



JURIDISKA FAKULTETEN  
vid Lunds universitet

Maximilian Hansson Wallenberg

# Utrymmet för ändringar av upphandlingsdokument under anbudstiden

LAGF03 Rättsvetenskaplig uppsats

Kandidatuppsats på juristprogrammet  
15 högskolepoäng

Handledare: Per Norberg

Termin: VT17

# Innehåll

<b>SUMMARY</b>	<b>1</b>
<b>SAMMANFATTNING</b>	<b>3</b>
<b>FÖRKORTNINGAR</b>	<b>4</b>
<b>1 INLEDNING</b>	<b>5</b>
1.1 Bakgrund	5
1.2 Syfte och frågeställning	6
1.3 Metod och material	6
<b>2 GÄLLANDE RÄTT</b>	<b>8</b>
2.1 EU-rätt	8
2.1.1 Allmänt om direktivet	8
2.1.2 Grundläggande principer	10
2.1.2.1 Likabehandlingsprincipen	10
2.1.2.2 Transparensprincipen	11
2.1.2.3 Principen om icke-diskriminering	12
2.1.2.4 Proportionalitetsprincipen	12
2.1.2.5 Principen om ömsesidigt erkännande	12
2.2 Svensk lagstiftning	13
2.2.1 Lagen om offentlig upphandling	13
2.2.2 Upphandlingsdokument	14
2.2.3 Upphandlingsprocessen	15
2.2.4 Ändringar av upphandlingsdokument	16
2.2.5 Förhandlingar	17
2.2.6 Konsekvenser av otillåtna ändringar	19
<b>3 TOLKNING I SVENSK DOMSTOL</b>	<b>21</b>
3.1 Tillägg av krav	21
3.2 Borttagande av krav	23
3.3 Inte väsentliga ändringar	25
3.4 Slutsatser	27
3.4.1 Slutsatser utifrån gällande rätt och praxis	27
3.4.2 Framtida bedömningar enligt nya LOU	30
<b>4 AVSLUTANDE DISKUSSION</b>	<b>31</b>
<b>KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING</b>	<b>33</b>

<b>Offentligt tryck</b>	<b>33</b>
<b>Litteratur</b>	<b>33</b>
<b>RÄTTSFALLSFÖRTECKNING</b>	<b>36</b>

# Summary

Public procurement constitutes a large part of Swedish and European markets and has since long been subject to regulation in order to, inter alia, decrease the risk of corruption and securing an effective use of public means. Since Sweden's entry to the European Economic Area in 1992, existing rules of public procurement have originated from the rules drafted by the European Union. There exists a substantial interest of public procurements being conducted properly and according to the rules. The framework is however often regarded as difficult to interpret and apply for those who are obliged to follow the rules.

The purpose of this essay is to present established right on a union level as well as the Swedish rules and thereafter examine how the Swedish courts have interpreted and applied these rules in relation to the main question of this essay of which modifications a contracting authority can make of procurement documents during the time for receiving tenders.

This area has been left unregulated by both the European union and the Swedish legislator, thus the general principles are of guidance for every case.

In the new directive and in the new Swedish law on procurement, the term 'procurement document' has been introduced as a replacement for what was previously covered under the term 'tender documents'. The new term is also wider than its predecessor, covering all other documents related to public procurements. Those documents which were previously covered by the tender documents are still, however, the most central documents for the procurement, constituting both the frame and the foundation for the entire procurement.

As will be shown, focus of the assessment in both Swedish courts and the Court of Justice of the European Union is on what influence the modification might have had on potential tenderers' will to submit a tender.

# Sammanfattning

Offentliga upphandlingar utgör en stor del av de svenska och europeiska marknaderna och har sedan länge varit föremål för reglering som bland annat ska minska risken för korruption och säkerställa ett effektivt utnyttjande av offentliga medel. Sedan Sveriges tillträde i Europeiska ekonomiska samarbetsområdet 1992 har upphandlingsreglerna utgått från dem som framarbetats av Europeiska unionen. Det finns ett stort intresse av att offentliga upphandlingar går rätt till och att reglerna följs. Regelverket upplevs dock ofta som svårt att tolka och applicera av dem som är skyldiga att följa reglerna.

Syftet med uppsatsen är att presentera gällande rätt på både unionsnivå och i den svenska lagstiftningen, för att därefter gå vidare till hur de svenska domstolarna tolkat och tillämpat dessa regler i förhållande till den övergripande frågeställningen om hur utrymmet ser ut för en upphandlande myndighet att göra förändringar av upphandlingsdokumenten under anbudstiden. Detta har lämnats oreglerat av lagstiftaren på både unionsnivå och nationell nivå, vilket innebär att det är de grundläggande principerna som är vägledande för varje enskild bedömning.

Termen förfrågningsunderlag används inte uttryckligen längre i vare sig lagstiftningen eller direktivet utan ingår i det större begreppet *upphandlingsdokument*, som omfattar en vidare mängd dokument som förekommer i offentliga upphandlingar. De dokument som tidigare samlades i förfrågningsunderlaget är dock fortfarande de mest centrala dokumenten i en upphandling och utgör ramen och underlaget för hela upphandlingen.

Som kommer att framgå ligger fokus vid bedömningen på vad för påverkan på potentiella leverantörers vilja att lämna anbud som ändringen hade, både i svenska domstolar och EU-domstolen.

# Förkortningar

EU	Europeiska unionen
EUD	Europeiska unionens domstol
EUF	Fördraget om Europeiska unionen
FEUF	Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt
LOU	Lag (2016:1145) om offentlig upphandling
LUF	Lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna
LUK	Lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner
RÅ	Regeringsrättens årsbok
ÄLOU	Lag (2007:1091) om offentlig upphandling

# 1 Inledning

## 1.1 Bakgrund

De inköp som måste genomföras genom offentlig upphandling uppskattades år 2014 till 634 miljarder kronor i Sverige, vilket utgör knappt en femtedel av Sveriges BNP.<sup>1</sup> Det finns alltså ett stort ekonomiskt intresse vad gäller offentliga upphandlingar och för många aktörer på marknaden kan det vara väldigt viktigt att tilldelas ett offentligt upphandlat kontrakt. Tillsammans med detta stora ekonomiska intresse finns även ett stort intresse för att de offentliga upphandlingarna går rätt till; det är viktigt att kontraktet tilldelas på rätt sätt för att undvika korruption och se till att de offentliga medlen används på bästa möjliga sätt.

18 345 upphandlingar annonserades år 2015<sup>2</sup> och av dessa överprövades ungefär 7,5 procent.<sup>3</sup> Överprövningarna innebär att upphandlingen står stilla fram till dess domen meddelats, vilket i snitt tar 2,3 månader i förvaltningsrätterna.<sup>4</sup> En upphandling som överprövas medför ökade kostnader för både den överklagande leverantören och för den upphandlande myndigheten. Om dessutom upphandlingen ska göras om, ökar kostnaderna ytterligare för ett nytt genomförande av upphandlingen och myndigheten riskerar dessutom att påläggas kostnader i form av skadestånd eller så kallad upphandlingsskadeavgift.<sup>5</sup> Således finns ett intresse av att genomföra upphandlingar på rätt sätt enligt reglerna vilket är i alla parterers intressen. Upphandlingsreglerna ter sig dock som komplicerade för många. Speciellt för de frågeställningar som saknar uttrycklig reglering kan upphandlande myndigheter ha svårt att veta vad som gäller i det enskilda fallet. En av dessa frågor som saknar uttrycklig reglering är den som är fokus för den här uppsatsen.

---

<sup>1</sup> Upphandlingsmyndighetens rapport 2016:2 s. 12.

<sup>2</sup> Ibid. s. 19.

<sup>3</sup> Ibid. s. 62.

<sup>4</sup> Ibid. s. 74.

<sup>5</sup> Se 20 kap. 20 § respektive 21 kap. LOU.



## 1.2 Syfte och frågeställning

Syftet med den här uppsatsen är att undersöka vilket utrymme upphandlande myndigheter har för att göra ändringar i upphandlingsdokumenten under anbudstiden. Frågeställningen i sig innebär en avgränsning till att avse endast perioden fram till inlämnande av anbud och endast sådana ändringar som den upphandlande myndigheten gör. I detta ingår att söka efter de gränser som finns för vilka ändringar som strider mot upphandlingsreglerna genom att både försöka utmönstra generella slutsatser samt, om möjligt, finna vissa materiella riktlinjer. Som en del av detta syfte ingår en bedömning av om den nya lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU, som trädde i kraft 1 januari 2017 kommer att påverka bedömningen som gjorts enligt tidigare lagar om offentlig upphandling. Jag kommer även att som avslutande diskussion, i relation till vad jag funnit genom uppsatsens utredande moment, diskutera om det gällande rättsläget är i behov av förändringar i olika hänseenden.

