de övriga kapitlen i LOU.

Även rättsmedel om överprövning av anbud i 7 kap 1 §, reglerna om vem som får begära överprövning i 7 kap 5 §, regler om rättsföljderna rättelse (att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse skett) och att upphandlingen ska göras om samt regler om skadestånd i 7 kap gäller såväl upphandling enligt 2, 3 och 5 kapitlet som 6 kap LOU. Liksom även att NOU är ett organ som skall bedriva tillsyn över lagens efterlevnad i 7 kap 9 §

### **15.2 Till diskussionen om Likheter mellan 6 kapitlet och de övriga kapitlen i LOU**

Ytterligare en viktig fråga som behandlas lika för upphandling enligt 6 kapitlet och de övriga kapitlen enligt LOU är uppdelningen mellan urvalsbeslut (kvalifikations) och tilldelningsbeslut. Denna uppdelning är mycket avgörande för vilka kriterier som skall användas för urvalet av leverantörer och vilka som skall användas för prövningen av anbuden.

Sammantaget medför detta att vad gäller den materiella prövningen av anbud som den upphandlande enheten skall genomföra så finns ingen skillnad mellan upphandling enligt kapitel 2,3 5 å den ena sidan och upphandling enligt kapitel 6 å den andra sidan. Inte heller när det gäller överprövning i domstol eller skadeståndstalan i domstol finns någon skillnad. Även den relativa oklarhet vad gäller krav på tydlighet i förfrågningsunderlaget och hur utvärderingen går till som diskuterats ovan utifrån att det finns exempel på domar där domstolen visserligen funnit att förfrågningsunderlaget och/eller utvärderingsmodellen haft brister men att dessa brister inte varit tillräckliga för att domstolen skulle döma om rättelse eller att upphandlingen skulle göras om gäller hela LOU, dvs. inklusive 6 kapitlet.

### **15.3 En reflektion om hantering av vagt språk i lagar och förordningar**

Upphandlingsförordningen och den tidiga skrivningen av LOU har ett annat språkbruk än vad som är generellt finns i den nuvarande LOU (kap 1, 2,3,4, 5 och 7) begreppen är vaga, ordningsföreskrifterna är än mer vaga, mycket lämnas till den upphandlande enhetens skönsmässiga bedömningar. Den anbudsgivare som erhåller kontrakt kommer strax i fokus, de övriga anbudsgivarna lämnar scenen i tysthet, de skall informeras om hur upphandlingen har avlöpt. men inget nämns om innehållet i information eller i vilken form informationen skall ske.

Att språket i förordningen och lagen är vagt medför stor frihet för den upphandlande enheten, speciellt som statliga beslut inte kunde överklagas under upphandlingsförordningen.

<sup>456</sup> För EG-rätten som ett rättsystem är det angeläget att nationell rätt som skrivits för att efterlikna EG-rätt tolkas på samma sätt som EG-rätten. EG-domstolen är enligt Rom-fördraget uttolkare av fördraget och andra rättsakter utfärdade av någon av gemenskapens/unionens institutioner.

<sup>457</sup> Som nämnt ovan skedde ett stort antal förändringar i LOU genom prop. 1996/97:153

Att språket är vagt även i de kommunala upphandlingsreglementena sammanhänger väl med att de har den statliga förordningen som förebild och att normalreglementet för kommunala upphandling föreskrev att upphandlingsbeslut skulle antecknas, vilket väl får betecknas som ett mycket lågt ställt krav.

Det kan kanske finnas en dimension av att språket är tillrättalagt för att användas av personer utan juridisk eller med begränsad juridisk utbildning. Vaga formuleringar kräver dock mera av dem som använder dem, mera i form av eget arbete för att nå de mål om att tillvarata konkurrens etc. som ändå finns, mera dokumentation kring de val man gjort. Ett sådant system framstår dock som mycket bräckligt när möjlighet till domstolsprövning drastiskt förändras.

I den tidiga skrivningen av LOU fanns fortfarande ett antal vaga formuleringar t ex antalet anbudsgivare som födrades för att säkerställa konkurrens

Det framstår som om det vaga och öppna språkbruket av vissa paragrafer i den tidiga skrivningen av LOU kom i konflikt med de nya förfarandereglerna från EG-direktiven, förfaranderegler införda i syfte att säkerställa transparens i hur den upphandlande enheten hanterade en konkret upphandling. Öppna formuleringar ersattes successivt med mindre öppna i de direktivstyrda kapitlen. Detta invercade även till viss del även på 6 kapitlet t ex införandet av huvudregel om annonsering. I 6 kap LOU finns dock fortfarande ett par öppna formuleringar t ex vad gäller anbudstid där begreppet skälig finns kvar (dock med modifikationen, dock minst 10 dagar sedan en förändring för ett par år sedan)

Frågan om transparens i en upphandlingsprocess var under upphandlingsförordningens tid en fråga om att en representant från en handelskammare skulle på begäran från någon av anbudsgivarna kunna närvara vid anbudsöppningen (7 § upphandlingsförordningen). Denna regel fördes sedan vidare in i LOU i 1 kap 20 §

#### **15.4 Har NOU bidragit till att framställa reglerna i 6 kapitlet som något annat än de övriga reglerna i LOU**

Man kan hävda om att NOU under ett antal år inte bidrog till att klargöra frågor kring 6 kapitlet LOU. NOU skrev i sin korta vägledning om NOU och LOU i en mycket kort text om 6 kap LOU att reglerna i detta kapitel föll tillbaka på de tidigare rent nationella reglerna i Upphandlingsförordningen.

Genom denna hänvisning i en mycket lättillgängligt informationsmaterial om offentlig upphandling från den myndighet som har att övervaka regelverket kan en eventuell idé om att reglerna i 6 kapitlet var en slags leight-variant av de övriga reglerna ha fått näring.

