



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Martin Sjöberg

Offentlig upphandling - regelverk,
avtalsbildning och samhällsekonomi

Examensarbete
20 poäng

Handledare
Ola Svensson

Ämnesområde
Förmögenhetsrätt

Termin
VT 1998

Innehållsförteckning

1	SAMMANFATTNING	4
2	FÖRKORTNINGAR M.M.	5
3	INLEDNING	6
3.1	Ämne och avgränsning	6
3.2	Syfte och metod	6
3.3	Disposition, källor och forskningsläge	7
4	TEORETISK BAKGRUND	9
4.1	Marknadens funktion	9
4.2	Lagstiftningens roll	11
5	REGELVERKET KRING OFFENTLIG UPPHANDLING	13
5.1	Kortfattad historik	13
5.2	Gränsöverskridande intressen	13
5.3	Rättsfiguren offentlig upphandling	15
5.4	Lagen om offentlig upphandling	16
5.5	Översiktlig genomgång av LOU	17
5.6	Tillämpningsområdet	17
5.7	Huvudregeln om affärsmässighet	18
5.8	Upphandlingskategori och värdeberäkning	19
5.9	Upphandlingsförfarande	19

5.10	Annonsering	20
5.11	Krav på leverantören	21
5.12	Prövning av anbud	21
5.13	Tidsfrister	23
5.14	Upphandling av varor	23
5.15	Upphandling av entreprenad	24
5.16	Upphandling inom försörjningssektorerna	25
5.17	Upphandling av tjänster	26
5.18	Upphandling under tröskelvärdena	26
5.19	Överprövning och skadestånd	27
6	UPPHANDLING I PRAKTIKEN	31
6.1	Tillämpningen av LOU	31
6.2	Tillsyn och efterlevnad	33
6.3	Några belysande rättsfall ur svensk och gemenskapsrättslig praxis	34
6.4	LOU:s räckvidd	40
6.5	Otillbörliga förfaranden	42
6.6	Sekretess, jäv och mutor	43
7	LOU OCH AVTALSRÄTTEN	46
7.1	Avtalets centrala roll	46
7.2	Avtalsbindningsmekanismen	46
7.3	Det allmänna som avtalspart	49
7.4	Upphandlingsavtalets innehåll och form	50
7.5	Innebär LOU ett ingrepp i avtalsfriheten?	54
7.6	Problem i avtalsrelationen	56

8	LOU, KONKURRENS OCH SAMHÄLLSEKONOMI	59
8.1	Inledande synpunkter	59
8.2	LOU ger förutsättningar för konkurrens	61
8.3	Offentliga aktörer påverkar konkurrensen	63
8.4	Organisation eller marknad?	65
9	SAMMANFATTANDE KOMMENTAR	68
9.1	Ett angeläget rättsområde	68
9.2	Varför behövs en lag om upphandling?	69
9.3	Utrymme för förbättringar?	69
9.4	Avslutande sammanfattning	71
10	KÄLLFÖRTECKNING	72
11	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	76

1 Sammanfattning

När det allmänna träffar avtal om anskaffning av vara, tjänst eller entreprenad, talar man om offentlig upphandling. Med det allmänna avses då stat, landsting, kommun, kyrka eller association där offentliga aktörer har huvudsakligt ägande eller inflytande. Som leverantör räknas varje potentiell avtalspart som kan tillgodose det allmännas anskaffningsbehov. Marknaden för offentlig upphandling är mycket stor. För Sveriges del utgör den ca 16% av BNP och för EU-området som helhet ca 11% av medlemsländernas samlade BNP. Detta viktiga marknadssegment har under lång tid varit föremål för rättslig reglering, och samtliga medlemmar i EU är idag skyldiga att implementera de rådskdirektiv som finns på området. För Sveriges del har detta skett genom lagen om offentlig upphandling (LOU) som trädde i kraft den 1:a januari 1994 och sedan dess har kompletterats inte mindre än sex gånger. Lagen innehåller principer och procedurregler riktade till den offentliga upphandlaren. Lagen erbjuder också leverantörerna rättsmedel för att i möjligaste mån garantera lagens efterlevnad. Syftet med regleringen av den offentliga upphandlingen är mångfaldigt. Den gränsöverskridande upphandlingen har inte alls ökat i samma utsträckning som övrig handel. Den offentliga upphandlingen har inte utsatts för tillräcklig konkurrens och de offentliga aktörerna har inte skapat tilltro till upphandlingsförfarandet bland leverantörerna. Regelverket ska medföra ökad gränsöverskridande handel genom att garantera öppenhet och likabehandling. Regleringen ska också skapa förutsättningar för konkurrens genom att garantera ett affärsmässigt uppträdande från det allmännas sida. Tillgänglig konkurrens ska alltid utnyttjas och endast marknadsmässiga bedömningar ska ligga till grund för valet av leverantör. Förutom att gynna konkurrensen på marknaden medför regelverket också att de offentliga utgifterna minskar och att samhällets resurser kan allokeras på ett effektivare sätt, till gagn för samhällsmedborgarna. För att upphandlingsreglerna ska få denna positiva effekt krävs naturligtvis att de tillämpas på avsett vis. Det krävs ett betydande mått av såväl teoretiska som praktiska kunskaper från de upphandlingsansvarigas sida. Förståelse för juridik och ekonomi bör kombineras med fackkunskaper avseende upphandlingsobjektet. Regelverkets inverkan på avtalsinnehållet får inte underskattas. Avtals- och köprättsliga frågor aktualiseras både under upphandlingsskedet och i den fortsatta avtalsrelationen. Upphandling kan också aktualisera konkurrensrättsliga frågor. Förutom kompetens måste även incitament att följa reglerna finnas. Just incitamentsproblematiken är central när det allmänna agerar på marknaden. Offentliga aktörer tar inte samma affärsmässiga risker som deras privata konkurrenter vid avtalsslut. Upphandlingsbudgeten är skattefinansierad och verksamheten är inte beroende av löpande vinstmedel. Den offentliga upphandlaren drivs dessutom ofta av en politisk agenda som medför en risk för att andra än rent företagsekonomiska hänsyn tillåts styra upphandlingsbesluten. Upphandlingreglerna tillåter ej att den offentliga upphandlaren undlåter att utnyttja konkurrensen, agerar diskriminerande eller baserar sina beslut på ovidkommande hänsyn, och denna omständighet gör det befogat att karakterisera regelverket som integrations- och konkurrensskapande, samt kostnads- och resurseffektiviserande. Regelverket kring offentlig upphandling fyller alltså en viktig funktion genom att komplettera Romfördragets bestämmelser om likabehandling och restriktionsförbud, och bidrar till att säkerställa EG-rättens mål vad gäller ekonomisk integration och en effektiv konkurrens på den gemensamma marknaden. På köpet får medlemsländerna effektivare offentliga sektorer och på sikt ett konkurrenskraftigt näringsliv.

2 Förkortningar m.m.

AB 92	Allmänna bestämmelser för bygg-, anläggning- och installationsentreprenader.
ALOS 81	Allmänna bestämmelser av år 1981 för leverans av gods till den offentliga sektorn.
AvtL	Avtalslagen (SFS 1915:218).
CPV	Common Procurement Vocabulary.
DG XV	Kommissionens generaldirektorat nr 15, med ansvar för bl.a. ekonomisk integration och finans.
ECE 188	General conditions for the supply of Plant and Machinery for Export. UN Economic Commission for Europe, 1953.
EGT	Europeiska gemenskapernas officiella tidning.
FL	Förvaltningslagen (SFS 1986:223)
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade.
GD	Europeiska gemenskapernas domstol i Luxembourg.
GPA	Government Procurement Agreement. Avtal om statlig upphandling inom ramen för WTO.
HD	Högsta Domstolen.
HovR	Hovrätten.
KmnL	Kommunallagen (SFS 1991:900).
KL	Konkurrenslagen (SFS 1993:20).
KkV	Konkurrensverket.
KamR	Kammarrätten.
LIU	Lagen (SFS1994:615) om ingripande mot otillbörligt beteende avseende offentlig upphandling.
LOU	Lagen (SFS 1992:1528) om offentlig upphandling.
LR	Länsrätten.
MD	Marknadsdomstolen.
MONT 85	Allmänna bestämmelser av år 1985 för leverans innefattande montage, av gods till offentliga sektorn.
NL 92	Allmänna bestämmelser för leverans av mekanisk och elektrisk utrustning inom Norden.
NOU	Nämnden för offentlig upphandling.
OJ	Official Journal of the European Communities. Se EGT.
RegR	Regeringsrätten.
RF	Romfördraget i sin lydelse enl. Maastrichtavtalet.
RRV	Riksrevisionsverket.
SekrL	Sekretesslagen (SFS 1980:100).
TED	Tender Electronics Daily. Databas med EU-upphandling.
TR	Tingsrätten.
WTO	World Trade Organisation, grundad vid GATT:s Uruguayrunda 1993.
UK	Upphandlingskungörelsen.
UF	Upphandlingsförordningen.
UR	Upphandlingsreglemente för kommunal upphandling.

3 Inledning

3.1 Ämne och avgränsning

I detta arbete riktas blickarna mot den offentliga upphandlingen. Uppsatsen är inriktad mot central förmögenhetsrätt och betonar dessutom den samhällsekonomiska kontexten. Utgångspunkten är lagen (1992:1528) om offentlig upphandling, LOU, som vilar på EG-rättslig grund. Framställningen har dock avgränsats så att EG-rätten endast givits ett begränsat utrymme. Då tyngdpunkten har placerats främst på avtals och konkurrensfrågor, har andra för rättsområdet intressanta aspekter, t.ex. förvaltningsrätt och internationell privat- och processrätt behandlats, om alls, mycket kortfattat.

Problemställningen är i sin kärna okomplicerad och kan sammanfattas med ett par enkla frågor: Varför är området för offentlig upphandling rättsligt reglerat? Hur ser regelverket ut, varför har det denna utformning och vilka konsekvenser medför detta för avtalsbildning och samhällsekonomi?

3.2 Syfte och metod

Syftet med uppsatsen är att på ett översiktligt sätt presentera regelverket kring offentlig upphandling och redogöra för de materiella reglernas uppbyggnad och funktion. LOU kan karakteriseras som osedvanligt detaljerad och relativt svårtillgänglig, så ett av huvudsyftena med uppsatsen är att belysa såväl de viktigaste materiella rättsreglerna i lagverket, som de grundläggande principer som ligger bakom regleringen. När det allmänna agerar som avtalspart på den fria marknaden uppkommer intressanta situationer på avtals- och konkurrensområdet, vilka också uppmärksammas i framställningen. Slutligen kan ett av uppsatsens centrala moment sägas vara ett försök till att placera in upphandlingsreglerna i ett vidare ekonomiskt perspektiv.

Metoden kan beskrivas som både deskriptiv, då såväl relevant teoribildning, materiell rätt som praktiska iakttagelser redovisas, och analytisk, då teori och praktik bringas i samspel och en rad slutsatser därefter dras. Analysen finns invävd i framställningen och återfinns således inte enbart i det avslutande kapitlet.

3.3 Disposition, källor och forskningsläge

Framställningen är upplagd så att läsaren först ges en allmän teoretisk bakgrund vad gäller marknadens funktion och lagstiftningens roll för samhällsekonomin. Därefter presenteras LOU på ett överskådligt och kortfattat sätt, med tonvikten lagd på principer och centrala procedurregler. Praktiska aspekter och för området viktiga rättsfall har fått ett eget kapitel, och sedan behandlas i tur och ordning avtalsrättsliga och samhällsekonomiska aspekter på den offentliga upphandlingen.

Till grund för arbetet ligger främst ett traditionellt källstudium. Förarbeten, utredningar, doktrin och praxis har noggrant genomgått och dessutom har ett stort antal tidningsartiklar och debattinlägg studerats. Genom intervju och enkät har attityderna hos en handfull upphandlingsansvariga och leverantörer fångats. Svaren har använts främst för att fånga inställningen hos upphandlingssaktörerna och det har inte varit avsikten att samla in fakta som kvantitativt kan ligga till grund för statistiskt behandling. Vidare har ett flertal upphandlingsärenden följts och observerats. Speciellt intresse har då riktats mot utformningen av upphandlingsdokumenten, d.v.s. underlag, anbud, standardavtal och kontrakt.

Det finns ett litet antal publikationer av handbokstyp på upphandlingsområdet, som främst är riktade till de inköpsansvariga tjänstemännen. Dessa praktiskt inriktade böcker är vanligt förekommande ute på de upphandlande enheterna, men blir tyvärr snabbt inaktuella, då regelverket genomgår kontinuerliga förändringar. Förvånansvärt lite har skrivits om upphandling i den rättsvetenskapliga facklitteraturen. Området är relativt nytt och dessutom svårt att inordna i den traditionella juridiska ämnesindelningen. Den övervägande delen av vad som skrivs om offentlig upphandling härstammar ifrån berörda intressegrupper eller tillsynsmyndigheter. Dess juridiskt-vetenskapliga värde kan emellanåt ifrågasättas men bakom framställningarna ligger ofta mångårig erfarenhet från praktisk upphandling.

Detta arbete är ett försök att förena teori med praktik och ge läsaren en ökad förståelse för regelverket som omgärdar den offentliga upphandlingen, samt att möjliggöra fördjupade insikter i de verkningar som det allmännas agerande medför för den fria marknadens funktion, och konsekvenserna av introduktionen av en rättslig reglering på upphandlingsområdet.