Uppsatsen kommer att fokusera på ändringar av upphandlingsdokumenten som tidigare (och fortfarande kan) samlas under begreppet förfrågningsunderlag som dock har fasats ut ur både direktiv och lagstiftning. Någon ändring av förutsättningarna för att göra ändringar föreligger troligtvis inte genom ersättandet av termen förfrågningsunderlag med upphandlingsdokument, varför litteratur och praxis avseende förutsättningarna att ändra förfrågningsunderlaget fortfarande är relevant.<sup>6</sup>

## 1.3 Metod och material

I den här uppsatsen kommer den rättsdogmatiska metoden att användas för att försöka finna vad som utgör gällande rätt på det för frågeställningen aktuella rättsområdet.<sup>7</sup> Jag tillämpar ett domarperspektiv på uppsatsen för att

---

<sup>6</sup> Arrhed s. 223.

<sup>7</sup> Kleineman. s. 21.

utreda hur bedömningen i svenska underrätter görs och hur bedömningen enligt den nya LOU troligen kommer att göras. Således kommer uppsatsen att behandla både vad gällande rätt säger samt hur denna tillämpats av svenska domstolar.

Jag kommer att försöka finna svar på den övergripande frågeställningen genom att ta vägledning ur lagstiftning, rättspraxis, förarbeten samt juridisk litteratur. Då uttrycklig reglering saknas på området och det är övergripande allmänna principer som gäller för hela rättsområdet, kommer vägledningen främst att hämtas ur förarbeten, praxis och litteratur. Då det i stor utsträckning saknas praxis från Högsta förvaltningsdomstolen och eftersom EU-domstolens avgöranden endast ger principiell vägledning kommer den praxis som behandlas främst vara från kammarrätterna. Dessa domar ska dock behandlas med viss försiktighet då de saknar samma prejudikatvärde som domar från högsta instans.<sup>8</sup> För den här uppsatsen är det dock ett av syftena att se till rättspraxis för att undersöka det faktiska utrymmet för ändringar av upphandlingsdokument, varför kammarrätternas materiella bedömningar är av stort intresse. Det är dock viktigt att här komma ihåg att dessa avgöranden inte ger svar på frågan vad som är gällande rätt.<sup>9</sup> I flertalet avgöranden uttrycker kammarrätten sig dessutom på ett generellt sett för vad som gäller för prövningar avseende frågeställningen för att därefter applicera detta på det enskilda fallet.

Eftersom det svenska regelsystemet bygger på direktiv från Europeiska unionen är det ofrånkomligt att behandla det relevanta direktivet och hur detta har tolkats av EU-domstolen.

En viktig punkt att lyfta fram härvid är att den nya lagen trädde ikraft 1 januari 2017 och är tillämplig endast på upphandlingar som påbörjats efter det datumet.<sup>10</sup> Den litteratur som finns samt den praxis som är relevant för frågan avser därför tidigare gällande lagar.

---

<sup>8</sup> Se t.ex. Asplund m.fl. s. 7f.

<sup>9</sup> Kleineman s. 38.

<sup>10</sup> Se övergångsbestämmelserna till LOU.

## 2 Gällande rätt

### 2.1 EU-rätt

#### 2.1.1 Allmänt om direktivet

Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG, fortsättningsvis endast *direktivet*, är det EU-rättsliga direktiv som ligger till grund för medlemsstaternas reglering avseende offentlig upphandling. Direktivet är inte ensamt på upphandlingsområdet, inte heller det första unionsrättsliga direktivet på upphandlingsområdet. Direktivet antogs 2014 tillsammans med två andra direktiv, vilka reglerar upphandling inom försörjningssektionerna respektive upphandling av koncessioner. Det är på dessa direktiv som den svenska lagstiftningen avseende offentlig upphandling bygger och därmed är det av största intresse att undersöka och behandla unionsrätten.

Direktivet ersätter det tidigare direktivet (2004/18/EG) avseende offentlig upphandling på den så kallade *klassiska sektorn*, med vilket avses stat, kommun, landsting, offentliga företag m.m.<sup>11</sup>

Direktivet uppställer vissa tröskelvärden på upphandlingars värden som måste överstigas för att direktivet ska vara tillämpligt på en upphandling.<sup>12</sup> De upphandlingar som faller utanför direktivet omfattas istället av EU:s primärrätt, främst EU-fördraget och EU:s funktionsfördrag. EU-domstolen har dock fastställt att de allmänna rättsprinciper som kan tillämpas på tilldelningar av offentliga kontrakt enligt upphandlingsdirektiven har sitt ursprung i fördragen, inte direktiven.<sup>13</sup> Detta medför att sådana offentliga kontrakt, vilka inte omfattas av direktiven ändå är underkastade funktionsfördragets bestämmelser om fri rörlighet och de allmänna

---

<sup>11</sup> Sundstrand (2010) s. 24.

<sup>12</sup> Direktiv 2014/24/EU art. 4 och 5 kap. LOU.

<sup>13</sup> C-324/98 p. 61–62.

rättsprinciper som följer ur dem, om det föreligger ett så kallat bestämt gränsöverskridande intresse.<sup>14</sup>

EU:s reglering på upphandlingsområdet överlag syftar till att uppnå en marknad som är öppen och konkurrensutsatt och således säkerställa att ovidkommande hänsyn inte tas under upphandlingar.<sup>15</sup> Vidare syftar upphandlingsdirektivet inom den klassiska sektorn att säkerställa fri rörlighet för varor och tjänster och att förhindra snedvriden konkurrens.<sup>16</sup>

Det nya direktivet utgör ett led i den s.k. *Europa 2020-strategin* för att uppnå smart och hållbar tillväxt för alla, samtidigt som den säkerställer att offentliga medel utnyttjas så effektivt som möjligt. En skillnad gentemot det föregående direktivet är att små och medelstora företags deltagande i offentliga upphandlingar ska underlättas för att använda offentliga medel mer effektivt.<sup>17</sup>

Det är endast på själva upphandlingsförfarandet som direktivets bestämmelser är tillämpliga, alltså efter påbörjandet av en upphandling och innan den avslutats. Tidpunkten för påbörjandet har av EU-domstolen fastställts till den tidpunkt då en upphandlande myndighet valt upphandlingsförfarande.<sup>18</sup> Avslutandet av en upphandling sker när ett kontrakt tecknats mellan upphandlande myndighet och vinnande leverantör eller leverantörer enligt direktivets bestämmelser alternativt avslutas upphandlingen när den avbrutits grundat på sakliga skäl.<sup>19</sup> Därtill gäller att ändringar som görs i ett tecknat kontrakt efter att en upphandling avslutats, kan innebära en ny upphandling och ett nytt ingående av kontrakt, varpå reglerna är tillämpliga.<sup>20</sup>

---

<sup>14</sup> Sundstrand (2012) s. 139–147.

<sup>15</sup> Sundstrand (2010) s. 33.

<sup>16</sup> Asplund m.fl. s. 20.

<sup>17</sup> Direktiv 2014/24/EU, skäl 2.

<sup>18</sup> C-337/98 p. 36.

<sup>19</sup> Sundstrand (2012) s. 62.

<sup>20</sup> C-454/06 p. 34.

## 2.1.2 Grundläggande principer

I det första av skälen till direktivet framgår att offentlig upphandling måste stämma överens med principerna i EU:s funktionsfördrag (FEUF), speciellt avseende principerna om fri rörlighet för varor, etableringsfrihet och frihet att tillhandahålla tjänster. Av dessa principer följer även principerna om likabehandling, icke-diskriminering, ömsesidigt erkännande, proportionalitet och öppenhet, vilka ska beaktas av den upphandlande myndigheten under alla faser av en upphandling och gentemot alla leverantörer, även sådana som inte deltagit i upphandlingen.<sup>21</sup> Fördragsbestämmelserna utgör så kallad primärrätt inom EU medan direktiven utgör sekundärrätt. Principerna som nämnts och som kommer att behandlas mer utförligt nedan utgör egentligen sekundärrätt, men så kallade självständiga allmänna rättsprinciper har en särställning och tillskrivs samma nivå som fördragen.<sup>22</sup> Direktivets bestämmelser, som alltså utgör sekundärrätt, ska tolkas i enlighet med fördragsbestämmelserna, och då även de allmänna rättsprinciperna.<sup>23</sup> Vad en sådan allmän princip innebär rättsligt beror på sakområdet.