I förhållande till rättskälleläran har innehållet i informationsmaterial utgivna av offentliga myndigheter helt klart inget juridiskt värde vid en prövning inför en domstol, men det förhållandet att ett informationsmaterial med obsoleta hänvisningar hålls tillgängligt för nedladdning och utskrift medför med stor sannolikhet att varianter med detta innehåll finns i det material som används av ett antal av de ca 10 000 upphandlande enheter som finns i Sverige liksom ett antal leverantörer.

I inledningen till denna uppsats refererades ett avsnitt från NOU:s broschyr från år 2001 Kort om LOU och NOU. I avsnittet om 6 kap LOU upphandling under tröskelvärdena mm hänvisades till att reglerna i 6 kapitlet LOU motsvarar de regler som tidigare gällde i upphandlingsförordningen. Som framgår av uppsatsen var detta säkert avsikten med 6 kapitlet i LOU när kapitlet infördes i LOU genom prop. 1993/94:78. Redan från början innehöll dock 6 kapitlet LOU samma definition av upphandlande enhet som gällde för de övriga kapitlen, regler för prövning av anbud var identiska rättsmedlen var även de identiska (med bortseende från ett par speciella rättsmedel för upphandling inom försörjningssektorn).

Redan utifrån detta är det klart att 6 kapitlet LOU inte var samma som fanns i den tidigare gällande upphandlingsförordningen. När sedan regelverket i den del av LOU som är direkt avsedda att implementera EG-direktiv förändrats genom t ex bättre implementering av EG-direktiven så har avgörande paragrafer om t ex avgränsning av upphandlande enhet, prövning av anbud och förändring av rättsmedlen t ex som en följd av Alcateldomen så har även motsvarande förändringar genomförts i 6 kapitlet LOU. Tidsmässigt skedde en stor del av dessa förändringar under åren 1997- 2001 (utredningen om konsekvenserna av Alcateldomen slutfördes under år 2001)

### **15.5 Undantag, förhandling för särskilt komplicerade upphandlingar**

Regelverket om offentlig upphandling beskriver flera olika upphandlingsformer, öppen upphandling selektiv upphandling, förhandlad upphandling för upphandling enligt kapitlen 2 och 3 och LOU samt förenklad upphandling, urvalsupphandling samt direktupphandling enligt LOU kapitel 6. De olika benämningarna på upphandlingsformerna betecknar dels hur den upphandlande enheten kommer i kontakt med potentiella anbudsgivare/leverantörer, öppen upphandling, annons – alla leverantörer har möjlighet att lämna anbud, selektiv upphandling, annons eller tillskrivelse, bara de inbjuda leverantörerna kan lämna anbud, förhandlad upphandling att förhandling mellan den upphandlande enheten och en eller flera leverantörer är möjlig, förenklad upphandling (tidigare fanns tillskrivelse som en möjlighet bland andra), sedan 1 jan 2001 är annonsering en klar huvudregel, urvalsupphandling, annonsering i databas i syfte att göra upphandlingen känd, leverantörer anmäler sitt intresse av att få vara med att lämna anbud, den upphandlande enheten väljer på objektiva grunder vilka som skall få lämna anbud 5 – 20 stycken, direktupphandling att handla upp utan föregående annonsering eller tillskrivning kan ske under speciella förutsättningar lågt värde och synnerliga skäl.

När det gäller de materiella reglerna dvs. hur prövning av anbuderna skall ske finns ingen skillnad mellan de olika kapitlen i LOU

#### **15.5.1 Om ramavtal**

Begreppet ramavtal förekommer bara i direktivet för försörjningssektorn. NOU har redan i ett yttrande från jan 1998<sup>458</sup> framhållit skillnaden mellan procurement agreement och procurement contract och menade att denna distinktion borde utredas i förhållande till hur begreppet ramavtal används i LOU. Enligt NOU förstår med procurement kontrakt ett kontrakt där samtliga avtalsvillkor är förhandlade medan ett procurement agreement betyder att det inte är bindande för köpare och att det vid en inköpsituation skall ske en ny upphandling.

Trots detta finns reglerna om ramavtal i LOU i 1:a kapitlet dvs. ett kapitel som innehåller regler för hela LOU. Hur är detta i förhållande till 6 kapitlet. I 6 kapitlet sker vissa hänvisningar till några paragrafer i 1:a kapitlet, men gäller det regeln om ramavtal?

Ramavtal med ett antal leverantörer

Att en upphandlande enhet kan teckna ramavtal med ett antal leverantörer (parallella ramavtal) och sedan bara använda sig av en eller ett par av dessa leverantörer framstår som en tydligt sätt att kunna kringgå reglerna om upphandling, speciellt att en upphandling skall leda fram till kontrakt med den leverantör som lämnat det lägsta priset eller det mest fördelaktiga anbudet.

<sup>458</sup> NOU:s yttrande avseende Statlig inköpsamordning Yttrande över betänkandet Effektivare statlig inköpsamordning (SOU 1997:130) NOU diarienummer 235/97-22

## 15.6 Fundering

I det EG-rättsliga perspektiv ser det ut som vi har en ganska linjär utveckling med direktiv, modifierade direktiv, rättsfall från EG-domstolen etc. i och för sig en dynamiskt rättsutveckling.

I det svenska nationella perspektivet framstår det som om den ursprungliga bristfälliga implementeringen av EG-direktiven tillsammans med bl.a. bristande initial kompetens inom NOU avseende EG-rätt skapat en stor oreda om vad EG-rätt och EG-direktiv inom området för offentlig upphandling handlar om.

Det framstår som om det i denna rättsliga oreda uppkommit föreställningar som i sig skapat pseudofrågor kring vilka en del av den nationella diskussionen handlat om.

T ex det ”näst lägsta anbudet”, istället för ”det lägsta”, en diskussion i bygg och anläggningsvärlden

Vad som är möjligt att använda som kriterium inom ramen för ”det mest förmånliga anbudet” avseende ”grön upphandling” upphandling med ”social hänsyn” av något slag

Vad gäller 6.e kapitlet LOU var den ursprungliga intentionen helt klart att det var upphandlingsförordningen regler och förhållningssätt som man avsåg skulle gälla för ”nationella upphandlingar”.