4 Teoretisk bakgrund

4.1 Marknadens funktion

Allt sedan de första forntida samhällsbildningarna har människor slutit avtal med varandra. Förutsättningarna för att en överenskommelse ska anses som bindande har varierat. Exempelvis kan nämnas ritualer vid avtalets ingående, speciella villkor för rättslig handlingsförmåga eller olika krav på avtalets form. Avtalet är som instrument av fundamental betydelse för samhällslivet och det är svårt att ens föreställa sig en värld utan avtal. Till avtalets viktigaste egenskaper hör partsbindnings- och regleringsfunktionerna. Syftet med avtalet är att med för parterna bindande verkan förändra ett rättsförhållande, vilket kan avse såväl en primitiv bytestransaktion som ett komplicerat företagsförvärv. Avtalsfriheten och tilltron till att avtal ska hållas, ”pacta sunt servanda”, är grundbultar i en fungerande marknadsekonomi.

Som huvudprincip i svensk avtalsrätt gäller inga särskilda formkrav för civilrättsligt bindande avtal. Däremot förutsätts att parterna är två separata rättssubjekt med full rättslig handlingsförmåga, som på frivillig basis utbyter samstämmiga viljeförklaringar. Av praktiska skäl dominerar skriftliga och undertecknade avtal vid mera komplicerade transaktioner. Skriftligheten kan vara påbjuden i lag, s.k. legalt formkrav, eller överenskommen mellan parterna, s.k. konventionellt formkrav. Även i de förhållande där lagen ej kräver viss form för giltighet och parterna inte heller har föreskrivit formkrav, utgör ett skriftligt avtal en utmärkt dokumentation över vem som är bundna och i vilken utsträckning. Att formlösa avtal, t.ex. muntliga sådana, som huvudregel är bindande i svensk dispositiv rätt, förklaras av att formkrav normalt bromsar upp och belastar avtalsbildningen, vilket gör vardagliga avtal onödigt tidskrävande. Avtalsrelationen mellan två privata subjekt ska inte i onödan regleras av statsmakten. Att parterna ofta är överens om formkrav, t.ex. vid mera komplicerade kommersiella transaktioner, förklaras av det gemensamma intresset av utförliga och lätt konstaterbara avtalsvillkor. Formkravet höjer initialt transaktionskostnaderna, men kan visa sig värt sitt pris vid uppkomsten av tvist i anledning av avtalet. Ett kontrakt tjänar som viktigt bevismedel vid en rättslig behandling och kan därför sägas utgöra en slags försäkring mot motpartens avtalsbrott.

Avtalet är som vi sett ett grundläggande instrument för transaktioner på marknaden. Marknaden i sig kan karakteriseras som en mötesplats för tillgång och efterfrågan. För att effektivisera detta möte har speciella institutioner utvecklats spontant, däribland betalningsmedel, mellanmän och handelsforum, t.ex. börser, marknader eller auktioner. Avtal träffas då båda parter anser det fördelaktigt. På en utbuds-efterfrågekurva finns en jämviktpunkt som anger det aktuella priset, en prismekanism där varje förändring på endera sidan har konsekvenser för prisets bestämmande. Om man utgår ifrån att varje individ är rationell och nytto-maximerande, och således aldrig medvetet ingår avtal som försämrar den egna situationen, är det intuitivt möjligt att inse avtalets positiva effekter. Avtalsparternas val är ”paretosanktionerade”, d.v.s. att de båda inblandade anser

sig ha vunnit på avtalet och således ökat sin nytta. Om samhällsmedborgarna i allmänhet tillåts sluta avtal fritt kommer som huvudregel också samhällets totala "nyttoindex" att öka, d.v.s. att förflytta sig från en punkt "ex ante" avtal, till en ny punkt "ex post" avtal, där den totala nyttan nu är större. De paretosanktionerade avtalen bidrar enligt denna förenklade mikroekonomiska grundmodell till en ständig tillväxt, mätt i "nytta". Nyttan kan, men behöver inte nödvändigtvis mätas i ekonomiska termer.

Man kan tänka sig situationer där individuell nyttoökning står i konflikt med samhällsintresset. Det kan då vara motiverat att samhället griper in och begränsar avtalsfriheten. Sådan statlig intervention måste vara proportionerlig och inte i onödan stympa marknadskrafterna så att tillväxten avtar. När lagstiftning, skatte- och avgiftsbeläggning, subventionering m.m. introduceras i en marknad, förändras spelreglerna och de presumtiva avtalsparterna kanske förlorar intresset för att träffa avtal. Den för samhället gynnsamma avtalsbildningen riskerar att minska, vilket försämrar tillväxten. Lösningen på problemet står att finna i välavvägda interventioner som tar hänsyn till det s.k. "Kaldor Hicks-kriteriet". Anta att en lagreglering medför att frivilliga avtal inte längre kommer till stånd p.g.a. att åtminstone en av parterna inte ökar sin nytta genom avtalet i denna nya situation. För att den totala samhällsnyttan inte ska minska krävs att den uteblivna nyttan för individen kompenseras av en minst lika stor nyttoökning för samhället som helhet. Om man som exempel tänker sig en lag som förbjuder handel med vissa farliga och försåtliga produkter, upplevs denna säkert som negativ för presumtiva säljare, men lagen kan ändå motiveras då allmänheten i stort upplever en nyttoökning, i form av ökad trygghet, som vida överstiger säljarens nyttoförlust. En sådan lag uppfyller m.a.o. Kaldor Hicks-kriteriet, och har typiskt sett positiva ekonomiska effekter, trots att den innebär ett ingrepp i marknaden.¹

För att en marknad ska kunna fungera väl krävs en fungerande konkurrens. Det bör finnas ett flertal aktörer på utbudssidan som på lika villkor tävlar om att sluta avtal med efterfrågesidans aktörer, "konsumenterna". Konkurrenstrycket ställer stora krav på resursallokering och organisationsstruktur på utbudssidan. Aktörer med sämre förutsättningar och högre kostnader än konkurrenterna, tvingas att effektivisera sin verksamhet och sänka kostnaderna för att överhuvudtaget överleva. Detta leder till en situation där hög kvalitet till lågt pris är ett ofelbart recept för framgång, åtminstone om efterfrågesidan handlar rationellt, strävar efter ökad individuell nytta och har tillräcklig information. Om konkurrensen inte är effektiv eller t.o.m. uteblir helt på en viss marknad, kan man alltså i typfallet vänta sig högre priser och sämre kvalitet. Orsaken till otillräcklig konkurrens kan bero på offentliga regleringar, t.ex. lagstadgade monopol. Det är viktigt ur tillväxtskympunkt att ett sådant ingrepp i marknaden kan motiveras utifrån Kaldor Hicks-kriteriet, d.v.s. att de förluster som exempelvis monopolet innebär i form av sämre kvalitet och stigande priser, mer än väl uppvägs av andra fördelar för samhällsmedborgarna, t.ex. en bättre miljö eller social grundtrygghet.

Ett monopol anses vara för handen när endast en aktör återfinns på utbudssidan på en avgränsad marknad. Monopolisten kan i avsaknad av konkurrens hålla priserna väsentligt högre än produktionskostnaderna, och göra en "monopolvinst", på konsumentens bekostnad.

¹ Kaldor Hicks-kriteriet behandlas av I. Ståhl (1996) s.9 f.

Incitament saknas att förbättra produkterna när alternativ saknas på marknaden. Situationen är ineffektiv för samhället då konsumenter som är beredda att betala ett pris som motsvarar produktionskostnaden, nu istället avstår eller väljer en helt annan produkt. Resurserna i samhället allokeras inte på bästa sätt, vilket brukar benämnas som en "extern effekt". Monopol kan också uppstå som en följd av marknadsaktörernas agerande. Om det är svårt för nya aktörer att etablera sig på ett visst segment av utbudssidan, kan de befintliga samverka för att begränsa konkurrensen, t.ex. genom att dela upp marknaden mellan sig eller samarbeta vad gäller prissättning. Ett annat exempel kan vara aktörer som utnyttjar sin marknadsdominans till att dumpa priser eller blockera marknadstillträde för att besegra konkurrenterna. En annan situation som kan ha negativa verkningar är när efterfrågesidan endast har en aktör, s.k. monopson. Genom att binda upp denna enda köpare med avtal kan en aktör på utbudssidan lägga beslag på hela marknaden. Den bakomliggande orsaken till monoponsituationen är nästan alltid offentliga regleringar.

Lika väl som att missriktade och oproportionerliga regleringar kan störa marknaden på ett för samhället skadligt sätt, så kan en alltför slapphänt "laissez faire"-politik motverka en effektiv konkurrens. Staten bör på olika sätt uppmuntra konkurrens och beivra otillbörliga konkurrenssnedvridande beteenden. Lagstiftning är här ett effektivt medel, men även rådgivning och informationskampanjer behövs. Marknadens egen metod att lösa monopolproblemet är att monopolvinsten lockar nya aktörer att etablera sig på det aktuella marknadssegmentet. Staten har en viktig uppgift i att erbjuda konstitutionella och institutionella förutsättningar för en fungerande marknad. Förutom avtalsfrihet, krävs närings- och etableringsfrihet, skydd för äganderätten, tillgång till rättskipning m.m. Den ekonomiska tillväxten är alltså beroende av statens beteende, bl.a. vad gäller viljan att skapa förutsättningar för en effektiv konkurrens och förmågan att bevara en existerande konkurrenssituation.

4.2 Lagstiftningens roll

En välfungerande marknadsekonomi kännetecknas inte enbart av grundläggande fri- och rättigheter av typen avtals-, närings- och etableringsfrihet. En rättighet har endast symboliskt värde om den inte också motsvaras av någon form av skyldighet. Parterna i ett avtal kan visserligen lita på varandras ord, men vid större transaktioner känns det tryggare om avtalet också kan genomdrivas rättsligt och avtalsbrott sanktioneras. Marknadens aktörer efterfrågar ett gemensamt regelverk och en oberoende institution för tvistlösning och verkställighet. Ett lands lagstiftning och domstolväsende tjänar alltså en viktig funktion för den ekonomiska omsättningen. För att regelverket inte ska vara allt för ingripande har många civilrättsliga författningar dispositiv karaktär. Lagbud med tvingande karaktär existerar i normalfallet endast då ett skyddsintresse ansetts väga tyngre än omsättningsintresset.

Till skillnad från civilrätten, omfattar den offentliga rätten inte primärt rättsförhållandet mellan privata subjekt. Offentligrättslig reglering kan likväl ha stor inverkan på marknadens funktion och aktörernas handlingsmönster. Skatter och subventioner är exempel på politisk reglering med främst omfördelande syften, medan konkurrens- och marknadsrätten förbjuder vissa beteenden

för ”marknadens eget bästa”. Förvaltningsrätten ger spelreglerna för det allmännas inre organisation samt myndighetsutövning och övrig kontakt med näringsliv och medborgarna. Det är viktigt att marknaden känner tilltro till rättsväsendet och upplever myndighetsutövningen som rättvis och proportionerlig i förhållande till det faktiska behovet. Ett land med ofullständig rättighetskatalog, bristfällig lagreglering, oberäknelig och korrumperad myndighetsutövning etc, omöjliggör i det närmaste tillväxt och välstånd.

De teoretiska modeller som skisserats i det föregående är ett försök att på ett enkelt och kärnfullt sätt presentera huvuddragen för marknadens funktion och lagstiftningens roll i en fungerande marknadsekonomi. Även om framställningen utgör en förenkling av den i många avseende komplicerade teoribildningen på området, torde slutsatserna ändå vara rättvisande, och utgör således ett nödvändigt kunskapsmaterial för den som vill förstå gränsområdet där juridiken möter ekonomin.² I det följande kapitlet ställs regelverket kring offentlig upphandling i fokus. Både vid tillämpningen och utvärderingen av lagstiftningen på detta område krävs alltså i enlighet med det anförda, grundläggande förståelse för de juridiska, företagsekonomiska och nationalekonomiska disciplinerna.

² För en mer utförlig behandling av sambandet mellan juridik och ekonomi, eller vad som ibland kallas rättsekonomi, se Skogh (1983) och Werin (1982).

5 Regelverket kring offentlig upphandling

5.1 Kortfattad historik

Svenska statliga myndigheters upphandling har varit reglerad sedan slutet av 1800-talet. Under 1900-talets första hälft stadgades bl.a. att svensktillverkade varor hade företräde framför utländska, då staten stod som köpare. I takt med den ekonomiska utvecklingen och den offentliga sektorns tilltagande storlek, har reglerna skiftat. Fr.o.m. 1952-års Upphandlingskungörelse framträder principer som affärsmässighet och öppenhet vid statlig upphandling. 1973 introducerades en ny UK, där upphandling i anbudskonkurrens förordades. Kommunerna uppmanades att på frivillig väg införa upphandlingsreglementen (UR), som byggde på samma principer som UK. Reglerna tillät, trots principen om affärsmässighet, att upphandlingen vid behov användes som medel inom sysselsättnings- och regionalpolitik. Upphandlingsförordningen av 1986 införde tre olika förfaranden: sluten-, förhandlad- eller direktupphandling. Den statliga upphandlingen kunde inte överklagas, medan kommunal upphandling kunde underställas laglighetsprövning enligt kommunallagens bestämmelser. UF (SFS 1986:336) var gällande regelverk för statliga myndigheters upphandling av varor och vissa tjänster fram till den 1:a januari 1994.

Det sena 1980-talet såg en tilltagande internationalisering av svensk ekonomi och politik. Överenskommelser av mellan- och överstatlig karaktär tvingade allt fler länder att öppna sina gränser och främja handelsutbytet. Söder om vårt land fick den Europeiska Gemenskapen förnyad kraft genom Enhetsakten 1986, och Sverige knöts allt närmare Europa. Den offentliga upphandlingen stod högt på dagordningen i dessa internationella sammanhang, inte minst p.g.a. dess stora andel av ländernas ekonomi och därmed potential för ökad handel och ekonomisk integration.