I direktivets artikel 18 framgår att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt förfara på ett öppet och proportionerligt sätt, vilket alltså avser likabehandlingsprincipen, principen om icke-diskriminering, principen om öppenhet samt proportionalitetsprincipen. Dessa principer gäller som nämnt för det direktivstyrda området och för kontrakt utanför direktivets tillämpningsområde med ett bestämt gränsöverskridande intresse.

### 2.1.2.1 Likabehandlingsprincipen

Principen innebär i grunden att lika fall ska behandlas lika och olika fall ska behandlas olika. Principen följer av principen om icke-diskriminering i art.

---

<sup>21</sup> Se t.ex. Pedersen s. 31 och Bergman m.fl. s. 49.

<sup>22</sup> Sundstrand (2012) s. 35.

<sup>23</sup> C-218/82 p. 15 och C-239/07 p. 39.

18 FEUF. Likabehandlingsprincipen är enligt EU-domstolen det som utgör själva grunden för direktiven på upphandlingsområdet.<sup>24</sup> På upphandlingsområdet innebär principen bland annat att det inte finns något utrymme för särbehandling av olika typer av leverantörer,<sup>25</sup> anbudsunderlag får inte utformas för att ge någon särskild leverantör fördelar och att alla leverantörer måste ges samma möjligheter, t.ex. till att förtydliga sina anbud på en viss punkt.<sup>26</sup> Som utgångspunkt gäller därför att alla leverantörer, oavsett storlek<sup>27</sup> eller organisationsform<sup>28</sup> ska behandlas lika. Därtill måste alla leverantörer få samma information och vid samma tillfälle.<sup>29</sup> Därutöver innebär principen ett förbud för den upphandlande myndigheten att beakta anbud som inte uppfyller uppställda obligatoriska krav.<sup>30</sup>

### 2.1.2.2 Transparensprincipen

Kallas även principen om öppenhet och är en konsekvens av likabehandlingsprincipen. Av principen följer en skyldighet för upphandlande myndigheter att lämna insyn i processen och underlaget. Denna skyldighet utgör en förutsättning för att kunna kontrollera att upphandlingsförfarandena är opartiska och således att likabehandlingsprincipen beaktas.<sup>31</sup> Principen innebär bland annat att tilldelningskriterier ska vara formulerade på ett sätt så att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare kan tolka kriterierna på samma sätt.<sup>32</sup>

---

<sup>24</sup> C-470/99 p. 91.

<sup>25</sup> Sundstrand (2010) s. 32.

<sup>26</sup> Falk s. 64.

<sup>27</sup> Se t.ex. C-360/89 p. 13–14.

<sup>28</sup> C-305/08 p. 39 och 45.

<sup>29</sup> Forsberg s. 42.

<sup>30</sup> C-243/89 p. 37.

<sup>31</sup> Sundstrand (2012) s. 46; se vidare t.ex. C-324/98 p. 60–62 och C-275/98 p. 31.

<sup>32</sup> C-19/00 p. 42.

### **2.1.2.3 Principen om icke-diskriminering**

Utgör ett förbud mot diskriminering på grund av nationalitet. Principen ställer ett krav på att anbudssökande och anbudsgivare behandlas på samma sätt oavsett i vilken medlemsstat de är belägna. Enligt praxis från EU-domstolen innefattar principen ett förbud mot uppställande av krav som uppenbarligen endast kan uppfyllas av leverantörer som finns i samma medlemsstat som den upphandlande myndigheten eller att leverantörer från andra medlemsstater än den upphandlande myndigheten skulle ha svårt att uppfylla sådant krav.<sup>33</sup>

### **2.1.2.4 Proportionalitetsprincipen**

Som den gäller för medlemsstaterna ställer principen krav på att deras åtgärder måste vara lämpliga samt nödvändiga i förhållande till eftersträvat mål, den åtgärd som är minst ingripande ska väljas.<sup>34</sup>

För upphandlingar innebär principen att krav och kriterier som uppställs i en upphandling måste vara proportionerliga i förhållande till föremålet för upphandlingen och inte får vara mer långtgående än nödvändigt för att kunna uppnå själva syftet med upphandlingen.<sup>35</sup> Därtill gäller principen för både anbudsförfrågans samt anbudsförfarandets villkor.<sup>36</sup>

### **2.1.2.5 Principen om ömsesidigt erkännande**

Principen innefattar en skyldighet för medlemsstater och deras organ att erkänna certifikat och andra officiella intyg från andra medlemsstater.<sup>37</sup>

---

<sup>33</sup> C-31/87 p. 30.

<sup>34</sup> Sundstrand (2012) s. 46, se t.ex. C-124/97 p. 31.

<sup>35</sup> Sundstrand (2010) s. 33.

<sup>36</sup> Forsberg s. 42.

<sup>37</sup> Ibid. s. 42.

## 2.2 Svensk lagstiftning

### 2.2.1 Lagen om offentlig upphandling

Den nya lagen om offentlig upphandling trädde i kraft 1 januari 2017 och baseras på direktiv 2014/24/EU, vilket behandlats ovan. De allmänna principerna som följer av EU-rätten och direktiven har i allt väsentligt varit desamma sedan 1992 års LOU då Sverige anslöt till EES och har endast ändrats avseende använda termer i direktiv och lagar.<sup>38</sup>

LOU ska gälla all anskaffning av varor, tjänster och byggtreprenader som görs av upphandlande myndigheter, om inte upphandlingen faller inom angivna undantag.<sup>39</sup> För alla upphandlingar som genomförs inom lagens tillämpningsområde gäller de allmänna principerna i 4 kap. 1 § LOU, även för upphandlingar vilkas värde understiger tröskelvärdena, 19 kap. 2 § LOU. Bestämmelsen finns Dessa principer ska dessutom beaktas i alla faser av upphandlingen.<sup>40</sup>

I den nya lagen införs det nya begreppet *upphandlingsdokument* som innefattar förfrågningsunderlaget men är ett vidare begrepp på det sättet att termen omfattar alla dokument som beskriver eller fastställer föremålet för upphandlingen.<sup>41</sup>

Avseende begreppet *leverantör* är detta ett begrepp som inte används i direktivet utan endast i LOU. I direktivet används termen *ekonomisk aktör* men lagstiftaren har valt att bibehålla termen *leverantör* för att avse samma krets som ekonomisk aktör.<sup>42</sup> Begreppet är mycket vitt och avser alla personer, juridiska såväl som fysiska, som erbjuder varor, tjänster eller byggtreprenader på marknaden.<sup>43</sup>

---

<sup>38</sup> Jfr prop. 2015/16:195 s. 426f och prop. 2006/07:128 s. 127f.

<sup>39</sup> LOU 1 kap. 2 § och 3 kap. och prop. 2015/16:195 s. 134.

<sup>40</sup> HFD 2016 ref. 37.

<sup>41</sup> LOU 1 kap. 23 §.

<sup>42</sup> Prop. 2015/16:195 s. 341f.

<sup>43</sup> A.prop. s. 941.



## 2.2.2 Upphandlingsdokument

Termen upphandlingsdokument avser alla dokument från den upphandlande myndigheten som beskriver eller fastställer innehållet i upphandlingen eller förfarandet.<sup>44</sup> Detta innefattar annonser om upphandling, tekniska specifikationer, beskrivande dokument, förslag till kontraktsvillkor, upplysningar om allmänt tillämpliga skyldigheter, eventuella kompletterande dokument m.m.<sup>45</sup> Termen omfattar det som tidigare kallades förfrågningsunderlaget, vilket var ett samlingsbegrepp för alla uppgifter från upphandlande myndigheter som utgjorde underlaget för leverantörers anbud.<sup>46</sup> Ur upphandlingsdokumenten framgår vilka krav som ställs på leverantörerna (kvalificeringskrav), kriterierna som ska användas vid utvärderingen av anbud (tilldelningskriterier), avtalsvillkor och administrativa bestämmelser, vilka traditionellt omfattats av samlingsbegreppet förfrågningsunderlag.<sup>47</sup>

Det uppställs höga krav på tydligheten av upphandlingsdokumenten för att uppfylla likabehandlings- och transparensprincipen men vissa mindre brister godtas.<sup>48</sup> Enligt EU-domstolen ska upphandlingskriterier vara så tydliga att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare kan tolka kriterierna på samma sätt.<sup>49</sup> Därvid tillkommer ett krav för upphandlande myndigheter att tolka kriterierna i en upphandling på samma sätt under hela förfarandet.<sup>50</sup> Ett uppställt kriterium i upphandlingsdokumenten måste följa proportionalitetsprincipen.<sup>51</sup> Ett upphandlingskriterium som strider mot upphandlingsreglerna och som undanröjts av nationell domstol måste medföra att upphandlingen avbryts.<sup>52</sup>

---

<sup>44</sup> LOU 1 kap. 23 §.