Detta medfört att det inom ramen för en beskrivning av LOU finns flera dimensioner vara en del av mera pseudokaraktär än vad det finns vad gäller EG-rätten generellt för offentlig upphandling.

Men genom att de centrala begreppen affärsmässighet och prövning av anbud är samma i 6 kapitlet som i övriga LOU har utvecklingen i form av domar i främst EG-domstolen medfört att det är klarlagt att rättsutvecklingen i dessa avseende inte skiljer sig mellan 6 kapitlet och övriga kapitel i LOU

Att NOU ända fram till hösten år 2002 i sitt informationsmaterial spred uppfattningen om att 6 kapitlet i LOU skulle ses i enlighet med upphandlingsförordningen har nog verkat förvirrande för såväl upphandlande enheter som leverantörer

Att domstolar till en början delade denna uppfattning kan kanske hänföras till att detta var intentionen i prop. 1993/94:78 samt att det för upphandlingsförordningen egentligen inte fanns några rättsfall att utgå från beroende på att statliga upphandlingsbeslut inte var möjliga att överklaga enligt upphandlingsförordningen, och att antalet prejudicerande domar avseende de kommunal upphandlingsreglementena var mycket begränsade.

När insikten om EG-rättens förhållande till nationella rätt spred sig ser det upp som det uppstod ett slags rättslig kramp, i princip fördes inga mål till de högre instanserna. Genom domen i Alcatelmålet gick dock propositionen ur och antalet mål om överprövning ökade så starkt att de högre instanserna, i detta fall främst kammarrätterna fick ett antal mål som de inte kunde undvika.

I de domar som finns från tiden efter sommaren 2002 kan man i kammarrättsdomarna inte se någon skillnad mellan överprövning av upphandling enligt 6.e kapitlet LOU eller något av de övriga kapitlen LOU vad gäller begreppet affärsmässighet eller frågor kring prövning av anbud.

Sammantaget kan man karakterisera metoden i uppsatsen som explorativ enligt följande resonemang, vad innehåller 6.e kapitlet LOU speciellt vad gäller de materiella reglerna och frågor kring rättsmedel - finns motsvarande regler i för de övriga kapitlen i LOU. Om

skrivningarna är lika eller likartade är detta en slump eller resultatet av ett medvetet agerande. De övriga kapitlen i LOU bygger på EG-direktiv – EG-domstolen tolkar EG:s rättsakter - Domslut i EG-domstolen har föranlett direkta lagändringar i LOU. EG-domstolen har även i domen i målet Leur-Bloem uttalat sig om nationell rätt som har motsvarande skrivning som regler som följer av direktiv och som har som syfte att tolkas på motsvarande sätt samt i andra rättsfall framhållit de grundläggande principerna inom EG-rätten icke-diskriminering, likabehandling, transparens etc.

En rimlig slutsats av det som diskuteras i denna uppsats är att reglerna i 6:e kapitlet LOU skall tolkas efter samma grunder som de övriga reglerna i LOU dvs. efter innehållet i EG-direktiven, EG-rättens grundläggande principer om icke-diskriminering, likabehandling, transparens. Det finns starka skäl för att detta även gäller s.k. direktupphandlingar inklusive otillåtna direktupphandlingar.

Att det under LOU:s första år rådde stor osäkerhet hur lagen skulle tolkas kan med stor sannolikhet förklaras av att man inte förstod att den aktuella rättspraxisen som skulle bidra till att förklara lagen fanns inom EG-rätten i form av domar från ECJ

Att NOU:s skrivning i broschyren kort om LOU och NOU om att 6 kapitlet LOU skulle tolkas i enlighet med reglerna i upphandlingsförordningen eventuellt bidrog till att skapa förvirring, speciellt som det fanns så få rättsfall från upphandlingsförordningen då de statliga upphandlingarna enligt upphandlingsförordningen inte kunde överklagas och de kommunala upphandlingarna enligt upphandlingsreglementena enbart kunde angripas med kommunalbesvär som har den rättsföljden att det angripna beslutet kan förklaras ogiltigt till skillnad från rättsmedlen i LOU om rättelse för att upphandlingen skall få fullföljas alternativt att upphandlingen skall göras om

Att den skrivning som fanns i 7 kapitlet 1 § fram till förändringen efter Alcateldomens genomslag i svensk rätt 1 juli 2002 medförde att den rättsliga prövningen av upphandling inriktades på skadeståndsfrågor istället för på att möjliggöra rättelse eller att upphandlingen skulle göras om. Att utvärderingsmodellerna blivit möjliga att angripa först efter den 1:a juli 2002 medför att det är fört från denna tid som en seriös diskussion om hur en prövning enligt ”det mest fördelaktiga anbudet” har blivit möjligt.

I denna diskussion har det blivit klart att filosofin från upphandlingsförordningen om nollställning av anbud bara är möjlig om man angivit att olika kriterier skall omvandlas till ekonomiska termer i den upphandlande enhetens anbudsprövningen En riktig metod vid användandet av ”det mest fördelaktiga” anbudet är att den upphandlande enheten i annonsen och anbudshandlingarna anger vilka kriterier som den avser att använda vid prövningen, hur stor (rangordning åtminstone) vikt man lägger på varje kriterium samt att man anger hur varje kriterium skall bedömas utifrån vad kriteriet avser (dvs. varje kriterium skall bedömas på för just detta kriterium relevanta grunder)- inte att det skall omvandlas till ekonomiska termer i kronor och ören.

### **15.7 En reflektion med anledning av RÅ 2002:ref 50**

Gränslandet mellan förbud mot fri prövningsrätt, luddiga förfrågningsunderlag å den ena sidan, efterhandskonstruktioner när det gäller scoringskala eller metoder för att värdera anbud inom ramen för det mest fördelaktiga anbudet å den andra sidan framstår som ett brännande konfliktområde.