5.2 Gränsöverskridande intressen

Värdet av den offentliga upphandlingen i Sverige uppgick vid mitten av 90-talet till över 300 miljarder kronor per år, motsvarande ca 16% av BNP. För EU:s del var värdet drygt 6 biljoner kronor eller 11% av samlade BNP.³ Det är naturligt att stor uppmärksamhet riktas mot marknaden för offentlig upphandling från organisationer med syfte att främja konkurrens och

³ Statistik från: NOU –Effekter av lagen om offentlig upphandling (1998) och European Commission (1996).

gränsöverskridande handel. Världshandelsorganisationen WTO grundades vid GATT:s Uruguayrunda 1993 och innehåller bl.a. en överenskommelse om likabehandling och öppenhet vid statlig upphandling över vissa värdegränser, kallad GPA. Efter Sveriges anslutning till EES-avtalet och sedermera inträdet i EU, har den europeiska integrationspolitiken blivit helt avgörande för svensk upphandlingsreglering. Romfördraget nämner inte offentlig upphandling, men innehåller viktiga principer, som diskrimineringsförbudet, fri rörlighet för varor, tjänster, arbetskraft och kapital, etableringsfrihet, förbud mot konkurrensnedvidande beteenden och regler för statsstöd. Det finns sex detaljerade rådsdirektiv på upphandlingsområdet som ska implementeras i medlemsländernas nationella lagstiftning. Dessa sekundärrättsakter har som mål att skapa en öppen, enhetlig och rättvis gemensam marknad för upphandling som överstiger vissa tröskelvärden. EU:s integrationssträvanden har gett goda resultat när det gäller det gränsöverskridande privata varu- och tjänsteutbytet, men vid offentlig upphandling har nästan alla transaktioner skett nationellt.⁴ Detta förhållande har inte ansetts tillfredsställande ur integrationssynpunkt och Kommissionens DG XV arbetar ständigt för att förbättra förutsättningarna för den gränsöverskridande upphandlingen inom EU. Direktiven som innehåller procedurregler och rättsmedel, får anses tillräckligt tydliga och villkorlösa för att kunna grunda rättigheter för enskilda, s.k. direkt effekt. Nationell rätt får inte beskära de rättigheter som direktiven ger någon enskild och de nationella domstolarna har en skyldighet att tolka upphandlingsreglerna i ljuset av EG-rätten.⁵ Detta innebär att reglerna för större upphandlingar ska ha samma materiella innehåll i hela EU, och att bristande implementering och felaktig tillämpning kan innebära skadeståndsskyldighet för staten.

Det finns fyra procedurdirektiv, ett för varje upphandlingskategori: varor (dir. 93/36), entreprenader (dir. 93/37), försörjningssektorerna (dir. 93/38) och tjänster (dir. 92/50). Det finns därtöver två rättsmedelsdirektiv (dir. 89/665 och 92/13). Direktiven träffar alla offentliga aktörers upphandling, vilket för Sveriges del bl.a. innefattar statliga myndigheter, kommuner, landsting och bolag i offentlig regi. Förutsättningen för direktivens tillämplighet är dock att upphandlingens ekonomiska omfattning överstiger vissa fastställda tröskelvärden. Man skulle kunna säga att upphandling med ”gemenskapsdimension” träffas av direktiven, medan mindre upphandlingar inte är lika intressanta ur integrationssynpunkt och därför kan regleras nationellt. De grundläggande principerna ur Romfördraget torde dock gälla även för upphandlingar under tröskelvärdena, vilket ställer krav på den nationella regleringen vad gäller fördragskonformitet, likabehandling etc.

För EU:s framtid är integrationsmålet det mest centrala. En gemensam inre marknad, utan nationella hinder för varor, tjänster, arbetskraft och kapital, ska leda till ökat välbefinnande för unionen som helhet. Med fria handelsflöden kan olika regioner utnyttja sina komparativa fördelar, vilket leder till effektiv resursallokering, då produktionen sker där förutsättningarna är som mest gynnsamma. Gemensamma regelverk och öppna gränser sänker transaktionskostnaderna och främjar rörligheten av såväl produkter som producenter. En stor marknad kan medföra

⁴ År 1987 var andelen import i offentlig upphandling 1,4%, men 1995 hade andelen stigit till 3%. Kommissionens mål är att upphandlingsreglerna ska medföra gränsöverskridande upphandling som överstiger 10%. Se European Commission (1996). I denna statistik räknas dock inte utländska dotterbolags leveranser som gränsöverskridande upphandling, vilket till viss del förklarar de låga procentsatserna.

⁵ Om EG-rättens inverkan på nationell rätt, se L. Pålsson (1993).

skalfördelar för producenter, d.v.s. minskad marginalkostnad per producerad enhet, vilket skapar företag stora nog att konkurrera på världsmarknaden. En stor marknad ökar också förutsättningarna för mångfald på utbudssidan, vilket ökar välfärden då konsumenterna efterfrågar differentierade produkter. I detta sammanhang utgör USA en förebild för det europeiska samarbetet. I USA har en stor marknad, gemensam valuta, sträng konkurrenslagstiftning och en liten offentlig sektor skapat världens ledande ekonomi.

Den EG-rättsliga regleringen av offentlig upphandling har förutom det uppenbara integrationsmålet, också en effektiviserande verkan för medlemsländernas offentliga utgifter. Genom att utnyttja konkurrensen på den gemensamma marknaden kan den offentliga sektorn göra stora besparingar i samband med offentlig upphandling. Eftersom underskott i statsbudgeten är ett allvarligt hot mot den gemensamma valutan inom EMU, har de nationella statsfinanserna nu mer än någonsin blivit en angelägenhet för EU, vilket tydligt framgår av de s.k. konvergenskraven i anledning av Maastrichtfördraget.

Att den offentliga upphandlingen effektiviseras och utsätts för konkurrens är uppenbarligen en såväl nationell som internationell angelägenhet av största vikt. Innan den nu gällande svenska lagstiftningen på området presenteras, görs i nästa avsnitt ett försök att placera in regleringen i en rättslig kontext.

5.3 Rättsfiguren offentlig upphandling

I det juridiska biblioteket återfinns litteratur om offentlig upphandling på avdelningen för förvaltningsrätt. På regeringsnivå är det främst Finansdepartementet som ansvarar för upphandlingsrelaterade frågor men även Närings- och Utrikesdepartementet är inblandade. I den juridiska utbildningen avhandlas offentlig upphandling, om alls, främst inom konkurrens- och EG-rätten, medan intressanta frågeställningar i doktrinen oftare berör skadestånds- och avtalsrätten. Från svensk rättspraxis märks upphandlingsrelaterade avgöranden i såväl förvaltningsdomstol (LR, KamR, RegR) som allmän- (TR, HovR, HD) och specialdomstol (MD).⁶ Bilden kan verka splittrad och att inordna ett rättsinstitut i förutbestämda fack kan visserligen ha pedagogiskt värde, men fyller knappast något självändamål.

När det allmänna agerar som avtalspart på den fria marknaden uppstår en situation som i många avseenden avviker från den typiska avtalsbildningen, d.v.s. den mellan två privata subjekt. Lagstiftaren har sett sig nödgad att styra den process som föregår ett upphandlingsavtal, genom olika procedurregler som ska säkerställa bl.a. öppenhet och rättvis behandling av potentiella motparter. I detta avseende är upphandlingen ett förvaltningsrättsligt intresse, men den kan inte karakteriseras som myndighetsutövning. Upphandlingen utmynnar ju i ett civilrättsligt bindande avtal som motparten frivilligt ingått. Själva avtalet och dess rättsverkningar är således ett civilrättsligt intresse.

⁶ Vilken domstol som är rätt forum i det enskilda fallet berörs i kap. 5.19.

Förvaltningslagen (1986:223) är tillämplig på nära nog varje offentlig institution som i dess beslutande verksamhet kan benämnas myndighet. En stor del av lagens bestämmelser berör dock uteslutande s.k. myndighetsutövning, och träffar därför inte handläggning och beslut i upphandlingsärenden. Lagen är dessutom subsidiär (*lex generalis*) i förhållande till mer detaljerade författningar (*lex specialis*), och spelar därför en mycket begränsad roll vid upphandlingsärenden. Reglerna om bl.a. serviceskyldighet och jäv är dock värda att uppmärksamma (se kap. 6.6 nedan).

Konkurrenslagen (1993:20) är tillämplig på upphandlingsförfarande som påtagligt snedvrider konkurrensen, men reglerna som bygger på EG-rätt har tillkommit med tanke på andra situationer än den vid offentlig upphandling, och utgör därför ett tämligen trubbigt instrument. En närmare analys av konkurrensrättens förhållande till upphandlingsreglerna ges i kap. 8, medan avtalsrättsliga frågor behandlas i kap. 7.

5.4 Lagen om offentlig upphandling

I och med Sveriges närmande till EG genom förhandlingarna om ett EES-avtal i början av 90-talet, ställdes nya och genomgripande krav på delar av vår rättsordning. Den nya konkurrenslagen var i det närmaste en kopia av EG:s konkurrensrätt med Romfördragets artikel 85 och 86 som förebild (EES-avtalets artikel 53 och 54). Genom EES-avtalet åtog sig Sverige också att införa regler som motsvarade EG:s direktiv för offentlig upphandling. UF:s reglering visade sig otillräcklig på en rad punkter, bl.a. utpekade direktiven en större skara upphandlande enheter, andra former för upphandlingsförfarandet, annonseringsplikt och möjligheter till överprövning och skadestånd. Arbetet med en EES-konform upphandlingslag nådde sin kulmen med proposition 1992/93:88. Resultatet blev lagen (1992:1528) om offentlig upphandling, LOU. Att implementera EG-direktiven genom en kortfattad ramlag bedömdes som olämpligt då bestämmelserna sågs som mycket detaljerade och svårtillgängliga. Dessutom påpekade lagrådet att RF 8 kap. 2 §, stadgar lagformen för denna typ av reglering. LOU blev en för svenska förhållande ovanligt omfattande och detaljerad lag, p.g.a. beslutet att sammanföra samtliga EG-direktiven i en enda författning. Innan lagen hann träda i kraft infördes ett nytt kapitel 6, om upphandling under tröskelvärdena.⁷ På detta vis reglerades nu all offentlig upphandling genom LOU, och UF och UR upphörde att gälla när LOU trädde i kraft den 1:a januari 1994.

1993 hade flera av de aktuella EG-direktiven reviderats, men de nya lydelseerna ingick ej i EES-avtalet. I anledning av Sveriges inträde i EU fick LOU därför ändras på en rad viktiga punkter, bl.a. vad avsåg tjänsteupphandling inom försörjningssektorerna.⁸ GPA, avtalet om statlig upphandling inom WTO, trädde i kraft 1:a januari 1996. Redan innan GPA-reglerna införlivats i EG-direktiven, valde Sverige att komplettera LOU med de speciella tröskelvärden som gäller för

⁷ Prop. 1993/94:78, SFS 1993:924, SFS 1993:1468.

⁸ Prop. 1993/94:227, SFS 1994:614, prop. 1994/95:153, SFS 1995:704.

upphandling inom WTO.⁹ I regeringens proposition 1996/97:153 föreslogs en lång rad justeringar och ändringar i syfte att göra lagens innehåll och lydelse mer trogen upphandlingsdirektiven. LOU utkom som en följd av detta i ett omtryck¹⁰ och denna senaste version började gälla den 1:a januari 1998.

Lagen har alltså justerats fortlöpande sedan den antogs och med nuvarande förändringstakt är nya ändringar att vänta inom en snar framtid. Den fortsatta framställningen tar därför sikte på övergripande principer, bärande procedurregler och de centrala rättsmedlen, snarare än att slaviskt redovisa lagen paragraf för paragraf. Hänvisningar till relevant lagrum sker dock där texten refererar till materiella bestämmelser i regelverket.

5.5 Översiktlig genomgång av LOU

LOU består av 164 paragrafer fördelade på sju kapitel. Lagens första kapitel har rubriken ”allmänna bestämmelser” och här återfinns bl.a. tillämpningsområdet, definitioner och sådana regler och principer som är gemensamma för all slags offentlig upphandling. Kapitel 2-5 innehåller de särskilda regler som gäller för upphandling över tröskelvärdena för de olika upphandlingskategorierna: varor (kap.2), entreprenader (kap.3, med hänvisning till lagens bilaga avdelning C), försörjning (kap.4) och tjänster (kap.5, med hänvisning till lagens bilaga avdelning A och B, för distinktion mellan ”A-tjänst” och ”B-tjänst”). Dessa fyra kapitel bygger på motsvarande procedurdirektiv. Kapitel 6 innehåller regler för upphandling som understiger tröskelvärdena (samt B-tjänster oavsett värde), där EG-direktiven således inte är direkt tillämpliga. I det avslutande 7:e kapitlet finns regler för bl.a. överprövning och skadestånd, vilka uppfyller målen för de båda rättsmedelsdirektiven.

5.6 Tillämpningsområdet

Reglerna i LOU riktar sig till vad som i lagen benämns ”upphandlande enheter”. Som sådana räknas myndigheter och beslutande församlingar under staten, kommun, landsting eller kyrka, samt bolag och andra associationsformer där det allmänna har huvudsakligt ägande eller inflytande och syftet med dessa är att täcka offentliga behov som inte är av industriell eller kommersiell art. För att lagens regler ska bli tillämpliga krävs dessutom att den upphandlande enheten inlett ett upphandlingsförfarande, d.v.s. har för avsikt att genom kontakter med marknaden sluta ett civilrättsligt bindande avtal om upphandling. För att LOU ska bli tillämplig krävs att upphandlingsförfarandet inte träffats i anledning av sådana internationella

⁹ Prop. 1995/96:165, SFS 1996:433.