<sup>45</sup> Direktiv 2014/24/EU art. 2.13.

<sup>46</sup> ÅLOU 2 kap. 8 §.

<sup>47</sup> Pedersen s. 120f.

<sup>48</sup> RÅ 2002 ref. 50.

<sup>49</sup> C-19/00 p. 42.

<sup>50</sup> Ibid. p. 43.

<sup>51</sup> Se avsnitt 2.1.3.3.

<sup>52</sup> C-448/01.

## 2.2.3 Upphandlingsprocessen

En offentlig upphandling påbörjas, som tidigare nämnt, när en upphandlande myndighet valt förfarande för den offentliga upphandlingen. De förfaranden som finns att tillgå för en upphandlande myndighet återfinns i 6 kap. 1 § LOU.

I praktiken inleds med att en upphandlande myndighet identifierar ett behov av anskaffning och analyserar hur behovet kan tillgodoses.<sup>53</sup> Upphandlingen ska i nästa steg annonseras och upphandlingsdokumenten ska då i regel hållas tillgängliga från och med samma dag som annonsen publiceras.<sup>54</sup> Utifrån upphandlingsdokumenten bedömer leverantörer om de vill och kan lämna anbud som de eventuellt skickar in. Dessa utvärderas efter det datum som den upphandlande myndigheten uppställer som sista datum för inlämning och därefter tilldelas kontraktet den vinnande leverantören. Tiden för inkommande av anbud, vilket är den tidsperiod som uppsatsen fokuserar på, är tidsperioden mellan publicering av upphandlingsdokumenten till och med sista dagen för inlämnande av anbud, den så kallade *anbudstiden*.

Enligt LOU finns det förfaranden som tillåter förhandlingar mellan leverantörer och upphandlande myndighet, alternativt att en dialog förs mellan dessa parter.<sup>55</sup> Förhandlingarna ska syfta till att anpassa leverantörernas anbud till upphandlingsdokumenten och får avse alla villkor förutom minimivillkoren.<sup>56</sup> Dialogens syfte är att komma fram till hur en myndighets behov kan tillgodoses på bästa sätt.<sup>57</sup>

---

<sup>53</sup> Bergman m.fl. s. 16 och Konkurrensverket: *Upphandlingsreglerna – en introduktion* s. 10.

<sup>54</sup> LOU 10 kap. 7 §.

<sup>55</sup> LOU 6 kap. 1 §.

<sup>56</sup> LOU 6 kap. 8 §.

<sup>57</sup> Arrhed s. 289.

## 2.2.4 Ändringar av upphandlingsdokument

Vilka ändringar som tillåts och vilka som inte tillåts har inget enkelt svar. Det saknas uttrycklig reglering både i LOU och direktivet vilket innebär att de allmänna principerna är vägledande för alla upphandlingar som faller inom LOU.<sup>58</sup>

Det finns utrymme för upphandlande myndigheter att kommunicera med leverantörer under anbudsstiden. Inte sällan finns vissa mindre otydligheter eller liknande i upphandlingsdokumenten som kräver förtydliganden. Från den upphandlande myndighetens sida ska så kallade kompletterande upplysningar lämnas till leverantörer, om dessa har begärts i god tid.<sup>59</sup> Som framgår av förarbetena så är det förtydliganden och kompletterande upplysningar lämnas på begäran, och om dessa innebär en väsentlig ändring av upphandlingsdokumenten ska anbudsstiden förlängas,<sup>60</sup> men upphandlingen ska göras om, om ändringarna är alltför väsentliga.<sup>61</sup> I lagen framgår inte vad som avses med väsentliga ändringar, men ser man till propositionen och skälen till direktivet kan utläsas att det som bör förstås som väsentliga ändringar är ändringar i de tekniska specifikationerna som innebär att leverantörer behöver ytterligare tid för att förstå och reagera på ändringarna. En yttre gräns sätts dock vid ändringar som är så pass väsentliga att de utökar kretsen deltagande leverantörer, vilket i synnerhet avser situationer där kontraktet eller ramavtalet skiljer sig väsentligt till sin art från det ursprungliga kontraktet. I sådant fall ska upphandlingen göras om.<sup>62</sup> I författningskommentaren till regeln anges att en ändring i upphandlingsdokumenten bör omfatta de fall då helt nya dokument tillförs.<sup>63</sup>

EU-domstolen har avseende ändringar av förfrågningsunderlag fastställt att det inte föreligger ett absolut förbud mot alla ändringar av

---

<sup>58</sup> Se t.ex. Sundstrand (2012) s. 89.

<sup>59</sup> LOU 12 kap. 11 §.

<sup>60</sup> LOU 11 kap. 8 §.

<sup>61</sup> Prop. 2015/16:195 s. 1073.

<sup>62</sup> Direktiv 2014/24/EU skäl 81 och prop. 2015/16:195 s. 644.

<sup>63</sup> Prop. 2015/16:195 s. 1064.

förfrågningsunderlaget.<sup>64</sup> En upphandlande myndighet får dock i princip inte ändra de grundläggande villkorens omfattning, innefattat tilldelningskriterierna och de tekniska specifikationerna.<sup>65</sup> En gräns som EU-domstolen satt är att ändringar av förfrågningsunderlag inte får ha sådan betydelse för upphandlingen att andra potentiella leverantörer kunnat lämna anbud baserat på det ändrade förfrågningsunderlaget.<sup>66</sup>

Ser man till litteraturen drar flera författare en gräns mot att *väsentligt ändra förutsättningarna* för upphandlingen.<sup>67</sup> En av dessa författare, Andrea Sundstrand, lyfter fram att nya krav eller kriterier varken får läggas till eller beaktas vid ett senare skede, ej heller får de tas bort.<sup>68</sup> En annan författare, Arrhed, menar att detta förbud mot väsentliga ändringar av förutsättningarna för upphandlingar även gäller för de annonser som publiceras av en upphandlande myndighet.<sup>69</sup>

Betydelsen av att upprätthålla obligatoriska kriterier har för svenskt vidkommande stöd även av Högsta förvaltningsdomstolen som å ena sidan lyfter fram vikten av att leverantörer ska kunna förlita sig på att krav som uppställs som obligatoriska upprätthålls under hela upphandlingsförfarandet men å andra sidan medger att ändringar kan ske under anbudstiden, förutsatt att de allmänna principerna beaktas.<sup>70</sup>

## 2.2.5 Förhandlingar

Vissa av de förfaranden som finns enligt LOU för genomförandet av en upphandling medger förhandlingar mellan leverantörer och upphandlande myndigheter. Därtill finns även möjligheten för att genomföra en konkurrenspräglad dialog. För det förhandlande förfarandet (med eller utan föregående annonsering) finns ett förbud mot att förhandla avseende

---

<sup>64</sup> C-298/15 p. 71.

<sup>65</sup> Ibid. p. 70.

<sup>66</sup> Ibid. p. 74.

<sup>67</sup> Pedersen s. 119; Sundstrand (2010) s. 126 och Arrhed s. 226.

<sup>68</sup> Sundstrand (2010) s. 127.

<sup>69</sup> Arrhed s. 226f.

<sup>70</sup> HFD 2016 ref. 37.

minimikraven i upphandlingsdokumenten.<sup>71</sup> Minimikraven är enligt förarbetena sådana krav avseende villkor och egenskaper som alla anbud ska uppfylla.<sup>72</sup> Enligt skälen till direktivet anges dessutom att upphandlande myndigheter bör ange minimikrav som kännetecknar upphandlingen, vilka sedan inte bör ändras samt att tilldelningskriterier och hur de ska viktas inte bör ändras eller vara förhandlingsbara. Fysiska, funktionella och rättsliga egenskaper lyfts fram som särskilt viktiga minimivillkor.<sup>73</sup> Enligt 6 kap. 9 § LOU ska alla ändringar som görs av upphandlingsdokumenten kommuniceras skriftligen till kvarvarande anbudsgivare som ska få skäligt med tid att ändra sina anbud. Sådana ändringar får i enlighet med vad som föreskrivs i 6 kap. 8 § LOU inte avse minimikraven.<sup>74</sup> 6 kap. 35 § LOU för innovationspartnerskap motsvarar 6 kap. 9 § LOU.