Det finns ett spänningsfält mellan förbudet att förbehålla sig fri prövningsrätt och vilka krav på tydighet som rimliga när det gäller vad en upphandlande enhet anger i

förfrågningsunderlaget anbudshandlingarna. Frågan var föremål för diskussion av HD i NJA 1998:873 och återkommer helt naturligt i flera rättsfall. I vissa rättsfall som RÅ 2002:50 diskuteras frågor som framstår som att domstolen egentligen borde ha diskuterat dem i relation till förbudet mot fri prövningsrätt. Det känns därför bra att kammarrätten i Göteborg i målet 2409-03<sup>459</sup> genomför en mer grundlig genomgång av den inre strukturen i ett förfrågningsunderlag och sambandet mellan förfrågningsunderlag och utvärdering

### 15.8 Inte sista ordet sagt, igen

Inom ramen för ”det mest fördelaktiga anbudet” gäller att den upphandlande enheten kan ställa upp olika krav på det som skall handlas upp förutom priset, under förutsättning att kriterierna är relevanta och proportionella i förhållande till det man avser att handla upp. Ett vanligt förfarande är att den upphandlande enheten använder sig av ett s.k. scoringförfarande vilket innebär att den skapar en skala för varje variabel(kriterium) inom ramen för ett givet maxpoängtal för varje kriterium.

Utgångspunkten är att de kriterier den upphandlande enheten ställer upp avser den vara, tjänst eller entreprenad man avser att handla upp.

I domarna i målen Wienstrom<sup>460</sup> och ”det finska bussfallet” diskuteras kriterier som inte direkt gäller det vara som skall handlas upp utan som berör den upphandlande enhetens andra ansvarsområden. T ex hälsosam miljö, grön (förnyelsebar energi) har ett starkt samband med en viss syn på hushållning med naturresurser.

Om jag förstår resonemangen i Wienstrom rätt så menar domstolen att förnyelsebar energi är ett relevant kriterium utifrån andra åtagande som den upphandlande enheten har via politiska beslut, men man inte kan ställa krav på en viss andel förnyelsebar energi i en upphandling eftersom att detta kriterium inte går att följa upp. Detta berör frågan om ursprungscertifikat för energi. I ett läge där det finns valida ursprungscertifikat för energi skulle det alltså vara möjligt att ställa krav på en viss andel ”grön” energi i en upphandling av energi.

Detta handlar om att hantera målkonflikter, olika typer av målkonflikter, konflikter mellan olika EG-mål, konflikter mellan EG-mål och nationella mål.

Tvingande hänsynsdoktrinen framstår som ett sätt att söka hantera konflikt mellan EG:s mantra fri rörlighet och ett antal varianter på hänsyn, utrymmet för skicklig argumentation framstår som stort.

### 15.9 Behov av en ny lagkommentar

En slutsats av arbetet med denna uppsats om offentlig upphandling är att det framstår som om det finns ett mycket stort behov av en ny lagkommentar för lagen om offentlig upphandling. Sammantaget leder detta ovanstående resonemang till att det finns ett stort behov av en ny sorts lagkommentar avseende LOU. En lagkommentar som tar hänsyn både till rättsutvecklingen i form av domar från EG-domstolen och domar från svenska nationella domstolar. Att domar från EG-domstolen är relevanta vid tolkning av LOU borde ha framgått med stor tydlighet i denna uppsats.

I Hinteze&Sylvans lagkommentar om LOU hänvisas vad gäller tolkning av 6 kap LOU till upphandlingsförordningen.

En sådan skrivning i en lagkommentar framstår som onyanserad eller kanske till och med missvisande eller åtminstone obsolet med hänsyn till senare utveckling, dels med tanke på att de materiella reglerna om prövning av anbud i 6 kap 12 § samma ordalydelse som

<sup>459</sup> Kammarrätten i Göteborg Dom i mål 2409-03 daterad 2004-09-29 Dotcom Solutions AB mot Mölndals Kommun

<sup>460</sup> C – 448/01 Wienstrom GmbH mot Republiken Österrike



motsvarande skrivning i 1 kap 22 § vilken har EG-direktiv som förebild. Av de tidiga propositionerna framgår att syftet med att ha likadana skrivningar i 1 kap 22 § och 6 kap 12 var just att få en enhetlighet i rättstillämpningen.

Kanske kan det även inom detta område vara aktuellt att klargöra vilka områden i tolkningen av regelverket om offentlig upphandling som framstår som oklara, t ex vad är möjligt att använda som kriterium inom ramen för ”det mest fördelaktiga anbudet” när det gäller frågor som inte är direkt relaterad till den vara, eller den tjänst som upphandlingen avser. Finns det något som säger att ”vården för enskild individ” inte omfattas av lagen om offentlig upphandling utöver att detta nämns i en mening i prop. 2001/2002:142 sid. 49 f. Enligt min åsikt bör även hänvisningar till upphandlingsförordningen mönstras ut när det gäller de centrala delarna i 6 kap LOU t. ex. begreppet förenklad upphandlig och prövning av anbud. Vidare bör den principiella skillnaden mellan kvalifikationskrav och uteslutningsgrunder tydliggöras.

## **15.10 Reflektion och diskussion**

### **15.10.1 Konsekvenser av likheterna mellan reglerna i 6 kap och de övriga kapitlen i LOU**

I dag år 2004 kan man hävda att reglerna i 6 kap LOU är så pass lika de övriga kapitlen i LOU att man kan uppnå en tydligare lagstiftning om man i regelverket i de övriga kapitlen tydliggör att för upphandling under EG:s tröskelvärden så är skillnaden den att man inte behöver annonsera i gemenskapens tidning och att man kan ha kortare anbudstider jämfört med vad som är fallet för upphandlingar som skall annonseras i gemenskapen, (anbudstiden skall dock vara i relation till vad som kan vara rimligt för leverantörerna att kunna lämna anbud. Att direktupphandling i relation till begreppet ”lågt värde” (av naturliga skäl) bara är möjligt att genomföra inom ramen för LOU 6.e kapitel samt att förhandlad upphandling inte är möjligt enligt LOU 6 kapitel, däremot har även s.k. selektiv upphandling blivit möjlig ett genomföra under vissa noga angivna förutsättningar i § 2b punkterna 1-4.