¹⁰ SFS 1997:1068.

överenskommelser som räknas upp i 1 kap. 3 §. Upphandlingsavtalet kan avse köp, hyra, leasing, hyrköp etc. av vara, tjänst eller entreprenad, och ska manifesteras i skriftlig form, ett s.k. upphandlingskontrakt. Egenregiverksamhet och intraprenad kan inte upphandlas i LOU:s mening, då det krävs två separata rättssubjekt för ett bindande upphandlingsavtal. Konstruktioner med beställarenhet och utförandeenhet inom en offentlig organisation, medför inte någon avtalsrättslig relation, om de inte utgör fristående rättssubjekt. Det är en annan sak att egenregin tillåts lämna ”anbud” i konkurrens med marknadens anbudsgivare i ett pågående upphandlingsförfarande (se kap. 8.3 nedan). Är verksamheten däremot ordnad i separata juridiska personer med särredovisad budget, t.ex. en kommun med helägda kommunala bolag, blir LOU tillämplig vid transaktioner subjekten emellan. Statliga myndigheter kan utgöra upphandlande enheter men myndighetens status av juridisk person emanerar från staten, vilket innebär att civilrättsligt bindande avtal ej kan slutas mellan två myndigheter då de inte utgör självständiga rättssubjekt gentemot varandra (förutsatt att myndigheten inte är organiserad som bolag). LOU tillämpas således normalt inte vid köp mellan myndigheter.¹¹

5.7 Huvudregeln om affärsmässighet

I LOU 1 kap. 4 § återfinns lagens principiellt viktigaste bestämmelse. I något som kan liknas vid en generalklausul föreskrivs att all upphandling skall göras affärsmässigt, med utnyttjande av konkurrensen och i övrigt ske utan ovidkommande hänsyn. Kravet på affärsmässighet känns igen från UK och UF, men har ingen direkt motsvarighet i EG-direktiven. Den upphandlande enheten ska uppföra sig rationellt med tanke på den egna organisationens ekonomi. I propositionen¹² som ligger till grund för LOU påpekas att i begreppet affärsmässighet bl.a. ligger en möjlighet att använda det upphandlingsförfarande som medför lägst kostnader för enheten. Med affärsmässighet torde även avses att den upphandlande enheten följer ”god affärssed”, d.v.s. följer gängse bruk i branschen och avstår från olika former av otillbörliga beteenden. Att utnyttja de befintliga konkurrensmöjligheterna vid upphandling torde alltid vara affärsmässigt i sig. När potentiella leverantörer tävlar om upphandlingskontrakt, s.k. anbudskonkurrens, blir villkoren typiskt sett fördelaktiga för upphandlaren. En konkurrensutsatt och gränsöverskridande upphandlingsmarknad är ju också huvudmålet för EG-direktiven på området. Kravet på att inga ovidkommande hänsyn ska tas, medför objektivitet och rättvis behandling vid valet av leverantör. Romfördragets art. 6, som förbjuder diskriminering p.g.a. nationalitet, får här fullt genomslag. Leverantörerna ska behandlas lika och endast bedömas efter kriterier som är förenliga med LOU och EG-rätten. Med ”ovidkommande hänsyn” innefattas också situationer där den upphandlande enhetens anskaffning styrs av politiska hänsyn, t.ex. lokala sysselsättningsaspekter, snarare än företagsekonomiska. Lagens förarbete ger inte mycket ledning för hur begreppet affärsmässighet

¹¹ Se dock Hellner (1993) s.41 som menar att ”myndigheter kan ingå avtal med varandra för att utföra sina offentligrättsliga skyldigheter eller av annat skäl”. Enligt denna uppfattning skulle LOU tillämpas även på anskaffningsavtal mellan statliga myndigheter oavsett deras rättsliga status. Att LOU inte som regel är tillämplig mellan myndigheter bekräftas dock av Hellgren (1994) s.2:10.

¹² 1992/93:88 s.117 f.

ska tolkas och det har uppenbarligen lämnats åt rättstillämpningen att närmare bestämma vad som ska anses ingå i begreppet.

5.8 Upphandlingskategori och värdeberäkning

För att kunna tillämpa LOU på ett riktigt sätt är det viktigt att särskilja de olika upphandlingskategorierna och dessutom kunna avgöra huruvida en förestående upphandling värdemässigt kommer att befinna sig över eller under lagens tröskelvärden. Det bjuder normalt inga större problem att särskilja de fyra upphandlingskategorierna (varor, entreprenad, försörjning eller tjänst). Om en och samma upphandling har inslag av t.ex. både köp av vara och tjänst, ska den värdemässigt övervägande delen bestämma kategorin. Med entreprenad avses bygg- och anläggningsarbeten med alla ingående varu- och tjänsteinslag, och med försörjning avses varor, tjänster och entreprenader som ingår i upphandling på energi, vatten, transport och telekommunikationsområdet.

Vid beräkningen av upphandlingens värde ska varje avtals totala eller potentiella värde, exklusive mervärdesskatt, beaktas. Förlängnings- eller optionsklausuler ska behandlas som om de utnyttjats fullt ut. Finns självständiga enheter med egen inköpsorganisation inom en upphandlande enhet får tröskelvärdet beräknas inom ramen för sådan självständig enhets upphandling. En upphandling får inte delas upp i syfte att underskrida lagens tröskelvärden. Om enheten beräknat att upphandlingen kommer att hamna under tröskelvärdet, men det visar sig att prisnivån i anbudet ligger väsentligt över tröskelvärdet, bör upphandlingen göras om.¹³

5.9 Upphandlingsförfarande

LOU 2-5 kap. stadgar tre olika former av upphandlingsförfarande vid upphandling som överstiger tröskelvärdet för respektive upphandlingskategori. Öppen upphandling innebär att enheten genom en annons infortrar anbud. Alla leverantörer som visar intresse har rätt att få ta del av de fullständiga villkoren, det s.k. förfrågningsunderlaget, och utifrån detta utforma sina anbud. Inga som helst förhandlingar får förekomma mellan leverantören och den upphandlande enheten. Ett alternativt förfarande är s.k. selektiv upphandling. I en annons uppmanas leverantörer att anmäla sitt intresse för att delta i en förestående upphandling. När tiden för anbudsansökan gått ut väljer den upphandlande enheten ut de för upphandlingen lämpligaste leverantörerna i en s.k. prekvalificeringsomgång. Endast dessa utvalda anbudssökande, helst minst fem till antalet (LOU 1 kap. 7a §), får alltså delta i själva anbudstävlingen. Inte heller vid selektiv upphandling får förhandlingar föregå leverantörsbeslutet. Det tredje upphandlingsförfarandet, förhandlad

¹³ Se Linder (1996) s.110 och Löfving (1995) s.77 f.

upphandling, är vanligast på försörjningsområdet men kan i ett fåtal fall även användas vid övrig upphandling över tröskelvärdena (se LOU 2 kap.10-11 §§, 3 kap. 14-17 §§ och 5 kap. 16-19 §§). Leverantörerna väljs ut i en prekvalifikationsfas, precis som vid selektivt förfarande. Minst tre anbudssökande bör för konkurrensens skull få delta med anbud (LOU 2 kap. 11a §), och förhandlingar med en eller flera leverantörer inleds, som utmynnar i att en leverantör utses. Förhandlad upphandling kan i undantagsfall genomföras utan föregående annonsering, t.ex. om det p.g.a. ensamrätt endast finns en enda möjlig leverantör.

För upphandlingar som värdemässigt understiger de tröskelvärden som anges i LOU, står två olika förfarande till buds (LOU 6 kap. 2 §). I normalfallet ska s.k. förenklad upphandling tillämpas. Det motsvarar en förhandlad upphandling men den upphandlande enheten kan välja att infordra anbud genom tidningsannons eller skrivelse. Även leverantörer som inte anmodats att lämna anbud har rätt att på begäran få ta del av förfrågningsunderlaget och delta i upphandlingen. Förhandlingar får föras med en eller flera leverantörer innan enheten beslutar om vilket anbud som ska antas. Det andra förfarandet, s.k. direktupphandling, får endast ske om upphandlingens värde är lågt eller om synnerliga skäl föreligger, t.ex. ett brådskande behov som inte rimligen kunnat förutses. Något egentligt anbuds förfarande tillämpas inte i detta fall och annonsering blir inte heller aktuellt. Då upphandling under tröskelvärdena inte träffas av EG-direktiven finns det anledning att påpeka att huvudregeln om affärsmässighet gäller all upphandling, liksom de EG-rättsliga huvudprinciperna i Romfördraget. En upphandlande enhet kan alltså inte diskriminera utländska leverantörer bara för att upphandlingen understiger lagens tröskelvärden. Däremot föreligger inte samma krav på öppenhet, och annonsering är alltså inte obligatoriskt i denna situation.

5.10 Annonsering

Offentlig upphandling som överstiger tröskelvärdena ska annonseras i ett särskilt tillägg till Europeiska Gemenskapernas Tidning, EGT. Annonserna görs även tillgängliga i elektronisk form, genom publicering i databasen TED (Tender Electronics Daily). Tillägget till EGT utkommer dagligen och brukar innehålla över 300 annonser. Databasen är mer lätthanterlig och leverantörer kan söka direkt på egna branschens upphandlingsobjekt. Den upphandlande enheten kan välja ett av de 12 officiella EU-språken, t.ex. svenska, men en annons på engelska torde locka betydligt fler utländska anbudsgivare. För att underlätta för intresserade leverantörer ska hänvisningar till upphandlingsobjektet göras genom användande av en gemensam kod, CPV (Common Procurement Vocabulary), och tekniska kravspecifikationer ska om möjligt hänvisa till gemensam europeisk standard. Annonserna får maximalt uppta en sida i tillägget, främst p.g.a. utrymmesskäl.¹⁴ Förutom krav hänförliga till upphandlingsobjektet ska i annonsen framgå de krav som enheten avser ställa på leverantörens tekniska förmåga och kapacitet, samt finansiella ställning. Vid selektiv eller förhandlad upphandling ska prekvalifikationsfasens urvalsfaktorer anges i annonsen, gärna rangordnade efter vikt och det ska också framgå hur många leverantörer

¹⁴ Prop. 1996/97:153 s.57 nämner att en sida i EGT innehåller ca 650 ord. Se även LOU 1 kap. 9 §.

som enheten avser bjuda in att lämna anbud. När en upphandling enl. 2-5 kap. avslutats ska den upphandlande enheten redovisa resultatet inom 48 dagar i en efterhandsannons. Dessutom ska större planerade upphandlingar under enhetens budgetår, i förväg meddelas i en förhandsannons. Annonserna får inte publiceras i andra medier före avsändandet till EGT och får vid sådan övrig annonsering inte innehålla information som avviker från EGT-annonsen. Reglerna om annonsering i LOU 1 kap. 7-11 §§, 2 kap. 6-7a §§, 3 kap. 9-11 §§, 4 kap. 14-15a §§ samt 5 kap. 11-13 §§, har till syfte att skapa en öppen upphandlingsmarknad där alla leverantörer har tillgång till samma information och i större utsträckning ska kunna lämna anbud utanför hemmamarknaden. Annonserna läses även av leverantörer utanför EU, t.ex. japanska eller amerikanska företag som är intresserade av upphandlingsmarknaden i Europa.

5.11 Krav på leverantören

Den upphandlande enheten har rätt att ställa vissa grundläggande krav för att om möjligt utesluta olämpliga eller oseriösa leverantörer. Förutom krav på teknisk förmåga och ekonomisk ställning, kan enheten kräva att leverantören inte är föremål för näringsförbud, konkurs, eller dömts för brott i yrkesutövningen eller misslyckats att fullgöra åläggande vad gäller skatt och sociala avgifter. Leverantör som inte lever upp till kraven får, men behöver inte nödvändigtvis uteslutas från upphandlingen (LOU 1 kap. 17 §). Detta innebär alltså att en prövning av anbudsgivaren föregår prövningen av själva anbudet. Leverantörskraven ska medföra att den upphandlande enheten kan undvika riskmoment vad gäller affärspartner, men är samtidigt ett led i kampen mot ekonomisk brottslighet.¹⁵ Kraven på leverantören får inte ställas oproportionerligt högt och får naturligtvis aldrig användas som argument att förkasta själva anbudet. Vid upphandling som understiger tröskelvärdena ska den upphandlande enheten kontrollera att leverantören är registrerad vad gäller näringsverksamheten och skatteredovisning, samt att leverantören är fri från skuld avseende skatt och socialavgift. Den upphandlande enheten får alltså inte göra affärer med en leverantör som brister i dessa avseende om upphandlingsvärdet understiger tröskelvärdet (LOU 6 kap. 9 §). Oavsett värde ska enheten i annonsen meddela på vilket sätt som leverantören kan styrka att denne lever upp till de ställda kraven (LOU 1 kap. 18 §).