För den konkurrenspräglade dialogen är utgångspunkten att alla aspekter av upphandlingen får diskuteras för att, när dialogen är avslutad, uppmana kvarstående deltagare att lämna slutliga anbud baserat på den eller de tekniska lösningar som tagits fram.<sup>75</sup> Klarlägganden, preciseringar och optimeringar från den upphandlande myndigheten får dock inte utgöra ändringar av väsentliga aspekter av upphandlingen, bland annat det behov som ska tillgodoses genom upphandlingen eller kraven i annonsen om sådana utgör en risk för snedvriden konkurrens eller diskriminering.<sup>76</sup>

Det kan även inskrivas i det ursprungliga upphandlingsdokumentet att vissa obligatoriska krav kan komma att vara föremål för förhandling, vilket i praktiken dock innebär att kraven inte faktiskt är obligatoriska. Utgångspunkten är alltså att obligatoriska krav inte är förhandlingsbara.<sup>77</sup>

---

<sup>71</sup> LOU 6 kap. 8 § 1 st.

<sup>72</sup> Prop. 2015/16:195 s. 995.

<sup>73</sup> Direktiv 2014/24/EU skäl 45.

<sup>74</sup> Prop. 2015/16:195 s. 1006.

<sup>75</sup> Direktiv 2014/24/EU art. 30 och prop. 2015/16:195 s. 1001.

<sup>76</sup> LOU 6 kap. 26 §.

<sup>77</sup> Rosén Andersson m.fl., LOU (1 maj 2015, Zeteo) kommentaren till 4 kap. 3 § 2007 års LOU.

## 2.2.6 Konsekvenser av otillåtna ändringar

En otillåten ändring av ett upphandlingsdokument under anbudstiden strider mot de allmänna principerna och då ska domstolen besluta om rättning eller att upphandlingen ska göras om, förutsatt att en leverantör lidit eller kunnat komma att lida skada.<sup>78</sup> Detta senare krav på faktisk skada för en leverantör eller potentiell leverantör, det så kallade skaderekvisitet, är relativt lågt ställt vad gäller upphandlingsdokument, eftersom dessa tillhör det så kallade konkurrensuppsökande skedet.<sup>79</sup> Det konkurrensuppsökande skedet är den fas av upphandlingen fram till tiden för att lämna anbud har löpt ut, eller för förfaranden med flera steg, fram tills tidpunkten för att inkomma med anbudsansökan nåtts.<sup>80</sup> Överprövningsmöjligheten omfattar inte endast leverantörer som faktiskt lämnat anbud utan även så kallade potentiella leverantörer, som alltså avstått från att lämna anbud då de inte velat eller kunnat på grund av de ursprungliga upphandlingsdokumenten.

För att skaderekvisitet ska anses vara uppfyllt avseende brister i upphandlingsdokument ställs i svensk praxis inget krav på att den klagande leverantören visar att denne skulle ha vunnit upphandlingen, utan i normalfallet är skaderekvisitet uppfyllt redan genom att det föreligger brott mot de allmänna principerna om det kan hänföras till det konkurrensuppsökande skedet och således påverkat hur leverantören utformade sitt anbud.<sup>81</sup>

När en upphandlande myndighet ändrat på upphandlingsdokumenten på ett otillåtet sätt är det oftast inte tillräckligt att rätta upphandlingen utan den måste göras om, vilket beror på att det kan ha funnits leverantörer som skulle ha deltagit i upphandlingen om det ändrade upphandlingsdokumentet varit det som publicerats från början.<sup>82</sup>

Kan ett upphandlingsdokument inte ändras så som den upphandlande myndigheten anser behövt måste den istället avbryta upphandlingen och

---

<sup>78</sup> LOU 20 kap. 6 §.

<sup>79</sup> Asplund m.fl. s. 213.

<sup>80</sup> Ibid. s. 189.

<sup>81</sup> Ibid. s. 213.

<sup>82</sup> Ibid. s. 216.

påbörja ett nytt förfarande med ett bättre utformat upphandlingsdokument.  
För att avbryta en upphandling krävs dock *sakliga skäl*.<sup>83</sup>

---

<sup>83</sup> Sundstrand (2010) s. 93.

## 3 Tolkning i svensk domstol

Ovan har behandlats de principer som reglerar det tomrum som finns avseende regleringen av uppsatsens frågeställning. Nedan följer en genomgång av praxis för att undersöka domstolarnas bedömningar i förhållande till de allmänna principerna samt för att ge konkreta exempel på när ändringar av upphandlingsdokument ansetts vara väsentliga och när sådana väsentliga förändringar ansetts otillåtna. Eftersom de allmänna principerna gäller samtliga lagar om upphandling kommer även vägledning rörande de andra upphandlingslagarna att behandlas.<sup>84</sup> En uppdelning görs nedan mellan vilken typ av förändring det rör sig om (tillägg eller borttagande av krav), samt en redovisning för rättsfall där en förändring inte ansetts otillåten. Den praxis som finns rör de tidigare lagarna om offentlig upphandling och avser således förfrågningsunderlaget.

Tolkningar av kraven i ett upphandlingsdokument kan ge upphov till meningsskiljaktigheter bland inblandade leverantörer. Hur ett krav ska tolkas ankommer enligt EU-domstolen på nationella domstolar.<sup>85</sup>

### 3.1 Tillägg av krav

Kammarrätten i Sundsvall har i ett mål avseende en öppen upphandling av tillverkning och distribution av registreringsskyltar funnit att en utökning av förfrågningsunderlaget till att även avse en annan typ av registreringsskylt utgjort en otillåten väsentlig förändring av förfrågningsunderlaget och förordnade att upphandlingen skulle göras om. Domstolen framhöll att det inte är tillåtet att begära in nya uppgifter som utökar omfattningen till sådant som inte omfattas av upphandlingen genom kompletteringar. I det här fallet

---

<sup>84</sup> Se 4 kap. 1 § LUF och LUK.

<sup>85</sup> C-19/00 p. 30.



begärde myndigheten prisuppgifter för en typ av registreringsskylt som inte angivits i det ursprungliga förfrågningsunderlaget. Domstolen godkände inte att den upphandlande myndigheten i förfrågningsunderlaget angett att den nya typen av registreringsskylt kan tillkomma under avtalstiden.<sup>86</sup>

Kammarrätten i Göteborg har i ett mål avseende lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, LUF, ansett att en begäran från den upphandlande enheten till leverantörer att inkomma med prisuppgift för en specifik typ av borring, utgjort en väsentlig förändring av förfrågningsunderlaget som stred mot LUF. Den nya prisuppgiften medförde att den klagande leverantörens anbudssumma ökat med drygt 22 procent. Domstolen framhåller att ändringen skett efter anbudstidens utgång och den överklagande leverantören endast fått tre dagar på sig att inkomma med den begärda prisuppgiften.<sup>87</sup>

Kammarrätten i Jönköping har ansett att ett förtydligande och en komplettering från en upphandlande myndighet innebar att prisberäkningen för offererade produkter haft en annan grund än den som avsågs i det ursprungliga förfrågningsunderlaget. Detta utgjorde enligt kammarrätten en så väsentlig ändring av förfrågningsunderlaget att det utgjorde ett nytt obligatoriskt krav vilket utgjorde skäl för ingripande.<sup>88</sup>

I ett ursprungligt förfrågningsunderlag fanns ett krav om att anbudsgivares offererade produkter ska vara del av leverantörens ordinarie sortiment och att en lista över priser för dessa produkter skulle bifogas anbudet. Genom svar från den upphandlande myndigheten ändrades kravet till att innebära att leverantörernas priser för offererade produkter ska vara desamma som för alla kunder och inte vara särskilda för den aktuella upphandlingen. Detta var enligt Kammarrätten i Jönköping att betrakta som en så väsentlig förändring

---

<sup>86</sup> Kammarrätten i Sundsvall mål nr 2831–03.

<sup>87</sup> Kammarrätten i Göteborg mål nr 3362–15.