### **15.10.2 Om procedurregler**

LOU innehåller som nämnts ovan ett antal procedurregler om hur man annonserar, hur man tar emot anbud, hur man hanterar anbud under tiden fram tills anbudsöppningen, hur man öppnar anbud, hur man informerar anbudsgivare när man genomfört anbudsprövningen och kommit fram till ett tilldelningsbeslut. För dessa regler råder stora likheter mellan reglerna för direktivstyrd upphandling och upphandling enligt 6 kapitlet, de skillnader som finns och har t ex med annonseringen att göra med att uppfylla villkoret för upphandling enligt direktiven så skall detta kungöras i OFFICIAL JOURNAL.

När det gäller de avgörande frågorna kring genomförandet av en upphandling, dvs. om att annonsera, att utvärdera anbudet i förhållande till vad man angett i annonsen och i förfrågningsunderlaget, att inte ställa krav som inte är proportionella i förhållandet till syftet med upphandlingen finns mycket stora likheter mellan upphandling enligt de övriga kapitlen i LOU och upphandling enligt 6: kap LOU

### **15.10.3 Begreppet ”förenklad upphandling”**

Att ha särskilda regler för upphandling under EG:s tröskelvärden samt att t e x benämna den vanligaste upphandlingsformen för ”förenklad upphandling” kan tänkas ge det man kallar för fel signaler till de som avser att genomföra en upphandling enligt LOU 6. kapitel och då enligt någon slags uppfattning att dessa regler på något sätt skulle vara mjukare än reglerna i de övriga kapitlen i LOU måste vara vilseledande.

Vad göra

Slutsatsen av ovanstående borde vara att upphandling under EG:s tröskelvärden förs in i respektive kapitel om upphandling av varor, tjänster, entreprenader, upphandling inom försörjningssektorn samt att det för annonsering kan anges att vid upphandling under tröskelvärden så behöver annonsering inte ske i OFFICIAL JOURNAL, att vid upphandling under tröskelvärden kan anbudstiden vara kortare men i proportion till det upphandlingen avser, att vid upphandling under tröskelvärden kan under vissa förutsättningar, ”lågt belopp”, synnerligen brådska beroende på faktorer som den upphandlande enheten ej råder över direktupphandling vara möjlig under beaktande av att man tar in prisjämförelser från minst två alternativt tre leverantörer

En alternativ möjlighet kan vara att utrangera själva benämningen förenklad upphandling och ersätta detta begrepp med ett mera adekvat begrepp.

I diskussionen om upphandling enligt LOU 6 kap finns fast argumentation från vissa positioner.

En sådan position är det inte finns något behov av regler för upphandling under EG:s tröskelvärden.<sup>461</sup>

### 15.11 Rättspolitiska scenarier

Ett möjligt scenario är att ta bort de särskilda nationella reglerna under tröskelvärden, Vad gäller då?

De EG-rättsliga principerna om likabehandling etc. gäller helt klart även under tröskelvärden däremot kan man kanske inte stödja sig på domstolens uttalande i rättsfallen Leur-Blom, i vilket man menade att nationell lagstiftning som införs i syfte att vara i samklang med EG-rätten också skall tolkas efter de EG-rättsliga principerna.

Det är väl inte helt klart med vilka motiveringar som reglerna i LOU 6 kap har förändras så att reglerna blir mer och mer lika de s.k. direktivstyrda reglerna i de övriga kapitlen Det finns anledning att se vilka resonemang som EG-domstolen för i det danska målet, begäran om förhandsavgörande för frågor avseende upphandling under gemenskapsrättens tröskelvärden, t ex om man för något resonemang som handlar om det kan anses vara någon skillnad beroende på om medlemslandet har ett nationellt regelverk för upphandling under tröskelvärden eller inte.

### 15.12 Argumentation

Ett argument är att de är lika (enligt domstolspraxis, reglerna dvs. de centrala reglerna, upphandlande enhet, prövning av anbud, att de olikheter som finns, annonsering, anbudstider, nationell säkerhet kan hanteras i samma regelverk.

### 15.13 Effekter, mer likformig rättstillämpning och enklare regler

Att det finns ett behov av att förenkla regelsystemet har framförts under ett antal år Utrymmet för den juridiska rationaliteten avseende hur man hanterar nationella regler är dock beroende av vad som sker på det politiska planet.

Att det finns behov av regler för upphandling under tröskelvärdena kan bl.a. motiveras att det finns en flera decennier lång tradition med icke-diskriminerande regler.

De argument som framfördes när upphandlingsförordningen upphävdes och man skapade ett nationellt regelsystem under gemenskapens tröskelvärden är lika relevanta idag som de var i början av 1990-talet.

Med motsvarande regler som det direktivstyrda regelsystemet bl.a. för centrala begrepp som upphandlande enhet, hur man prövar anbud samt regler för skadestånd. Regler för

<sup>461</sup> Enligt Prop. 1999/2000:128 sid. 20 har det enligt upphandlingskommittén inte förts fram krav på avskaffande av 6 kap LOU eller en återgång till den reglering som gällde före år 1994.

offentliggörande av upphandlingar har blivit mer lika, de nationella reglerna har blivit mer lika de direktivstyrda. Annonsering huvudregel, selektiva förfaranden under vissa speciella noga definierade omständigheter

Att även skriva om lagen i syfte att på ett tydligt sätt klargöra vilka upphandlingsformer som är huvudalternativen, och vad som är huvudpunkterna för att klargöra innehållet i begreppet affärsmässighet, annonsering, tydligt samband mellan vad man angett i annons och anbudsunderlag, likabehandling av anbudsgivare.