5.12 Prövning av anbud

Den upphandlande enhetens krav på själva upphandlingsobjektet, den s.k. kravspecifikationen, ska återfinnas i förfrågningsunderlaget. Här ska också de administrativa bestämmelser och kommersiella villkor som gäller för upphandlingen framgå. Underlaget är alltså mer detaljerat än annonsen och tjänar som underlag när leverantören utformar sitt anbud. Då förhandlingar i

¹⁵ RRV 1996:74 Effektivare kontroll vid offentlig upphandling.

normalfallet inte är tillåtna vid större upphandlingar, är det mycket viktigt att förfrågningsunderlaget innehåller all nödvändig information och att den upphandlande enheten vid prövningen inte avviker från uppgivna utvärderingskriterier. Antagande av anbud ska baseras antingen på lägsta pris eller genom en avvägning där det ekonomiskt sett mest fördelaktiga anbudet vinner (LOU 1 kap. 22 §). Om lägsta pris angivits som utvärderingskriterium får inga andra hänsyn beaktas, så länge som anbudet är förenligt med förfrågningsunderlaget. Det vanligaste är dock att enheten angivit att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ska antas. Samtliga i denna avvägning ingående kriterier måste då framgå i förfrågningsunderlaget. Det kan gälla förutom priset, även kvalitet, garantivillkor, serviceåtagande m.m. Kriterierna ska avse den vara eller tjänst som är aktuell i upphandlingen och om möjligt rangordnas efter den vikt som enheten lägger vid dem, men de kan också anges utan inbördes ordning vilket ger större spelrum vid utvärderingen.

Varken kravspecifikation eller utvärderingskriterier får innebära att viss leverantör diskrimineras, direkt eller indirekt p.g.a. sin nationalitet. Kraven får inte heller vara onödigt långtgående eller i övrigt oproportionerligt detaljerade. I förarbetena till LOU¹⁶, uppmanas den offentliga upphandlaren att ställa miljökrav vid upphandlingen. Lagstiftaren betonar vikten av att använda den offentliga upphandlingen som ett instrument för ökad miljöanpassning av produkter m.m. I praktiken blir det dock ofta svårt för enheten att på ett objektivt sätt ekonomiskt utvärdera en miljöegenskap och det kan då lätt brista i objektivitet och affärsmässighet när miljöhänsyn används som utvärderingskriterium.

De utvärderingskriterier som anges i förfrågningsunderlaget får inte ändras eller tas bort under upphandlingens gång. Den upphandlande enheten får inte heller använda några andra kriterier än de som uppgivits vid utvärderingen av inkomna anbud. Om enheten inte respekterar dessa grundläggande regler kommer upphandlingen att brista i affärsmässighet då leverantörerna inte behandlas lika och premisserna inte framgår öppet. Skulle det visa sig ofrånkomligt att ytterligare hänsyn måste tas, eller att kriterierna i sak måste ändras, så får hela upphandlingen göras om. Mindre fel, t.ex. stavfel och uppenbara räknefel, får dock rättas till utan att upphandlingen görs om, förutsatt att rättelsen görs tillgänglig för samtliga leverantörer inom särskilt i lagen angivna tidsfrister (se kap. 5.13 nedan).

Anbud som inte uppfyller de objektrelaterade, administrativa eller kommersiella kraven, får förkastas. Innehåller anbudet avtalsvillkor som strider mot förfrågningsunderlaget får det förkastas. Anbud som har orimligt lågt pris får förkastas om leverantören ej efter förfrågan kunnat lämna en rimlig förklaring till det låga priset. Endast förklaring som kan godtas på objektiva grunder får tas hänsyn till, t.ex. tekniska lösningar (LOU 1 kap. 23 §). Om enheten väljer ett dyrare anbud trots att lägsta pris angivits som urvalskriterium, ska en förklaring insändas till Kommissionen. Anbud som inkommer efter anbudstidens utgång eller inte uppfyller kravet på skriftlighet ska överhuvud taget inte prövas av enheten.

¹⁶ Se särskilt prop. 1992/93:88 s.129, men även prop. 1996/97:50 och SOU 1996:23.

5.13 Tidsfrister

EG-direktiven och LOU 2-5 kap. anger bestämda tidsfrister av minimikaraktär som den upphandlande enheten ska respektera vid olika förfaranden över tröskelvärdena. Anbudstiden är 52 dagar vid öppen upphandling och tiden börjar löpa från dagen för insändande av annons till EGT. För selektiv upphandling är anbudstiden 40 dagar och tiden börjar löpa från dagen för avsändande av den särskilda inbjudan. För selektiv och förhandlad upphandling, som inleds med annonsering efter anbudssökanden, är tidsfristen 37 dagar för ansökan efter det att annonsen avsänts. Tidsfristerna får ur leverantörssynpunkt betraktas som knappa, speciellt då EGT kan ta upp till 12 dagar för att publicera annonsen. Leverantörens behov av att utvärdera affären och utforma sitt anbud, ska dock vägas mot upphandlarens behov av att i skäligen tid få sluta avtal. På området för försörjningssektorerna är tidsfristerna mer flexibla vad gäller selektiv och förhandlad upphandling (se kap. 5.16 nedan).

Är upphandlingen brådskande, och detta inte beror på den upphandlande enheten, kan ett påskyndat förfarande användas vid selektiv upphandling. Tidsfristen för anbudsansökan är då 15 dagar efter avsändandet av annonsen och själva anbudstiden är 10 dagar efter utskicket av inbjudan. Även vid förhandlad upphandling kan tiden för anbudsansökan förkortas till 15 dagar. Själva anbudstiden vid förhandlad upphandling är inte reglerad. Det ligger i det förhandlande förfarandets natur att den upphandlande enheten själv väljer tidsfrist för de slutliga anbuden, som dock inte får vara oskäligt kort med hänsyn till förutsättningarna i det enskilda fallet.

De upphandlande enheter som förhandsannonserat större upphandlingar premieras genom kortare anbudstider. För öppen upphandling gäller då 37 dagar och för selektiv upphandling 26 dagars anbudstid. Enheten har maximalt 6 dagar på sig att efter begäran skicka ut förfrågningsunderlaget till intresserad leverantör. Rättelser och förtydligande av underlaget ska lämnas till berörda leverantörer senast 6 dagar före anbudstidens utgång. Används påskyndat förfarande är tidsfristen istället 4 dagar för sådana ytterligare upplysningar. De olika tidsfristerna finns angivna dels under rubriken ”tidsfrister” i LOU 2-5 kap, dels under rubriken ”annonsering” i LOU 1-5 kap. För upphandling under tröskelvärdena finns inga tidsfrister stadgade (se kap 5.18).

5.14 Upphandling av varor

För upphandling som värdemässigt överstiger de i lagen angivna tröskelvärdena gäller förutom de allmänna bestämmelserna i 1:a kapitlet, också särskilda bestämmelser som återfinns i kap. 2-5. Sådana större upphandlingar har uppdelats i kategorier beroende på upphandlingsobjektets karaktär. Med upphandlingsvärde avses antingen det faktiska totala värdet, eller det potentiella totala värdet i fall att upphandlingsavtalet inte till omfattningen är fullständigt preciserat. För avtal med obestämd löptid multipliceras månadsvärdet med 48, och förlängningsklausuler ska betraktas som fullt utnyttjade vid värdeberäkningen (se LOU 2 kap. 3 §, 4 kap. 9 § och 5 kap. 7 §).

För att LOU:s 2:a kapitel ska bli tillämpligt gäller alltså att upphandlingen huvudsakligen avser varor och att det beräknade värdet överstiger lagens tröskelvärde om 200 000 ECU. För statliga myndigheter gäller ett tröskelvärde på 130 000 SDR, p.g.a. Sveriges åtagande gentemot WTO.¹⁷ Motsvarande avrundade belopp i svenska kronor anges i en tröskelvärdesförordning, som ändras vartannat år.¹⁸ En ECU motsvarar för närvarande 8,64 kr och en SDR motsvarar 8,90 kr, vilket innebär ett tröskelvärde på 1 728 000 kr för att 2:a kapitlet ska bli tillämpligt (1 157 000 för statliga myndigheter).

LOU 2 kap. bygger på dir. 93/36. Inte bara köp, utan också leasing, hyra och hyrköp räknas som upphandling i lagens mening. Samtidig upphandling av varor som är ”av samma typ” (LOU 2 kap. 5 §), ska vid värdeberäkningen anses som en enda upphandling. Även om varorna faktiskt upphandlas genom separata avtal ska 2:a kapitlet tillämpas om det sammanlagda värdet överstiger tröskelvärdet. Detta beror på att det inte ska vara möjligt att dela upp upphandlingen i syfte att slippa tillämpa 2:a kapitlet. Förhandsannonsering ska ske om upphandlingens värde överstiger 750 000 ECU (LOU 2 kap. 6 §). Den upphandlande enheten ska använda sig av öppen eller selektiv upphandling (LOU 2 kap. 8 §). Om inga anbud lämnats som motsvarar enhetens krav, kan upphandlingen övergå till förhandlat förfarande. Sådan övergång kan ske utan föregående annonsering om de ursprungliga villkoren inte ändras och en rapport insänds till Kommissionen. Andra skäl till att använda förhandlad upphandling vid varubehov, kan vara att endast en leverantör finns, att varorna framställts utan vinstsyfte för forskning, utveckling etc, att varorna ingår i en tilläggsleverans där leverantörsbyte leder till oskäligen svårigheter, eller att synnerlig brådska utom upphandlarens kontroll föreligger (LOU 2 kap. 10-11 §§).

5.15 Upphandling av entreprenad

Procedurreglerna för entreprenadupphandling i LOU:s 3:e kapitel motsvarar regleringen i dir. 93/37. Med entreprenad avses större bygg- och anläggningsarbeten som uppförs på uppdrag av den upphandlande enheten och som fyller en självständig funktion. Som entreprenad räknas även projektering och utförande av sådana arbeten som räknas upp i lagens bilaga avdelning C, t.ex. rivningsarbeten, installationer och byggnadskompletteringar. En variant av entreprenad som också täcks av LOU är koncession, d.v.s. där någon del av ersättningen för arbetet utgår iform av en rättighet att utnyttja eller avgiftsbelägga det uppförda (LOU 3 kap. 6-8 §§). Leverantören kan stå för hela arbetet i s.k. totalentreprenad, eller i sin tur anlita underleverantörer i delentreprenad. Vid stora arbeten kan ett flertal leverantörer gå ihop, i en för ändamålet skapad juridisk person, s.k. konsortium (se kap. 6.4 nedan, angående sådan samverkans tillåtlighet enl. konkurrensrätten). Tröskelvärdet för att 3:e kapitlet ska bli tillämpligt ligger på 5 000 000 ECU. Enligt lagtexten gäller 5 000 000 SDR, om detta belopp är lägre, men tröskelvärdesförordningen gör ingen skillnad i detta avseende, och i dir. 93/37 är GPA-bestämmelserna överhuvudtaget ej medtagna.

¹⁷ Prop. 1995/96:165.

¹⁸ SFS 1998:59. Förordning om ändring i förordningen 1996:581 om tröskelvärden enligt lagen (1992:1528) om offentlig upphandling. Den nya tröskelvärdesförordningen trädde i kraft den 1:a april 1998.

Tröskelvärden angivna i SDR är alltså enbart intressant på varuområdet och man kan bortse från lagtexten vad gäller SDR i kap. 3-5. Större delentreprenader ska inräknas i huvudentreprenadvärdet vid tröskelvärdesberäkning (LOU 3 kap. 2 §). Även material och utrustning som tillförs av den upphandlande enheten ska som huvudregel medräknas (LOU 3 kap. 4 §). Upphandlingen får inte delas upp i syfte att underskrida tröskelvärdet, men det finns i praktiken stora möjligheter just på entreprenadområdet att upphandla varje delentreprenad separat. Om detta sker med huvudsakligt syfte att underskrida tröskelvärdet föreligger alltså ett brott mot LOU. Angående upphandlingsförfarande, annonseringsskyldighet och tidsfrister gäller i stort sett samma regler som för varuupphandling. Entreprenad inom försörjningssektorerna regleras enl. LOU 4 kap (se kap. 5.16 nedan). Då entreprenader ofta föregås av omfattande planering och innefattar stora värden ska den upphandlande enheten i princip förhandsannonsera all entreprenad som överstiger tröskelvärdet (LOU 3 kap. 9 §).

5.16 Upphandling inom försörjningssektorerna

Upphandling inom de s.k. försörjningssektorerna regleras i LOU 4:e kapitlet, som bygger på dir. 93/38. Upphandlingen kan avse såväl varor, tjänster som entreprenader, under förutsättning att den sker inom området för energi, vatten, transport eller telekommunikation. Verksamheten kan avse driften av fasta nät för distributionen av dricksvatten, el, gas eller värme till allmänheten. Det kan också röra sig om att tillhandahålla transporter med buss, järnväg, spårväg etc, eller avse ett allmänt telekommunikationsnät. För att 4:e kapitlet ska bli tillämpligt krävs att upphandlingsvärdet överstiger 400 000 ECU när det gäller varor och tjänster (600 000 ECU för telekommunikation), samt 5 000 000 ECU när det gäller entreprenad. Den upphandlande enheten kan välja öppen, selektiv eller förhandlad upphandling. Upphandlingen ska annonseras i vanlig ordning men lagen räknar upp inte mindre än 11 fall där annonsering kan undlåtas (LOU 4 kap. 16 §), bl.a. vid köp från råvarumarknad eller då tillfälle bjuds att göra förmånliga inköp p.g.a. tillfälliga erbjudanden. Förhandsannonsering ska ske enligt de värdegränser som gäller för objektet enligt LOU:s regler för varor, entreprenader och tjänster. Kretsen av upphandlande enheter är på försörjningsområdet utvidgad till att också omfatta privata bolag som i allmänhetens tjänst erhållit särskilt tillstånd (4 kap. 1 §, 2st, 2p). Upphandlande enheter inom försörjningssektorerna har möjlighet att kräva att leverantörer ska finnas på en särskilt upprättad kvalificeringslista innan de kan lämna anbud. Dessa listor annonseras i EGT, med uppgift om hur intresserade leverantörer ska gå till väga för att medtas på listan. Leverantörer som avförs från listan ska underrättas om skälen för detta (LOU 4 kap. 23-25 §§). Tidsfristerna vid selektiv och förhandlad upphandling är längre och mer flexibla enligt LOU 4:e kapitlet, än vad som är fallet vid de övriga upphandlingskategorierna. Tiden för anbudsansökan bör överstiga fem veckor efter insändandet av annonsen och får inte vara kortare än tio dagar efter annonsens publicering i EGT (se LOU 4 kap. 18 §).