<sup>88</sup> Kammarrätten i Jönköping mål nr 437–446–12.

av det ursprungliga kravets innebörd att det fick betraktas som ett helt nytt krav.<sup>89</sup>

Att efter förhandlingar lägga till obligatoriska krav till ett slutligt förfrågningsunderlag har ansetts utgöra en väsentlig förändring i förhållande till det ursprungliga förfrågningsunderlaget. Kammarrätten ansåg inte att det fanns något större utrymme för ändringar av förfrågningsunderlaget genom förhandlingar än vad de allmänna principerna medger.<sup>90</sup>

## 3.2 Borttagande av krav

Kammarrätten i Göteborg har i ett mål avseende upphandling av drift av viss verksamhet på Ängelholms sjukhus funnit att inskränkningar av förfrågningsunderlaget av obligatoriska krav genom en komplettering från den upphandlande myndigheten under anbudstiden utgjort otillåtna väsentliga förändringar av förfrågningsunderlaget. De ändringar som gjordes var att ett krav på lokalhyra av två operationssalar minskades till att avse endast den ena operationssalen och ett erbjudande om lokalhyra av den andra operationssalen, ett obligatoriskt krav på hyra av medicinsk utrustning minskades därvid på motsvarande sätt och dessutom ändrades obligatoriskt krav om att erbjuda personal anställning från att avse elva personer till endast sju personer. Slutligen togs ett krav om tjänsteköp av sterilverksamhet för instrument bort och ersattes med ett erbjudande om tjänsteköp för leverantören.<sup>91</sup>

I ett annat mål från Kammarrätten i Sundsvall ansåg domstolen att ett borttagande om ett obligatoriskt villkor, enligt vilket den upphandlande myndigheten (Landstinget Gävleborg) kunde säga upp avtalet med relativt kort varsel genom ett politiskt beslut, innebar en väsentlig förändring av

---

<sup>89</sup> Kammarrätten i Jönköping mål nr 4342–4357–11.

<sup>90</sup> Kammarrätten i Göteborg mål nr 558–14.

<sup>91</sup> Kammarrätten i Göteborg mål nr 1132–10.

förfrågningsunderlaget då ändringen kunnat påverka viljan och möjligheterna att lämna anbud. Domstolen uttalar också att ett annat villkor som togs bort avseende momscompensation värderat till ca 60 miljoner kronor jämfört med de ursprungliga villkoren bör haft viss betydelse för anbudsgivarna men inte i den utsträckningen att endast detta borde ha föranlett att upphandlingen avbrutits.<sup>92</sup>

I en upphandling av Stockholms stad ändrades ett obligatoriskt krav på intygande av ekonomisk stabilitet till att bli mindre krävande då det ursprungliga kravet på intyg från ett kreditinstitut ändrades så att även ett intyg från en bank om att leverantören förfogar över samma summa godtogs. Detta ansågs av kammarrätten ha påverkat potentiella leverantörers vilja att lämna anbud och utgjorde således en väsentlig ändring och stred mot de allmänna principerna.<sup>93</sup>

Att ta bort ett obligatoriskt miljökrav för bränsle och ersätta detta med en miljöbonus har ansetts utgöra en ändring som inte är förenlig med de allmänna principerna, fastän den upphandlande myndigheten förlängt anbudstiden med drygt en månad.<sup>94</sup>

Borttagande av obligatoriskt krav om att en ketonsticka ska ingå ett startkit vid upphandling avseende diabeteshjälpmedel har utgjort en väsentlig ändring som inte är förenlig med de allmänna principerna, trots att detta krav utgjort endast en tusendel av utvärderingspriset.<sup>95</sup>

Ett obligatoriskt krav på att en viss offererad produkt skulle innehålla silikon ändrades tre dagar innan anbudstidens slut. Genom ändringen godtog den upphandlande myndigheten likadana produkter även utan silikon. Detta ansågs utgöra en väsentlig förändring och leverantörerna fick inte skälig tid

---

<sup>92</sup> Kammarrätten i Sundsvall mål nr 1829–10.

<sup>93</sup> Kammarrätten i Stockholm mål nr 1589–12.

<sup>94</sup> Kammarrätten i Jönköping mål nr 923–09.

<sup>95</sup> Kammarrätten i Sundsvall mål nr 2218–13.

att anpassa sina anbud. Ändringen stred således mot likabehandlings- och transparensprincipen.<sup>96</sup>

Ett obligatoriskt krav på asymmetrisk bandbredd som togs bort genom frågor och svar från den upphandlande myndigheten från förfrågningsunderlaget ansågs inte ha påverkat potentiella anbudsgivare i det inledande skedet av upphandlingen, när ansökningsinbjudan skickades ut, men det ansågs kunna ha påverkat de leverantörer som bjudits in att lämna anbud i upphandlingen. Detta bedömdes utgöra en väsentlig förändring av förfrågningsunderlaget.<sup>97</sup>

Slopande av obligatoriskt krav på hållslagsfunktion för multifunktionsskrivare utgjorde en otillåten väsentlig förändring.<sup>98</sup>

### **3.3 Inte väsentliga ändringar**

Kammarrätten i Jönköping fann i ett mål att ett borttagande av ett obligatoriskt krav på att leverantörer ska kunna simulera en avgångsförmån inte stred mot LOU. Av stort intresse i denna dom är att kammarrätten framför att bedömningen ska göras av hur åtgärden (ändringen) påverkar upphandlingen. Denna bedömning ska vara samlad och omständigheter av intresse är bland annat orsakerna till ändringen, ändringens omfattning och betydelse, vid vilken tidpunkt under upphandlingen ändringen vidtogs och om några åtgärder företagits för att motverka eventuella negativa konsekvenser av ändringen.

I detta fall anser domstolen att det aktuella kravet skulle ha inneburit en konkurrensbegränsning och att kravet framstod som oväsentligt i förhållande till upphandlingsföremålet i dess helhet. Därutöver tar domstolen hänsyn till att ändringen skett ungefär en månad innan

---

<sup>96</sup> Kammarrätten i Jönköping mål nr 2278–14.

<sup>97</sup> Kammarrätten i Stockholm mål nr 6450–15.

<sup>98</sup> Kammarrätten i Stockholm mål nr 9833–14.

anbudstidens utgång och att ändringen förmedlats till alla leverantörer som hämtat ut förfrågningsunderlaget, vilket talade emot att ändringen stred mot LOU.<sup>99</sup>

Att efter samtliga skall-krav lägga till ”eller likvärdigt” i ett förfrågningsunderlag där dessa obligatoriska krav utgjort minimikrav har inte ansetts utgöra sådana väsentliga förändringar som inte är förenliga med de allmänna principerna. Ändringarna hade inte visats innebära att något nytt upphandlas eller att förutsättningarna för anbudets lämnande ändras i något annat väsentligt avseende.<sup>100</sup>

I en upphandling av behandlingsstolar (”unit”) inom tandvården togs ett obligatoriskt krav på att vissa delar av stolen skulle kunna bytas ut samt att möjlighet för att lägga till vissa produkter eller delar till stolarna skulle finnas. Istället angav den upphandlande myndigheten att utbytbara delar skulle prissättas som optioner och att icke-utbytbara delar skulle markeras som inte utbytbara. Detta ansåg kammarrätten kunna ha påverkat anbuds utformning och färdigställande men ställde det mot det faktum att mer än halva anbudstiden (23 dagar) var kvar och att ändringen avsåg en begränsad del av upphandlingen. Därtill lade kammarrätten vikt vid att bifogade optionspriser inte hade direkt verkan på slutligt anbudspris. Ändringen stred således inte mot de allmänna principerna.<sup>101</sup>

---

<sup>99</sup> Kammarrätten i Jönköping mål nr 1941–10, för denna samlade bedömning se även Kammarrätten i Sundsvall mål nr 1379–13 och Kammarrätten i Göteborg mål nr 3362–15.

<sup>100</sup> Kammarrätten i Sundsvall mål nr 319--321–11.

<sup>101</sup> Kammarrätten i Stockholm mål nr 8075–14.

## 3.4 Slutsatser

### 3.4.1 Slutsatser utifrån gällande rätt och praxis

Vissa utgångspunkter tycker jag mig kunna utläsa ur den praxis från EU-domstolen och kammarrätterna som finns på området. Det står klart att en jämförelse alltid ska ske mellan det ursprungliga upphandlingsdokumentet och det nya, förändrade upphandlingsdokumentet. Därtill är det de allmänna principerna som utgör vägledning, där främst principerna om likabehandling, icke-diskriminering och transparens är av betydelse.

Det är irrelevant hur meddelanden från en upphandlande myndighet rubriceras och hur ett krav ordalydelse ska tolkas. Domstolen är fri att bedöma om exempelvis ett förtydligande egentligen utgör en otillåten ändring av upphandlingsdokumenten som inte ryms inom ramen för förtydliganden.