Att undantagen när det gäller designtävlingar, upphovsrätt, försvar och nationell säkerhet, beskrivs som just undantag från huvudregeln och att förutsättningarna för varje undantag anges vid undantaget i fråga.

#### **15.14 Om domen i rättsfallet Leur-Bloem**

De stora likheterna vad gäller de centra reglerna medför att en aspekt på utredningsuppdraget kring hur implementera de nya EG-direktiven och beakta domen i rättsfallet Leur-Bloem är att de centrala reglerna i de nationella reglerna i 6 kap LOU för upphandling under tröskelvärdena och inom försörjningssektorn bilaga B oavsett värde redan är lika och tolkas lika i domstolarnas överprövningar och behandling av skadeståndsmål.

Men det kan ju vara en klar fördel för framtida förändringar att parallelliteten mellan EG-rätten och den svenska rätten erkänns

#### **15.15 Analys**

Vid en jämförelse mellan reglerna om offentlig upphandling enligt kapitel 2, 4 och 5 och reglerna om upphandling enligt 6 kapitlet LOU så finner man stora likheter,

Nedan redovisas en jämförelse genom att följa en upphandlingsprocess från annonsering till tilldelningsbeslut

I en upphandlingsprocess passeras följande huvudpunkter av den del av processen som sker inom ramen för vad som är reglerat i LOU

Annonsering, presentation av förfrågningsunderlag, urval av leverantörer, eventuell uteslutning av leverantörer, iakttagande av ett antal procedurregler om tidsfrister, hur man öppnar kuvert etc. materiell prövning av anbud i förhållande till vad som man har angivit i förfrågningsunderlaget, två prövningsgrunder, det mest fördelaktiga anbudet eller det lägsta priset, regler för överprövning som gäller hela upphandlingsprocessen, dvs. alla beslut som tas av den upphandlande enheten under denna process, regler för rättsmedel vid överprövningen, rättelse och att upphandlingen skall göras om, regler för information den upphandlande enhetens skyldighet att till samtliga anbudsgivare informera om tilldelningsbeslutet och grunderna för detta beslut, (dvs. hur man prövat anbudet i förhållande till uppställda kriterier i förfrågningsunderlaget, samt att tidsfristen om begäran av överprövning är 10 dagar från att leverantören har erhållit information om tilldelningsbeslutet.

För alla dessa moment gäller att reglerna finns på olika ställen i kapitlen , med i vissa fall variationer för ordvalet, men med försumbara skillnader mellan reglerna i kapitel 2, 3 och 5 respektive kapitel 6.

Att det för upphandling enligt kapitel 2, 3 och 5 finns möjligheter till selektiv upphandling och förhandlad upphandling och för kapitel 6 om urvalsupphandling samt förhandlad upphandling som en ren undantagsföreteelse under speciella förutsättningar förändrar inte detta.

**15.15.1 Analys i förhållande till domstolspraxis i kammarrätterna**

Den redovisade domstolspraxisen från kammarrätterna antyder att det i den praktiska tillämpningen vid överprövning enligt kap 7 LOU inte finns någon iakttagbar skillnad i hur rätten hanterar frågorna med hänsyn till om den upphandling som är föremål överprövning har skett enligt 6.e kapitlet LOU eller något av kapitlen 2, 3 och 5.

För några frågor speciellt i 6 kapitlet så framstår det som om det med fördel kan behövas prövning i domstol om vad som avses med t ex ”vården för en enskild person”

## Källor och litteratur

### Offentligt tryck

Prop. 1973:73  
 Prop. 1992:793 Om offentlig upphandling  
 Prop. 1992/93:88, 1992/93:FiU5, rskr. 1992/93:120,  
 Prop. 1992/93:209, 1992/93:FiU24, rskr. 1992/93:347,  
 Prop. 1993/94:35  
 Prop. 1993/94:78, 1993/94:FiU4, rskr. 1993/94:83,  
 Prop. 1993/94:227, 1993/94:FiU18, rskr. 1993/94:339,  
 Prop. 1994/95:153, 1994/95:FiU22, rskr. 1994/95:360,  
 Prop. 1995/96:165, 1995/96:FiU13, rskr. 1995/96:247,  
 Prop. 1996/97:153, 1997/98:FiU17, rskr. 1997/98:61,  
 Prop. 1997/98:170, 1998/99:FiU6, rskr. 1998/99:13, p  
 Prop. 1998/99:38, 1998/99:KU18, rskr. 1998/99:176,  
 Prop. 1999/2000:128, 2000/01:FiU8, rskr. 2000/01:25,  
 Prop. 2001/02:142, 2001/02:FiU12, rskr. 2001/02:324. Offentlig upphandling i  
 informationssamhället  
 Prop. 2001/2002:122 Åtgärder mot kommunalt domstolstrots.

### Utredningar

SOU 1951:18  
 SOU 1971:88  
 SOU 1999:39  
 SOU 1999:139  
 SOU 2001:31  
 Ds 1999:62 Hederlighetens pris  
 Ds 2000:53 Kommunalt domstolstrots

### Tidskriftsartiklar

Mancini Federico, The making of a Constitution for Europe  
 Pescatore Pirre, The doctrine of direct effect; an infant disease of community law  
 Öberg U, Några anteckningar om användning av förarbeten inom gemenskapsrätten.