5.17 Upphandling av tjänster

För tjänsteupphandling gäller samma tröskelvärden som för upphandling av varor, men om den upphandlande enheten tillhandahåller material och utrustning som är nödvändiga för tjänstens utförande, ska värdet av denna utrustning inberäknas i kontraktsvärdet (LOU 5 kap. 9 §). En lång rad tjänster har undantagits från 5:e kapitlets tillämpning. Med förebild i dir. 92/50 har tjänsterna delats upp i två klasser. Det är endast "A-tjänster" överstigande tröskelvärdet som träffas av regleringen i 5:e kapitlet. Övriga s.k. "B-tjänster" ska istället oavsett värde behandlas som om de understiger tröskelvärdet, och träffas således av LOU 6 kap. I en bilaga efter själva lagtexten, benämnd "avdelning A", räknas A-tjänsterna upp. Här märks bl.a. land- och flygtransport, reparationer, redovisning, reklam, datatjänster och konsulttjänster. I avdelning B ges exempel på B-tjänster och här märks bl.a. sjö- och rältransport, utbildning, sjukvård och juridiska tjänster. Vad gäller upphandlingsförfarande, annonseringsskyldighet och tidsfrister gäller samma regler som för varuupphandling.

Det är vanligt att framför allt arkitekttjänster upphandlas genom en formgivningstävling. Denna kan avse tjänster som räknas upp i bilagans avdelning A p.12. En jury ska avgöra tävlingen enligt premisser som tydligt måste ha framgått för leverantörerna, t.ex. i annonsen. Reglerna i LOU 1 kap. 19-25 §§ ska inte tillämpas på formgivningstävlingen, vilket bl.a. innebär att den upphandlande enheten kan använda sig av utvärderingskriterier som inte är relaterade till pris eller totalekonomi (jämför med LOU 1 kap. 22 §).

5.18 Upphandling under tröskelvärdena

LOU:s 6:e kapitel är tillämpligt på alla kategorier av upphandling som understiger de tröskelvärden som anges i 2-5 kap. Dessutom ska 6:e kapitlet tillämpas på B-tjänster oavsett värde och på viss upphandling av försvarsprodukter, försvarstjänster och upphandlingsobjekt som omfattas av sekretess med hänsyn till rikets säkerhet.

Reglerna om upphandling under tröskelvärdena motsvaras inte av något EG-direktiv och är således inte ett resultat av implementerad sekundärrätt. Reglerna bygger istället på principer som känns igen från UK:s och UF:s dagar. Att upphandlingar med lägre värden regleras nationellt förklaras bl.a. av EG-rättens principer om proportionalitet, subsidiaritet och närhet som ger medlemsländerna lagstiftningskompetens där det gemenskapsrättsliga intresset inte är lika starkt. Den kategori av upphandling som regleras i LOU 6:e kap. är inte lika intressant ur integrationssynpunkt och är därför främst en nationell angelägenhet. Medlemslandet får dock inte genomdriva en reglering som motverkar Romfördragets syften och mål, enligt principen om fördragskonformitet (se särskilt RF art 5, 3b och 3c). En intressant aspekt i sammanhanget är EG-rättens betydelse för tolkningen av 6:e kapitlet. Gemenskapsdomstolen tolkar som bekant endast EG-rätt, men då LOU 6:e kap. hänvisar till procedurregler och rättsmedel i de övriga

direktivbaserade kapitlen är det möjligt för Gemenskapsdomstolen att t.ex. i ett förhandsbesked enligt RF art. 177, ge anvisningar om hur LOU 6:e kap. ska tolkas och tillämpas.¹⁹ Domstolens tolkning ska då följas av svenska domstolar men lagstiftaren har fortfarande kompetens att ändra lagen och kan således neutralisera den indirekta verkan som EG-rätten kan få i detta fall.

Förfarandereglererna i 6:e kapitlet är inte lika detaljerade som de i 2-5 kap. Det finns t.ex. inget krav på annonsering eller några fastställda tidsfrister för anbuden. Om B-tjänst överskrider tröskelvärdet enl. 5:e kapitlet, ska dock enheten rapportera den avslutade upphandlingen till Byrån för EG:s officiella publikationer (LOU 6 kap. 16 §). Huvudregeln om affärsmässighet i LOU 1 kap. 4 §, är oförminskat gällande vid denna kategori av upphandlingar, och den upphandlande enheten ska om möjligt utnyttja konkurrensen, ge leverantören skäligen anbudstid och i övrigt undvika särbehandling och ovidkommande hänsyn. Som huvudregel ska förfarandet ”förenklad upphandling” användas (LOU 1 kap. 5 § och 6 kap. 2 §). Detta motsvarar en förhandlad upphandling men istället för annonsering i EGT ska enheten tillkännage upphandlingen på det sätt som bedöms som lämpligt i det enskilda fallet, t.ex. genom en annons i dagspressen, branschtidning eller genom en direktadresserad skrivelse. Alla leverantörer som så begär har rätt att delta i upphandlingen och som för all upphandling i anbudskonkurrens ska underlag, anbud och avtal ha skriftlig form. För värdemässigt mycket små upphandlingar, eller om behoven är oväntat brådskande, kan direktupphandling genomföras. Denna form av upphandling innehåller inget anbuds förfarande i konkurrens. Den upphandlande enheten vänder sig helt enkelt till lämplig leverantör och sluter avtal direkt. Även vid direktupphandling ska huvudregeln om affärsmässighet respekteras, men av naturliga skäl kan kraven i vissa avseenden inte ställas lika högt. Att utnyttja befintlig konkurrens vid direktupphandling torde t.ex. innebära att den upphandlande enheten inte godtyckligt väljer leverantör utan att först ha undersökt det lokala utbudet och jämfört priserna, så att det billigaste alternativet kan väljas. Den värdemässiga gränsen för direktupphandling beslutas av enheten själv och det är vanligt att gränsen går vid 1-2 basbelopp. Vid upphandling enligt 6:e kapitlet är den upphandlande enheten förpliktad att kontrollera leverantören i vissa avseenden. Leverantören ska i tillämpliga fall vara registrerad i aktiebolags-, handels- eller föreningsregistret och också registrerad för redovisning av mervärdesskatt, A-skatt och arbetsgivaravgift, samt fri från skatte- eller socialavgiftsskuld. Denna obligatoriska kontroll är ett led i statens kamp mot den ekonomiska brottsligheten. Den upphandlande enheten bör dessutom kontrollera att leverantören agerar genom en ställföreträdare som är behörig att träffa avtal för den anbudsgivande juridisk personsens räkning.

5.19 Överprövning och skadestånd

¹⁹ Att GD är behörig att tolka nationell rätt som på frivillig väg baserats på EG-rätt slogs fast i ett förhandsbesked från den 17:e juli 1997 i målet ”Leur-Bloem” (C-28/95). Detta var första gången GD tolkade nationell lag som befann sig utanför EG-rättens direkta tillämpningsområde, i detta fall en holländsk lagregel om beskattning vid ombildning av bolag. LOU:s 6:e kap är exempel på nationell reglering som inte är resultat av implementerad EG-rätt, och där EG-rätten inte heller är direkt tillämplig, men där GD i enlighet med det anförda mycket väl kan uttala sig om tolkning och tillämpning.

Före LOU:s ikraftträdande saknades möjligheter att överklaga ett statligt upphandlingsbeslut. Kommunala upphandlingar kunde endast angripas med stöd av kommunallagens regler om laglighetsprövning. I LOU:s 7:e kapitel finns nu rättsmedel som med marginal uppfyller kraven i rättsmedelsdirektiven 89/665 och 92/13. Kommunalbesvär har avskaffats i upphandlingsärende och kretsen av taleberättigade har anpassats till behovet av tillgång till rättsmedel.²⁰ 7:e kapitlet är tillämpligt på all upphandling oavsett värde. Under en pågående upphandling kan en leverantör som anser att den upphandlande enheten brutit mot LOU:s principer och procedurregler, begära överprövning. Talan ska väckas i förvaltningsdomstol, d.v.s. vid den länsrätt i vars domkrets den upphandlande enheten är belägen. Leverantören behöver inte ha deltagit i den aktuella upphandlingen, men måste visa att han lidit skada, eller kan komma att lida skada, p.g.a. att enheten åsidosatt regelverket (LOU 7 kap. 1 §). Om länsrätten finner fog för talan kan den besluta att upphandlingen ska göras om, att upphandlingen får fortsätta först efter det att rättelse gjorts eller att upphandlingen omedelbart avbryts interimistiskt i avvaktan på ytterligare beslut (LOU 7 kap. 2 §). När det gäller interimistiskt avbrott, ska LR göra en avvägning så att beslutet inte i själva verket orsakar skada för den upphandlande enheten, som överstiger den potentiella skadan för klagande leverantör. Ett beslut om interimistiskt avbrott i upphandlingen ska alltså inte medföra ett oproportionerligt ingripande i upphandlingen, då saken ju ännu inte är rättsligt prövad. För upphandling inom försörjningssektorerna finns en möjlighet till vitessanktion vid äventyr av fortsatt upphandling trots LR:s beslut att avbryta upphandlingen. För att motverka att leverantörer lider onödigt skada i anledning av felaktig tillämpning av LOU, är det viktigt att LR snabbt kan ingripa och begränsa skadan. Överprövningsärenden har därför förtur vid LR och är dessutom kostnadsfria.

Om upphandlingen redan är avslutad och leverantörsavtal har träffats, kan en förvaltningsdomstol i princip inte angripa avtalet.²¹ Det är alltså för sent att begära överprövning av upphandlingen om avtal redan träffats. Civilrättsligt bindande avtal tillhör de allmänna domstolarnas kompetensområde. Att ett avtal slutits i strid mot förvaltningsrättsliga förhållningsregler utgör normalt ingen ogiltighetsgrund som kan åberopas av tredje man enligt svensk civilrättslig reglering. Den förfördelade leverantören får finna sig i att avtalet består, och kan istället använda sig av LOU:s skadeståndsregler. Talan om skadestånd ska väckas inom ett år från dagen för leverantörsavtalet och ställas till tingsrätten. Den upphandlande enheten kan bli ersättningsskyldig till positiva kontraktsintresset om leverantören lyckas visa att enheten brutit mot LOU och att detta inneburit skada för leverantören²² (LOU 7 kap. 6 §). Skadan ska ha adekvat kausalitet med enhetens regelvidriga förfarande vilket innebär att leverantören måste visa att just han hade erhållit avtalet om reglerna följts, samt kunna styrka att den lidna skadan är ett resultat av det uteblivna kontraktet.²³ Med positiva kontraktsintresset avses den vinst som avtalet

²⁰ Prop. 1992/93:88 s.106. Lövving (1995) menar dock att kommunalbesvär kan aktualiseras i anledning av kommunal upphandling om påtagliga formfel, t.ex. jäv, förelegat vid beslutet (se s. 60). Denna uppfattning torde stå i strid mot såväl lagens ordalydelse som intentionerna i förarbetena.

²¹ Se bl.a. artikel av E. Ericsson (1994) s.421.

²² Lagtexten nämner "...ersätta därigenom uppkommen skada..." i 6 §, vilket enligt Linder (1996) ska förstås som ersättning motsvarande det positiva kontraktsintresset. I prop. 1992/93:88 s.103 framgår att det först var tänkt att skadeståndet enl. 6 § skulle avse negativa kontraktsintresset (se Ds 1992:4), men bl.a. ett remissvar från Stockholms universitet fick departementschefen på andra tankar, och det ansågs främja lagstiftningens effektivitet om det positiva kontraktsintresset istället stod på spel.