Efter att ha gått igenom tillgänglig kammarrättspraxis tycker jag mig finna att de gemensamma nämnare som finns för om en ändring av upphandlingsdokument strider mot de allmänna principerna, är om kravet är obligatoriskt eller inte samt om kravet har påverkat viljan hos potentiella leverantörer att lämna anbud. Dessa två faktorer har enligt mig ett naturligt samband då det är förbjudet att acceptera ett anbud som inte uppfyller de obligatoriska kraven och att det är utifrån de obligatoriska kraven som troligen flest leverantörer bedömer sina möjligheter och sin vilja att lämna anbud i en upphandling. Att lägga stor vikt vid potentiella leverantörers vilja och möjligheter att lämna anbud är naturligt när regelverket om offentlig upphandling i stor utsträckning handlar om att använda de offentliga medlen på ett så effektivt sätt som möjligt, vilket förutsätter stark konkurrens. Ju större konkurrens bland leverantörerna, desto bättre blir anbud som lämnas för den upphandlande myndigheten. Kammarrätternas praxis tycker jag står väl i överensstämmelse med det avgörande som under våren kom från EU-domstolen. Likt kammarrättens praxis lägger EU-domstolen stor vikt vid potentiella leverantörers intresse och framhåller att så kan särskilt

vara fallet om kontrakten skiljer sig väsentligt till sin art. Fortfarande är bedömningen beroende av det enskilda fallet och det går inte alltid att säga vilka konkreta ändringar som kommer att bedömas vara otillåtna men vissa generella slutsatser går enligt mig ändå att dra.

Utgångspunkten för bedömningen tycks vara att ändringar av obligatoriska krav är att anse som otillåtna men att det inte enbart är detta faktum som bestämmer om de allmänna principerna åsidosatts av den upphandlande myndigheten. Stor vikt lägger kammarrätterna vid effekten som ändringen kan ha fått på potentiella leverantörers vilja och möjligheter att delta i upphandlingen. Betydelsen av att ett krav är obligatoriskt förstärks enligt mig av de domar som HFD meddelat under 2016 liksom vikten av att de upprätthålls under hela upphandlingen då leverantörer ska kunna utgå från att kraven faktiskt är obligatoriska. Min uppfattning är att en samlad bedömning av alla omständigheter i målet är mer förenlig med de allmänna principerna än att ingripa i upphandlingen endast för att det rör sig om en väsentlig ändring av ett obligatoriskt krav utan hänsyn till andra omständigheter.

Vad gäller krav som inte är obligatoriska är detta en fråga som inte behandlats i någon större omfattning, vare sig i praxis eller i litteratur. Sådana så kallade bör-krav, alltså tilldelningskriterier, bör enligt min mening också kunna vara föremål för otillåtna ändringar. Dock är det inte lika självklart i och med att dessa används för tilldelning av kontrakt vid anbudsutvärderingen och relaterar således inte till förbudet mot att acceptera anbud som inte uppfyller de obligatoriska kraven. Ser man de olika typerna av krav i relation till varandra och deras förhållande till det konkurrensuppsökande skedet finns en skillnad mellan kravens betydelse i och med att en leverantör, när den överväger att lämna anbud kan vara medveten om den uppfyller de obligatoriska kraven men inte hur dess anbud kommer att bedömas under utvärderingen jämfört med andra anbudsgivare. Det finns alltså alltid en ovisshet för leverantören om hur dess anbud kommer att bedömas.

För frågan om vilka ändringar som materiellt innebär åsidosättande av de allmänna principerna tycker jag mig finna ett tydligt förbud mot att utökningar av upphandlingsdokument till att avse något annat föremål eller att föremålet inskränks utgör sådana ändringar som anses vara otillåtna. Att utöka eller minska omfattningen av vad som faktiskt upphandlats är inte heller tillåtet. Detta framstår som ett väldigt grundläggande förbud vad gäller ändringar av upphandlingsdokumenten och kommer alltid att vara förbjudet. Avser en myndighet att anskaffa något annat så måste en annan upphandling genomföras.

Ytterligare krav från den upphandlande myndigheten på prisuppgifter på de varor som leverantörer erbjuder eller att en leverantör ska inkomma med nya prisuppgifter på något som inte avsetts i de ursprungliga upphandlingsdokumenten framstår därtill som att utgöra sådana ändringar som strider mot de allmänna principerna. Även sådana ändringar som gör det mindre betungande för leverantörer att delta, exempelvis genom att inskränka obligatoriska krav på bevis av ekonomisk stabilitet, uppfattar jag anses som otillåtna. Detta troligen på grund av att sådana lättade krav med relativt stor säkerhet skulle utöka kretsen av intresserade leverantörer.

De gånger som kammarrätterna inte bedömt en ändring strida mot de allmänna principerna har detta berott mycket på att ändringen haft en begränsad påverkan på det konkurrensuppsökande skedet. I två av de refererade fallen har domstolen framhållit det faktum att leverantörerna haft god tid på sig att utforma anbud efter ändringen som en viktig omständighet som talar för att ändringen inte är i strid med de allmänna principerna. Det tycks alltså finnas ett utrymme för att motverka att en ändring skulle strida mot de allmänna principerna genom att ge potentiella leverantörer tillräckligt med tid för att utarbeta nya anbud baserat på det förändrade upphandlingsdokumentet, förutsatt att de allmänna principerna beaktas i det avseende att ändringen förmedlas till alla deltagande leverantörer.

Avseende förhandlingar uppfattar jag rättsläget på så sätt att det finns mycket tydliga och strikta regler som inte medger ett större utrymme för



ändringar av förfrågningsunderlaget än vad som följer av de allmänna principerna.

### **3.4.2 Framtida bedömningar enligt nya LOU**

I det nya direktivet och nya LOU finns fortfarande de allmänna principerna kvar som ska genomsyra hela upphandlingsförfarandet. Detta tillsammans med att det fortfarande saknas uttrycklig reglering för frågan innebär att det även i fortsättningen är dessa principer som kommer att vara vägledande för frågan. Visserligen tillkommer vissa regler som förtydligar att anbudstiden ska förlängas vid väsentliga ändringar av upphandlingsdokumenten, men detta innefattas redan av det föregående direktivet genom EU-domstolens praxis. Det som framgår av skälen (och propositionen) är att så pass väsentliga ändringar som utökar kretsen av potentiella leverantörer inte är tillåtna, ej heller sådana ändringar som innebär att kontraktet till sin art skiljer sig väsentligt. Denna begränsning överensstämmer enligt mig med redan gällande uppfattning i litteraturen och vad som fastställts av EU-domstolen.

De förbud som uppställs mot förhandlingar avseende minimivillkoren torde motsvara det som hitintills benämnts som skall-krav, då de avser sådana krav som måste uppfyllas av alla anbud. Detta är dessutom ett upprätthållande av EU-domstolens praxis avseende likabehandlingsprincipen. Rättsläget torde på den punkten alltså vara oförändrat.

Inte heller någon ändring av användandet av termer kommer domstolarna egentligen att behöva göra då det inte är avgörande om ändringen är väsentlig utan det avgörande är om den väsentliga ändringen strider mot de allmänna principerna och således är otillåten.

## 4 Avslutande diskussion

Upphandlingsreglerna är inte alltid lätta att förstå och systemet kan verka krångligt både för leverantörer och upphandlande myndigheter. För upphandlande myndigheter kan fel i en upphandling medföra långa utdragna överprövningsprocesser vilka även innebär ökade kostnader. Därtill kan överprövning resultera i att upphandlingen måste göras om, vilket innebär ännu ytterligare tidsåtgång och ökade kostnader. För leverantörer kan det vara kostsamt att anlita juridisk hjälp för att kontrollera att en upphandling gått rätt till, att identifiera brister i en upphandling, och begära omprövning där det inte finns några garantier för framgång.