### EG-direktiv

Upphandling av varor  
 77/62EEG, 80/767/EEG, 88/295 EEG  
 Ersatta av 93/36 EEG, varudirektivet

upphandling av byggentreprenader  
 71/305 EEG, 89/440 EEG  
 Ersatta av 93 /37/EEG, byggdirektivet

Upphandling inom försörjningssektorerna  
 90/531/EEG  
 Ersatt av 93/38/EEG, försörjningsdirektivet

tjänster  
 92/50/EEG, tjänstedirektivet

Rådets direktiv 92/13 EEG av den 25 feb 1992 om samordning av gemenskapsregler om upphandlingsförfaranden tillämpade av företag och verk inom vatten, energi-, transport och telekommunikationssektorerna, tillämpas även för tjänsteupphandling

Rådets direktiv 93/36/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfaranden vid offentlig upphandling av varor

Rättsmedelsdirektiv

Varor, byggentreprenader och tjänster

89/665/EEG det första rättsmedelsdirektivet  
försörjningssektorerna

92/13/EEG det andra rättsmedelsdirektivet

Grönbok, Offentlig upphandling inom Europeiska Unionen, Övervägande inför framtiden.  
Antaget av kommissionen den 27 november 1996 på förslag av herr Motti

KOM 1996 583

KOM (2001) 274 Tolkningsmeddelande från kommissionen om gemenskapslagstiftning med tillämpning på offentlig upphandling och möjligheterna att ta miljöhänsyn vid offentlig upphandling

KOM(2001) 566 Tolkningsmeddelande från kommissionen om gemenskapslagstiftning med tillämpning på offentlig upphandling och möjligheterna att ta sociala hänsyn vid offentlig upphandling

Europaparlamentet och rådets direktiv 2004/17/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (försörjningsdirektiven)

Europaparlamentet och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader varor och tjänster

Svenskt införlivandet, genom lagen 1992:1528 om offentlig upphandling  
införlivandet skedde genom EES-avtalet

Kommissionens tolkningsmeddelande att underlätta varors tillträde till en annan medlemsstats marknad, ömsesidigt erkännande i praktiken (2003/ C 265/02)

### **Rättsfall, ECJ**

C- 26/62 Van Gend en Loos v Nederlandse Administratie der Belastingen

C – 6/ 64 Costa vs E.N.E.L.

C - 11/70 Internationale Handelsgesellschaft

C – 76/81 S.A Transportute et travaux vs. Ministère des travaux publics (Luxemburg)

C – 199/85 Kommissionen mot Italien.

C - 199/85 Kommissionen mot Irland

C – 27/86, 28/86 och 29/86 SA Constructions et entreprses industrielles vs Société cooperative

C – 31/87 Gebroders Beentjes mot Nederländska staten

C – 21/88 Du Pont de Nemours vs. Unita Sanitaria

C – 6 & 9/90 Francovich (Andrea) och Bonifaci (Daniella) v Italy

C - 324/93 Evans Medical Ltd och Macfarlan Smith Ltd

C – 28/95 Leur Blom

C-129/96, Inter-Environnement Wallonie ASBL mot Région Vallonne  
 C – 360/96 Gemeente Arnhem och Gemeente Rheden vs BFI Holding  
 C -111-97 EvoBus Austria mot Niderösterreichische Verkeherorganisations GmbH  
 C - 81/98 Alcatel, Alcatel Austria AG m. fl. mot Bundesministerium für Wissenschaft und Verkehr.

C - 225-98 Kommissionen mot Franska republiken.  
 C-223/99 och C-260/99 Agorà Srl och Excelsior Snc di Pedrotti Bruna & C. mot Ente Autonomo Fiera Internazionale di Milano och Ciftat Soc. coop. arl. Begäran om förhandsavgörande:  
 C – 237/99 Europeiska kommissionen om Franska republiken  
 C – 470/99, Universale-Bau m fl  
 C – 478/99 Kommissionen mot Sverige  
 C -513/99, Concordia Bus Finland Oy Ab, tidigare Stagecoach Finland Oy Ab, och Helsingin kaupunki, HKL-Bussiliikenne  
 C – 59/00. Bent Moustén Vestergaard vs Spötterup Boligselskap  
 C – 214/00 Kommissionen mot Spanien  
 C- 92/00 Hospital Ingeniure  
 C - 18 /01 Korhonen m.fl  
 C – 315/01 Gesellschaft für Abfallentsorgungs-Technik GmbH (GAT) vs Österreichische Autobanen und Schnellstrassen (ÖSAG)  
 C – 421/01 Trauenfellner  
 C – 448/01 Weinstrom GmbH mot Republiken Österrike  
 C- 244/02 Kauppatalo Hansei OY  
 C – 312/96 Kommissionen mot Frankrike,  
 C-341/96 Kommissionen mot Tyskland,  
 C – 43/97 Kommissionen mot Italien,  
 C-439/99 Kommissionen mot Italien,  
 C- 439/00 Kommissionen mot Frankrike

### **Rättsfall, svensk rätt**

#### **HD**

Högsta Domstolen, NJA 2001:3 (T370-99) Lillebil  
 Högsta Domstolen, mål T 1683-99 Lindesbergs kommun ,  
 NJA 1998:973  
 HD beslut Mål Ö3682-02 (30 dec 2003) Högmansö varv AB mot Högmansö samfällighetsförening  
 NJA 2000 s 712 (Tvättsvamparna)

#### **Hovrätterna**

Hovrätten för västra Sverige Mål T 2750-02 (2003-10-08) Slamsugningsverket i Brämhult  
 Hovrätten för Västra Sverige Mål T 3475-03 (2004-06-01) Göteborgs Stad mot Rederi AB Ishavet  
 Svea Hovrätt, mål T 647-03 (2003-10-09) laga kraft vunnit  
 Svea Hovrätt, RH 2002:15  
 Svea Hovrätt mål T 9323-02 (2004-04-23) MDA Assistance AB mot Polismyndigheten i Stockholm

#### **Regeringsrätten**

R78 2:38  
 RÅ 1996:50

RÅ 1997 ref 40

Regeringsrätten Mål 3888-1997 (avbrytande , möjligen laglighetsprövning)

RÅ 1999 not 1 Upphandling av tandvård.

RÅ 2002:50

### **Kammarrätterna**

Kammarrätten i Sundsvall, Mål 27-2003 (2003-01-28) Beredsen Textil Service AB mot Landstinget i västernorrland.