²³ Se Linder (1996) s.77 f, Lövving (1995) s.60 och Hellgren (1994) s.3:3.

skulle ha medfört om det rätteligen tilldelats leverantören, vilket ofta kan röra sig om mycket stora belopp. Beviskraven är högt ställda för leverantören. Då LOU:s definition av leverantör också innefattar varje potentiell anbudsgivare, kan leverantörer som inte deltagit just i den aktuella upphandlingen komma med skadeståndskrav. Det torde dock i praktiken vara närmast omöjligt för dem att precisera den lidna skadan, då något anbud ju inte existerar som kan ge fingervisning om den förväntade vinsten i anledning av avtalet. Att enbart peka på att enheten brutit mot LOU är alltså inte tillräckligt för framgång i skadeståndstalan. Inom försörjningssektorn finns möjlighet till ersättning motsvarande det negativa kontraktsintresset för leverantörer som faktiskt deltagit i upphandlingen²⁴ (LOU 7 kap. 7 §). Kretsen taleberättigade är alltså snävare men beviskraven är i gengäld lägre. Det krävs enbart att enhetens åsidosättande av LOU har inverkat menligt på anbudsgivarens möjlighet att erhålla kontraktet. Med negativa kontraktsintresset avses i dessa situationer att försätta part i samma situation som om han aldrig hade deltagit med anbud i upphandlingen, d.v.s. ersättning motsvarande de kostnader som anbudsgivaren haft för att utvärdera underlag, förbereda anbud och delta i upphandlingen.²⁵

Att ersättning som huvudregel enl. LOU utgår med positiva kontraktsintresset, är ovanligt i utomobligatoriska förhållanden och har också kritiserats i doktrinen.²⁶ EG-direktiven ställer inga motsvarande krav. Det allmännas skadeståndsansvar enligt skadeståndslagen (1972:207) 3 kap. 2 § omfattar dock ren förmögenhetsskada även om skadan inte vållats genom brottslig gärning.²⁷ Skadeståndslagens karaktär av *lex generalis* innebär att LOU reglerar skadeståndsprågan vid offentlig upphandling men att det allmänna i princip kan vidkännas ett strängt skadeståndsansvar i utomobligatoriska förhållanden, ger ett visst stöd för det positiva kontraktsintresset som ersättningsgrund i upphandlingsmål. Det är värt att notera att utdömt skadestånd betalas av den upphandlande enheten, som ju då i princip får betala dubbelt för upphandlingen. I slutändan är det skattebetalarna som står för notan. Något personligt ansvar för de inblandade tjänstemännen lär inte bli aktuellt.²⁸ Skadeståndet brandskattar enhetens budget och resultatet kan bli

²⁴ Med leverantör i LOU:s mening avses både faktiska och potentiella leverantörer vid en viss upphandling. I LOU 7 kap. 6 § utpekas "leverantör" som skadeståndsberättigad, medan 7 kap. 7 § istället talar om "anbudsgivare eller anbudssökande", vilket markerar att icke-deltagande potentiella avtalsparter, inte kan föra talan enligt paragrafen.

²⁵ Det är inte helt oproblematiskt att referera till negativa kontraktsintresset när, som här är fallet, inget avtal existerat mellan parterna. Att försätta part i samma ekonomiska tillstånd som om avtal aldrig träffats torde ju också innefatta ersättning för skada p.g.a. uteblivna affärer med tredje man (jämför med s.k. indirekt skada i KöpL 67 §). I prop. 1992/93:88 s.103 f nämns enbart såsom negativa kontraktsintresset utgift för att förbereda och delta i upphandling. Se definitionen av negativa kontraktsintresset i Adlercreutz (1995) s.103 och 215 och Hellgren (1994) s.3:4.

²⁶ Se bl.a. Ulf Palm i Svensk Juristtidning (1996) s 645 ff och Jan Hellner (1995) s.466 ff. Enligt Palm är det mer i överensstämmelse med svensk rättstradition att begränsa denna typ av 994:95 skadestånd till det negativa kontraktsintresset, närmast som en utomobligatorisk skyldighet att utge ersättning p.g.a. culpa in contrahendo. Palm hävdar dessutom att skadeståndstalan vid upphandlingar under tröskelvärdena inte är möjlig i något annat EU-land än Sverige. Det torde i princip vara möjligt för den skadeståndsyrkande parten att kräva ersättning för det negativa kontraktsintresset vid en tillämpning av 7 kap. 6§. Varken lagtexten eller det tillämpliga direktivet (dir. 92/13) hindrar detta och sådan skada är som regel lätt att styrka för leverantören. Käranden torde dock inte med framgång kunna yrka på positiva kontraktsintresset och i detta även inberäkna utgifter för deltagande och förberedande i upphandlingen. Det negativa intresset utgör alltså inte del av det positiva.

²⁷ Bengtsson (1996) s.28.

²⁸ BrB 20 kap. om tjänstefel berör handlingar inom ramen för *myndighetsutövning*. BrB 10 kap. 5 § om tromlöshet mot huvudman kräver både uppsåt och *skada för huvudmannen*. Straffrättsligt ansvar torde alltså i de flesta fall vara uteslutet och LOU stadgar inget personligt skadeståndsansvar för personal med inköpsansvar. Skadeståndslagen 4 kap. 1 § är svår att åberopa då det krävs synnerliga skäl för arbetstagares skadeståndsansvar.

personalnedskärningar. Man kan med fog fråga sig om skadeståndshotet har en effektiv preventiv verkan och påverkar incitamenten på enheten att följa LOU i större grad. Möjligheten till skadestånd är dock den enda vägen till upprättelse för förfördelade leverantörer efter avtalsslut, så som LOU är utformad i nuläget. Rättsmedelsdirektiven ger dock en leverantör möjligheten att vända sig direkt till Kommissionen med klagomål, något som i praktiken sällan utnyttjas.

6 Upphandling i praktiken

6.1 Tillämpningen av LOU

LOU är, som framgått, ett detaljerat och i många avseenden tekniskt komplicerat regelverk. För att tillämpningen av LOU verkligen ska leda till effektivitetsökningar bör den upphandlande enheten därför besitta ett tillräckligt mått av teoretisk kunskap och praktisk erfarenhet. För att exempelvis förstå huvudregeln om affärsmässighet bör de upphandlingsansvariga ha grundläggande förståelse för de gemenskapsrättsliga principerna, ha marknadskännedom och dessutom vara insatt i praxisbildningen på området. En undersökning genomförd 1997²⁹ avslöjar att hälften av de upphandlande enheterna inte följer LOU fullt ut, vilket till största delen förklaras av bristande kompetens.

Först och främst ska den offentliga aktören avgöra om LOU överhuvudtaget är tillämplig när man avser täcka ett behov. I princip alla transaktioner som kan utmynna i onerösa civilrättsliga avtal och där det allmänna är mottagare, räknas som upphandling i LOU:s mening. Om transaktionen inte faller in under upphandlingsdefinitionen ska LOU inte tillämpas, vilket t.ex. innebär att produktion i egenregi är befriat från kravet på affärsmässighet. En myndighet kan ombesörja sina behov antingen genom upphandling från marknaden eller genom att internt organisera produktionen (se kap. 8.4). Exempelvis kan ett lokalvårdsbehov lösas genom att anlita en städfirma eller genom att inrätta en städavdelning och anställa ett antal städerskor, och det är bara i den förra situationen som LOU blir tillämplig och städtjänsterna ska upphandlas i anbuds konkurrens.

Den upphandlande enheten bör lägga stor omsorg vid utformandet av förfrågningsunderlaget. Det är viktigt att tekniska krav är tillräckligt specificerade så att anbudet verkligen motsvarar det som efterfrågas. Samtidigt får kraven inte ställas onödigt snävt så att alternativa utförande gallras bort trots att de i övrigt motsvarar kraven. Enheten bör inte referera till varumärken eller viss process i underlaget (se LOU 1 kap.16 §). Om detta ändå sker ska det framgå om liknande utförande accepteras. Om t.ex. vid datorköp ett modernt operativsystem efterfrågas, kan formuleringen ”Windows 95, MacOS 8 eller liknande” vara lämplig. På så sätt kan leverantörer som erbjuder likvärdiga eller bättre system, t.ex. ”Windows 98” fortfarande lämna anbud.

Ett centralt moment vid utformandet av förfrågningsunderlaget är valet av utvärderingskriterier. Om lägsta anbudspris ska vara avgörande får inga andra omständigheter beaktas än just priset. Detta kan vara olämpligt vid komplicerade transaktioner där priset kanske inte är proportionerligt mot totalkostnaden för upphandlingen. Det är vanligast att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet väljs. Den upphandlande enheten gör då en avvägning utifrån kriterier som är kända för leverantören. Oavsett upphandlingsvärde ska dessa kriterier framgå av annons, skrivelse eller underlag. I LOU 1 kap. 22 § finns en icke uttömmande lista över omständigheter som enheten kan

²⁹ NOU -Effekter av lagen om offentlig upphandling (1998).

ta hänsyn till vid utvärderingen av vilket anbud som ska anses som det ekonomiskt mest fördelaktiga. Vissa kriterier torde vara närmast obligatoriska vid den här typen av avvägning, t.ex. priset, kvalitén och servicenivån, medan andra hänsyn som estetisk utformning och miljöpåverkan typiskt sett måste vara svåra att värdera ekonomiskt. Vackra byggnadsverk och en oförstörd miljö är eftersträvansvärda mål men det är inte självklart att den offentliga upphandlingen är det mest lämpliga medlet på vägen dit. Visserligen förordar lagstiftaren miljöhänsyn vid upphandling (se kap. 5.12), men med lagtextens nuvarande utformning torde miljöhänsyn endast i undantagsfall kunna bli avgörande för utvärderingen. EG-direktiven nämner inte miljöhänsyn som möjligt utvärderingskriterium. Den upphandlande enheten måste visa att det miljövänligare alternativet också är det ekonomiskt mest fördelaktiga för själva enheten. Dessutom sätter principen om affärsmässighet käppar i hjulet för alla miljöargument som är hänförliga till transporten av upphandlingsobjektet eller själva processen för dess framställning. Sådana krav kan innebära direkt eller indirekt diskriminering av långväga leverantörer eller de som visserligen uppfyller europeiska krav vad gäller framställningen men inte klarar enhetens miljökrav.³⁰ Kraven som uppställs vid en avvägning enl. LOU 1 kap. 22 § ska alltså vara hänförliga till upphandlingsobjektet som sådant, och dessutom kunna motiveras objektivt utifrån ekonomiska kriterier.³¹

Den upphandlande enheten bör tidigt ha klart för sig huruvida upphandlingen kommer att överstiga LOU:s tröskelvärden. Annonsering i EGT blir i sådant fall aktuell. Enheten kan rekquirera förtryckta blanketter från NOU. Annonserna ska författas på något av EU:s 12 officiella språk, men en annons på svenska lär inte locka utländska leverantörer i någon större utsträckning. I de nationella utgåvorna av OJ finns annonserna medtagna i originalspråk, men huvudpunkterna i annonsen finns översatta på respektive språk, vad gäller uppgift om enheten, upphandlingsobjekt, anbudstid samt vilka språk som accepteras. Om enheten inte angivit vilket språk som leverantören ska använda i anbudet, är det fritt för denne att använda valfritt EU-språk. En svensk upphandlande enhet kan alltså få in anbud på 12 olika språk om man glömmer att uppge önskat anbudsspråk. Ett gemensamt ”språk” är CPV-koderna som ska användas i största möjliga utsträckning. Tillsammans med gemensam standardisering av tekniska specifikationer underlättar CPV kommunikationen och sparar plats i annonsen. De europeiska standardiseringsorganen CEN, CENELEC och ETSI har fastställt de gemensamma europeiska standarder som ska användas i första hand vid kravspecifikationen i underlaget och annonsen. Om europeisk standard saknas kan enheten hänvisa till svensk standard som överensstämmer med internationell standard, t.ex. ISO, eller i sista fall använda annan standard eller förstandard. Arbetet med att förbättra CPV och utöka den europeiska standardiseringen anses från Kommissionens håll vara av utomordentlig betydelse för att öka den gränsöverskridande upphandlingen.³²

När den upphandlande enheten utvärderar de inkomna anbuden är det viktigt att bedömningen är konsekvent och objektiv. Om anbuden är svåra att jämföra kan det vara behövligt att jämställa anbudsgivarnas uppgifter, s.k. nollställning. Detta kan bli fallet när leverantörerna använt sig av olika beräkningsmetoder, måtenheter etc. Diskrepanserna kan vara en följd av att villkoren i förfrågningsunderlaget varit vaga eller oprecisa. Alternativa utföranden, s.k. ”sidoanbud”, får

³⁰ NOU -Ekologiskt hållbar offentlig upphandling (1998).

³¹ Prop. 1996/97:153 s.61.

³² European Commission (1996) kap.5 avd.II.

endast prövas om det framgått av förfrågningsunderlaget att sådana accepteras. Anbudsvärderingen ska hållas åtskild från tidigare prekvalifikation och utgallring av olämpliga leverantörer. Urvalsfaktorer och leverantörskrav får alltså inte bli en del av bedömningen av anbudet.

Enheten ska ange hur länge anbudet ska vara bindande för leverantörerna. I normalfallet torde det vara skäligt att anbudet är bindande under lika lång tid som själva anbudstiden varade, d.v.s. 3-6 veckor. Upphandlingsbeslutet utmynnar i ett avtal, som ska ha träffats inom anbudets giltighetstid. I och med avtalet är upphandlingen avslutad i LOU:s mening. Förhållandet mellan enheten och avtalslutande leverantör regleras därefter autonomt, d.v.s. så som avtalsparterna reglerat inbördes. LOU har dock inte helt släppt greppet om den upphandlande enheten. Skadeståndssanktionen i LOU 7 kap. 6 §, i kombination med huvudregeln om affärsmässighet i 1 kap. 4 §, och reglerna för utvärderingskriterierna i 1 kap. 22 §, tvingar indirekt enheten att inte i efterhand omförhandla avtalet eller frånga de krav och specifikationer som avgjorde anbudstävlingen (se kap. 7.5 nedan).