Ett av de stora syftena med regleringen av offentlig upphandling är att offentliga medel ska användas på ett effektivt sätt. Samtidigt har regleringen av offentliga upphandlingar länge uppfattats som krånglig och oklar. Värdet av att upphandlingar genomförs på ett korrekt sätt från början är stort och innebär att kostnaderna relaterade till överprövningar och i förekommande fall för att göra om upphandlingen, försvinner. Kostnaderna försvinner inte bara för de upphandlande myndigheterna utan även för leverantörerna minskar utgifterna om upphandlingen går rätt till och inte behöver vara föremål för överprövning. Jag anser att det nya direktivet går i rätt riktning för ett mer lättförståeligt system i och med de uttryckliga reglerna för ändringar av kontrakt, något som tidigare varit reglerat av de allmänna principerna och EU-domstolens praxis. Numera anges tydligt att bland annat ändringar understigande visst värde är tillåtna. Detta gör det enligt mig lättare för upphandlande myndigheter att känna till när ändringar får ske, även om det fortfarande inte är helt tydligt vad till exempel ett avtals övergripande karaktär innebär. Det går naturligtvis inte att uttryckligen reglera varenda tänkbar situation i en upphandling men jag anser det vara ett steg i rätt riktning av lagstiftaren med denna typ av reglering för ändring av avtal som jag ser det som önskvärt även på ändringar av upphandlingsdokumenten under anbudstiden. I och med att direktivet utgör

ett minimidirektiv finns det ett visst utrymme för svensk lagstiftning som går längre, om den lagstiftningen är förenlig med de allmänna principerna. Den svenska lagstiftaren skulle exempelvis kunna försöka kodifiera den praxis som finns på området för att göra det tydligare redan i lagen vilka ändringar som tillåts eller inte tillåts under anbudstiden.

Ett annat sätt att från lagstiftarens sida påverka kan vara att, som tidigare föreslagits, införliva en tidsfrist inom vilken överprövande förvaltningsdomstol måste meddela dom. Detta skulle minska tidsåtgången för upphandlingar och således kostnaderna för båda sidorna.

I och med att det är myndigheterna som är ansvariga för upphandlingsdokumenten och det är leverantörerna som har detta att utgå från åvilar ett stort ansvar på myndigheterna att följa reglerna som finns. Höga krav måste ställas på noggrannhet och enligt mig bör det göras mer från myndigheternas sida i det förberedande skedet och myndigheter bör i större utsträckning använda den hjälp som finns att tillgå från den nya ansvariga myndigheten, Upphandlingsmyndigheten. Upphandlingsmyndigheten likt tidigare ansvarig myndighet, Konkurrensverket, har hjälp att tillgå på internet, vilket jag anser utgör ett mycket bra hjälpmedel då vem som helst kan ställa frågor till sakkunniga. Upphandlande myndigheter har ofta begränsade resurser och sådana gratis hjälpmedel tror jag utgör ett mycket bra hjälpmedel för mindre myndigheter som inte har råd att rådgöra med kunniga inom upphandlingsområdet. Ett väl genomfört förberedande arbete från myndigheterna kommer att minska antalet fel som görs under upphandlingen och risken för att upphandlingen blir föremål för ingripande i förvaltningsdomstol.

# Käll- och litteraturförteckning

## Offentligt tryck

### *Europeiska unionen*

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

### *Sverige*

Proposition 2015/16:195 – *Nytt regelverk om upphandling.*

Proposition 2006/07:128 – *Ny lagstiftning om offentlig upphandling och upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster.*

## Litteratur

Arrhed, Lars (2016), *Offentlig upphandling av komplexa IT-tjänster.*

Wolters Kluwer.

Asplund, Anders; Ehn, Magnus; Johansson Daniel; Olsson, Erik (2012),

*Överprövning av upphandling och andra rättsmedel enligt LOU och LUF.*

Jure Förlag.

Bergman, Mats; Indén, Tobias; Lundberg, Sofia; Madell, Tom (2011),

*Offentlig upphandling – På rätt sätt och till rätt pris.* Studentlitteratur AB.

Falk, Jan-Erik (2013), *Lag om offentlig upphandling – en kommentar*, andra

upplagan. Jure Förlag AB.

Forsberg, Niclas (2013), *Upphandling enligt LOU, LUF, LUFSS och LOV*,

andra upplagan. Nordstedts Juridik AB.

Kleineman, Jan (2013), 'Rättsdogmatisk metod', i: Korling, Fredric och Zamboni, Maruo (red.), *Juridisk metodlära*. Studentlitteratur.

Pedersen, Kristian (2017), *Upphandlingens grunder – introduktion till offentlig upphandling och upphandling i försörjningssektorerna*, fjärde upplagan. Jure Förlag AB.

Sundstrand, Andrea (2010), *Offentlig upphandling – LOU och LUF*. Studentlitteratur AB.

Sundstrand, Andrea (2012), *Offentlig upphandling – primärrättens reglering av offentliga kontrakt*. Jure Förlag AB.

#### Elektroniska källor

Linder, Fredrik & Dubois, Mikael, *Förändringar av Förfrågningsunderlag – analys*, senast uppdaterad 2011-05-27, <<https://www.jpinfo.net.se/dokument/dokumenttyp/793313/strongforandring-arstrong-av-strongforfragningsunderlagstrong--analys?pageid=22179&search=förändringaravförfrågningsunderlag>>, besökt 4 maj 2017.

Rosén Andersson, Helena; Mühlenbock, Eva-Maj; Willquist, Henrik; Piper, Catharina, *Lagen (2007:1091) om offentlig upphandling* (1 maj 2015, Zeteo), besökt 12 maj 2017.

Konkurrensverkets granskningsrapport 2007:2 – *Länsrätternas domar om offentlig upphandling*, 2007, Konkurrensverket, <<http://www.konkurrensverket.se/globalassets/publikationer/rapporter/lansratternas-domar-om-offentlig-upphandling.pdf>>, besökt 5 april 2017.

Konkurrensverkets informationsmaterial (juli 2014), *Upphandlingsreglerna – en introduktion*, Konkurrensverket,

<<http://www.konkurrensverket.se/globalassets/publikationer/informationsmaterial/upphandlingsreglerna--en-introduktion.pdf>>, besökt 5 april 2017.

Upphandlingsmyndighetens rapport 2016:2, *Statistik om offentlig upphandling 2016*, 2016, Upphandlingsmyndigheten och Konkurrensverket, <<http://www.upphandlingsmyndigheten.se/globalassets/publikationer/rapporter/rapport-2016-2-statistik-om-offentlig-upphandling-2016.pdf>>, besökt 18 maj 2017.

# Rättsfallsförteckning

## *EU-domstolen*

C-218/82, *Kommissionen mot Europeiska unionens råd*, EU:C:1983:369.

C-31/87, *Beentjes*, EU:C:1988:422.

C-243/89, *Kommissionen mot Danmark*, EU:C:1993:257.

C-360/89, *Kommissionen mot Italien*, EU:C:1992:235.

C-87/94, *Kommissionen mot Belgien*, EU:C:1996:161.

C-324/98, *Telaustria och Telefonadress*, EU:C:2000:669.

C-337/98, *Kommissionen mot Frankrike*, EU:C:2000:543.

C-470/99, *Universale-Bau*, EU:C:2002:746.

C-19/00, *SIAC Construction*, EU:C:2001:553.

C-278/01, *Kommissionen mot Spanien*, EU:C:2003:635.

C-448/01, *EVN och Wienstrom*, EU:C:2003:651.

C-454/06, *Presstext Nachrichtenagentur*, EU:C:2008:351.

C-239/07, *Julius Sabatauskas m.fl.*, EU:C:2008:551.

C-305/08, *CoNISMa*, EU:C:2009:807.

C-298/15, *Borta UAB*, EU:C:2017:266.

## *Sverige*

### Högsta förvaltningsdomstolen

HFD 2016 ref. 37.

### Kammarrätten

Kammarrätten i Göteborg, mål 1132–10, dom 2010-06-02.

Kammarrätten i Göteborg, mål 558–14, dom 2014-05-06.

Kammarrätten i Göteborg, mål 3362–15, dom 2016-02-16.

Kammarrätten i Jönköping, mål 923–09, dom 2009-06-17.

Kammarrätten i Jönköping, mål 1706–10, dom 2010-10-11.

Kammarrätten i Jönköping, mål 1941–10, dom 2010-11-25.

Kammarrätten i Jönköping, mål 4342–4357–11, dom 2012-06-14.

Kammarrätten i Jönköping, mål 437–446–12, dom 2012-06-20.

Kammarrätten i Jönköping, mål 2278–14, dom 2015-02-05.

Kammarrätten i Stockholm, mål 1589–12, dom 2012-06-18.

Kammarrätten i Stockholm, mål 8075–14, dom 2015-07-01.

Kammarrätten i Stockholm, mål 9833–14, dom 2015-09-01.

Kammarrätten i Stockholm, mål 6450–15, dom 2016-02-12.

Kammarrätten i Sundsvall, mål 2831–03, dom 2004-06-06.

Kammarrätten i Sundsvall, mål 1829–10, dom 2010-09-29.

Kammarrätten i Sundsvall, mål 319–321–11, dom 2011-05-18.

Kammarrätten i Sundsvall, mål 2218–13, dom 2013-09-30.