Kammarrätten i Göteborg, Mål 5695-2002 (2003-02-03) Trainee Center i Sverige AB mot Länsarbetsnämnden i Västra Götalandslän.

Kammarrättens i Stockholm Mål 3954-03 (2003-10-01) AB Bäckaskogsmedia mot Lanstinget i Västmanland.

Kammarrätten i Sundsvall Mål 2669-03 (2003-11-26) Vägverket produktion mot Piteå kommun

Kammarrätten i Göteborg Mål 788-03 (2003-05-08) Sara Slagstedt mot Landskrona kommun

Kammarrätten i Göteborg. Mål 4764-2002 (2002-11-08) Liber AB mot Länsarbetsnämnden i Västra Götaland

Kammarrätten i Sundsvall mål 3441 –03 Allgons system AB mot Banverket

Kammarrätten i Stockholm Mål 8210-03 (2004-01-28) Power Men Contracting Peter Aktertag AB mot Landstinget Västmanland

Kammarrätten i Jönköping, mål 2703/03 daterad 2003-10-01 Barn och ungdomsnämnden i Karlskrona kommun mot KB Fjärdsjömåla Taxi

Kammarrätten i Göteborg, Mål 5032—5033-2002 (2003-03-31) Barnläkargruppen Kristina Weidenstolpe KB mot Region Skåne

Kammarrätten i Stockholm. Mål 139 –04 och 240-04

Kammarrätten i Göteborg Dom i mål 2409-03 daterad 2004-09-29

Dotcom Solutions AB mot Mölndals Kommun

Kammarrätten i Stockholm, Mål nr 6364-03 (2003-11-21) Nyköpings kommun mot Mats Lönnblad med firma nordisk Annonsbyrå.

Kammarrätten i Stockholm , Mål 7459-03 (daterad 2003-12-03) Kammarrätten i Stockholm RH Bygg & Fönsterservice AB mot Skolfastigheter i Stockholm AB

### **Litteratur**

Bernitz Ulf och Kjellgren Anders Europarättens grunder, 2 upplagan 2001

Bernitz Ulf , Förbudet mot anbudskarteller. Industriförbundet 1985

Bovis Christopher, The Liberalisation of Public procurement and its effects on the common market. Ashgate Publishing Ltd 1998

Forsberg, Offentlig upphandling i praktiken 2.a upplagan 2001

Hellner J Upphandling och skadestånd JT 1998

Hintze Margareta och Sylwan Hans Lagkommentar offentlig upphandling 1996 Norstedts förlag.

Larsson Anna, Idéskydd vid offentlig upphandling JT 2004 sid. 289 ff.

Löving Carl Setterlid Rikard Kommunal upphandling, och näringsverksamhet inom kommuner och landsting 4 uppl. 1998

Robert Pahlsson, Riksskatteverkets rekommendationer, allmänna råd och andra uttalanden på skatteområdet, akademiska avhandling

Palm och Riberdahl: Upphandlingslagens skadestandsregler bör ses över SvJT 1996

Tjernberg Mats, beskattning av fåmansföretag, 5:e upplagan. Studentlitteratur Lund 1999

Wahl N, JT 1997/98 Offentlig upphandling och skadestånd – reparation, prevention eller ingendera?

Warnlig-Neerep Wiveka, Kommunernas lag och domstolstrots, Stockholm 1995



**NOU**

Kort om LOU och NOU, januari 2001

Kort om LOU och NOU, oktober 2002

Yttrande över betänkandet Effektivare statlig inköpssamordning (SOU 1997:130) NOU diarienummer 235/97-22

Nämnden för offentlig upphandlings synpunkter på Riksdagens revisorers rapport 1997/98: 3

Offentlig upphandling NOU diarienummer 301/97-22

NOU: Begäran om utlåtande angående tecknandet av ramavtal med ett stort antal anbudsgivare och delegering av avropsrätten D nr 203-96-21 daterad 1998-08-25

Kartläggning av fel och brister vid offentlig upphandling Dnr 1999/0052-28

Rapport från Nämnden för offentlig upphandling med exempel på antidiskrimineringsklausuler som kan användas i upphandlingskontrakt D nr 2002/0019-28.

Utvärdering av användning av antidiskrimineringsklausuler i upphandlingskontrakt Dnr 2003/0301 - 28

NOU:s yttrande avseende Statlig inköpssamordning Yttrande över betänkandet Effektivare statlig inköpssamordning (SOU 1997:130) NOU diarienummer 235/97-22

NOU yttrande 2003/0229-29, Högsta domstolens mål nr T 1289-03

NOU:s Yttrande i Länsrätten i Stockholms mål 21880-03, NOU d nr 2003/0311-29

NOU yttrande 2004/0046-29 daterad 2004-03-17 Näringsdepartementets upphandling av ekonomisk och juridisk rådgivning gällande SJ AB

NOU 2003/0301-28 (2004 –06-17) Rapport rörande Nämnden för offentlig upphandling att göra en utvärdering av antidiskrimineringsklausuler i upphandlingskontrakt.

NOU-info okt 2003

**Muntlig källa**

Föreläsning 27 febr. 2004 om offentlig upphandling Förvaltningsrätt II, advokat Rikard Setterlid

Kommunförbundets cirkulär 2002.50.

Kommunförbundets cirkulär 2002:62

Internetadresser:

<http://www.lf.svekom.se>

<http://www.stadsrevisionen.goteborg.se/>

<http://www.revision.stockholm.se/>

<http://www.kammarratten.goteborg.se/>

<http://www.riksrevisionen.se/>

<http://www2.riksdagen.se/internet/rr-web.nsf> upphör 2003.06.30

<http://www.infotorg.sema.se/>

[http://www.kommers.se/page\\_disp.asp?node=140](http://www.kommers.se/page_disp.asp?node=140)

<http://www.curia.eu.int/sv/transitpage.htm>

<http://www.juridik.org/news3.html>