6.2 Tillsyn och efterlevnad

Generaldirektorat XV vid De Europeiska Gemenskapernas Kommission är det gemenskapsrättsliga tillsynsorganet för upphandlingar som överstiger tröskelvärdena. Kommissionen kan ex officio, eller efter anmälan, undersöka nationella förhållanden och vid behov föra talan i anledning av brott mot Romfördraget eller tillämplig sekundärrätt. Enligt rättsmedelsdirektiven ska nationella organ finnas för tillsyn och rådgivning i upphandlingsärenden. I Sverige har NOU, Nämnden för offentlig upphandling, inrättats i detta syfte.³³ Före LOU var RRV central tillsynsmyndighet för statliga myndigheters upphandling och de har fortfarande vissa övergripande uppgifter, t.ex. i kampen mot ekonomisk brottslighet i samband med upphandling. NOU har under sina första år haft en viktig rådgivande och informationsspridande funktion som nu allt mer övergår i en renodlad kontroll och tillsynsfunktion. NOU kan avge allmänna råd och yttranden, ge inlägga i pågående rättsfall, inleda undersökningar ex officio, fungera som remissinstans i lagstiftningsärenden, bevaka tillämpningen av nationella upphandlingsregler inom övriga EU och ska dessutom sköta kontakterna med DG XV bl.a. vad gäller statistik och andra uppgifter kring den offentliga upphandlingen i Sverige. NOU har befogenhet att i sin tillsynsverksamhet inhämta uppgifter från en upphandlande enhet, genom oannonserat besök om så krävs, s.k. "dawnraids".³⁴ NOU har ingen normgivningsmakt och kan inte heller föra talan vid domstol. Rättsmedelsdirektiven hindrar inte att de nationella tillsynsorganen ges initiativrätt mot felande enhet i domstol, och det är troligt att NOU i framtiden kommer att ges en sådan rätt. Redan i prop. 1992/93:88 gavs en antydning om att NOU:s befogenheter i detta avseende skulle komma att utvidgas, och

³³ Se Instruktionen (SFS 1993:98) för NOU och prop. 1992/93:88.

³⁴ Prop 1993/94:227.

Kommissionen har nyligen uppmanat medlemsländerna att inrätta ”oberoende tillsynsorgan” med vidare rättsliga befogenheter än vad NOU har för närvarande.³⁵

För att regelverket kring offentlig upphandling ska få avsedd verkan, måste efterlevnaden vara god. De upphandlande enheterna ska inte enbart besitta nödvändig kompetens i upphandlingsfrågor. Det bör även finnas incitament som uppmuntrar enheten att följa lagen, och sanktioner som på ett effektivt sätt avskräcker enheten från att bryta mot den samma. Att tvingas göra om en upphandling kan vara kostsamt och tidsödande, och ett skadestånd kan göra upphandlingen mer än dubbelt så dyr som planerat. För privata aktörer vore dessa sanktioner skäl nog för att följa regelverket in i minsta detalj, men med det allmänna som avtalspart är det mera osäkert om lagens rättsmedel är tillräckliga för att garantera efterlevnad. Den upphandlande enheten handlar för skattepengar och termen ”balanserad budget” verkar närmast vara okänd i den offentliga sektorn. Dessutom drabbas de upphandlingsansvariga i normalfallet inte av personligt ansvar om enheten åläggs att betala skadestånd etc. Möjligheterna att sänka kostnaderna för upphandling utgör inget incitament om ett överskott i enhetens budget medför minskade anslag för kommande budgetår eller t.o.m. omfördelningskrav, som i förslaget om kommunal skatteutjämning, s.k. ”Robin Hood-skatt”, där kommuner med effektiv organisation och låga utgifter tvingas dela med sig till kommuner med budgetunderskott.

Det är intressant att notera den vitessanktion som finns tillgänglig för LR vid överprövning av upphandling inom försörjningssektorerna (LOU 7 kap. 2 §). Denna påtryckningsmöjlighet förklaras av att just inom försörjningssektorerna är den upphandlande enheten ofta ett privat företag, och att effekten av ett vite är särskilt gångbar då.³⁶ Indirekt antyds då att pekuniära sanktioner endast har begränsade verkningar för lagens efterlevnad när det allmänna genomför en upphandling. Speciellt för försörjningssektorerna är också instituten granskning och medling. En särskilt utsedd granskningsman kan på den upphandlande enhetens begäran undersöka de interna upphandlingsrutinerna och utfärda ett granskningsintyg när rutinerna bedöms stämma överens med regelverket. Syftet med intyget är att öka förtroendet för enheten hos leverantörerna, som annars kanske tvekar till att lämna anbud vid offentlig upphandling. Syftet med medlingsinstitutet är att nå förlikning i överprövnings- eller skadeståndsmål i anledning av en upphandling. Medling begärs hos Kommissionen, antingen direkt eller med NOU:s hjälp, och om målet anhängiggjorts vid domstol ska avgörandet avvakta medlingens resultat. Granskning och medling har knappast alls kommit att användas för svensk del, troligen p.g.a. bristande kunskap om fördelarna med dessa institut hos de upphandlande enheterna.

6.3 Några belysande rättsfall ur svensk och gemenskapsrättslig praxis

³⁵ Commission Communication adopted on 11 March 1998, -Public procurement policy priorities.

³⁶ Se L. Hellgren (1994) avsnitt 3:3.

Även om LOU är en omfattande och detaljerad lag, så innehåller den ett flertal stadgande som är vaga och kan ge upphov till tolkningsproblem. Lagen skiljer sig också i vissa avseenden från lydelsen i EG-direktiven, vilket också kan leda till problem vid tillämpningen, inte minst vid gränsöverskridande upphandling. Till EG-rätten hör inte bara primär- och sekundärrättsakter, utan även den praxis som gemenskapsdomstolen svarar för. Domslut och förhandsbesked ger vägledning i hur direktiven på upphandlingsområdet ska tolkas och tillämpas, vilket får genomslag också i medlemsländernas reglering av den offentliga upphandlingen.

Från gemenskapsrättslig praxis märks ett flertal mål där Kommissionen riktat talan mot ett medlemsland enligt RF art. 169, p.g.a. bristande implementering av direktiv eller bristande fördragskonformitet. Att direktiven är bindande för medlemsstaterna avseende ”målen”, framgår av art. 189, medan Kommissionens befogenheter anges i art. 155. Av intresse för den materiella tillämpningen är främst de rättsfall där gemenskapsdomstolen förtydligat rättsregler och eliminerat osäkerhet vad gäller tillämplighet och definitioner. De nationella domstolarna inom EU är ju som bekant skyldiga att följa praxis från GD vad gäller tolkning och tillämpning av nationell reglering som bygger på EG-rätt.³⁷

Ur senare års rättspraxis på upphandlingsområdet märks bl.a. fallet ”Dunk water supply”,³⁸ där en irländsk myndighet vid upphandling av dricksvattenledningar ställde krav som hänvisade till nationell irländsk standard. Kommissionen förde fallet till GD som fann att kraven stred mot principen om fri rörlighet för varor (RF art. 30) och att kraven dessutom utgjorde en förbjuden indirekt diskriminering (RF art. 6). Det var visserligen möjligt för utländska leverantör att uppfylla kraven, men domstolen anförde att krav på nationell standard i praktiken medför diskriminerande verkan, och utgör en statligt understödd restriktion mot den fria rörligheten av varor på den gemensamma marknaden. En upphandlande enhets förfaranden kan alltså angripas med stöd av Romfördragets regler om förbud mot icke-tariffära handelshinder och åtgärder med motsvarande verkan.

I fallet ”du Pont de Nemours”,³⁹ underkände GD italiensk lagstiftning som garanterade att 30% av all italiensk upphandling skulle tilldelas leverantörer från södra Italien. Regleringen befanns diskriminerande och stod i strid mot restriktionsförbudet i RF art.30. Domstolen underströk att även om den nationella regleringen var ett led i statsstöd till regionalt näringsliv, enligt RF art. 92, detta inte innebär att RF:s grundläggande regler om fri rörlighet, konkurrensbegränsningar etc, kan frångås. GD accepterar inte att regionalpolitik och lokala arbetsmarknadshänsyn motverkar Romfördragets syften och mål. Detta gäller med oförminskad styrka även på området för offentlig upphandling.

”Storebæltmålet”⁴⁰ gällde villkor som uppställdes i förfrågningsunderlaget vid upphandlingen av entreprenaden avseende förbindelsen över Stora Bält i Danmark. GD förklarade att villkoren, som krävde att dansk arbetskraft skulle utnyttjas i så stor utsträckning som möjligt, inte var förenliga

³⁷ Se not 5.

³⁸ C-45/87 Kommissionen v. Rep. Irland.

³⁹ C-21/88 Kommissionen v. Italien.

⁴⁰ C-243/89 Kommissionen v. Danmark.

med gemenskapsrätten. Domstolen visade här på nytt att nationella preferenser inte accepteras vid offentlig upphandling som till sin omfattning överstiger de givna tröskelvärdena.

De mål som gemenskapsdomstolen avgör med stöd av diskrimineringsförbudet i RF art. 6, eller restriktionsförbuden i art. 30, 48, 59 och 73b är av stort intresse för svenska upphandlande enheter, leverantörer och dömande instanser. Förfarande som strider mot dessa centrala principer torde nämligen också strida mot LOU:s huvudregel om affärsmässighet. De fyra procedurdirektiven, som ligger till grund för LOU, har i sina nuvarande lydelse bara gett upphov till ett begränsat antal rättsfall vis GD. Bl.a. har domstolen tagit ställning till huruvida myndigheter eller bolag i det enskilda fallet utgjort upphandlande enheter i direktivets mening.⁴¹ I fallet "Hera"⁴² som gällde upphandling av entreprenad, befanns den upphandlande enheten inte ha uppfyllt kraven på kommunikation och objektivitet, som dir. 93/37 art. 30(4) stadgar, vid förkastande av ett anbud som enheten ansåg vara orimligt lågt (jämför med LOU 1 kap. 23 §).

Gemenskapsdomstolens avgöranden i upphandlingsärenden tycks antingen vila på de grundläggande principerna i RF eller hänvisa till direktivens procedurregler. Vid en rättslig prövning av upphandling vid svensk domstol tycks samma tudelning vara för handen. Antingen rör målet en principfråga hänförlig till själva målet för lagstiftningen, och då stödjer sig domstolen ofta på generalklausulen i LOU 1 kap. 4 §, eller så rör målet en procedurfråga hänförlig till ett visst förfarande som är detaljreglerat i lagtexten. I båda fallen kan bristande kompetens vara orsak till brottet mot LOU. Domstolen ska i ett inledande skede göra en formell prövning och ta ställning bl.a. till den egna behörigheten. För att LOU ska kunna tillämpas krävs att svaranden är en upphandlande enhet i lagens mening, d.v.s. som både *kan* utgöra sådan enhet och faktiskt också *har* inlett en upphandlingsprocess för *egen* räkning. Frågan ställdes på sin spets i en prövning i RegR 1997.⁴³ Ett läkemedelsföretag hade yrkat vid LR att en upphandling inledd av Apoteksbolaget skulle göras om. Apoteksbolaget invände att man inte utgjorde upphandlande enhet i LOU:s mening och anförde som stöd för detta att man handlat på uppdrag av annan juridisk person (sjukvårdshuvudmännen), och att förfarandet, infordrande av pris- och rabattuppgifter, inte kunde utmynna i avtal och således inte utgöra upphandling i LOU:s mening. LR fann att apoteksbolaget visserligen handlat på uppdrag av annat subjekt, men att sådan delegation är fullt tillåtlig och inte innebär att LOU sätts ur spel. Vidare menade LR att infordrandet av prisuppgifter hade till syfte att få in anbud och var därför att betrakta som del av upphandlingsprocessen. Då detta förfarande inte följt LOU beslutade LR att upphandlingen skulle göras om. Beslutet överklagades till kammarrätten som gav LR bakläxa och istället köpte Apoteksbolagets resonemang. KamR anförde att LOU ej var tillämplig då förfarandet inte utgjorde upphandling i lagens mening. Dessutom menade KamR att Apoteksbolaget i det aktuella fallet inte utgjorde en upphandlande enhet, utan enbart handlat på uppdrag av sjukvårdshuvudmännen, och målet borde således aldrig ha prövats av LR. Apoteksbolaget var enligt detta resonemang inte rätt part i målet vilket LR bort uppmärksamma. Rättsläget var förvirrat och det klagande läkemedelsbolaget valde att överklaga beslutet till RegR, delvis styrkt av att KamR:s dom ej varit enhällig. RegR begärde in ett yttrande från NOU, som kunde konstatera att sjukvårdshuvudmännen normalt räknas som upphandlande enheter vid upphandling

⁴¹ Se bl.a. C-44/96 och C-353/96.

⁴² C-304/96 Hera SPA v. Unita Sanitare Locale II.

⁴³ RegR, mål 4554-96 (RÅ 1997 not. 87).

av läkemedel via Apoteksbolaget. Apoteksbolaget hade enligt gällande lag en samordnande roll vid inköpen från läkemedelstillverkarna, men övertog därmed inte rollen som upphandlande enhet. Om Apoteksbolaget däremot upphandlar för egen räkning så ska bolaget anses utgöra upphandlande enhet. Rekvisiten i LOU 1 kap. 6 § talar om ”syfte att täcka behov i det allmännas intresse...”, vilket innebär att Apoteksbolaget formellt kan utgöra upphandlande enhet i de fall de faktiskt också inlett en upphandling för egen räkning. Enligt NOU:s mening kan villkoren för köp av läkemedel inte fastställas utan att LOU:s regler tillämpas. Då priset är ett grundläggande villkor tycks NOU:s inställning vara att en prisförfrågan bör räknas som ett led i en påbörjad upphandling. RegR ansåg att Apoteksbolaget hade inlett en upphandling för egen räkning och att KamR följaktligen inte haft fog för sin bedömning att Apoteksbolaget inte var rätt part i målet. Anmärkningsvärt nog fullföljde RegR inte resonemanget. Istället avskrevs målet med hänvisning till att ny lagstiftning för handel med läkemedel nu börjat gälla, där sjukvårdshuvudman (t.ex. landsting eller kommun) själv kan svara för upphandlingen av läkemedel hos licensierade tillverkare. Det saknades därför, enligt RegR, anledning att pröva huruvida upphandlingen skulle göras om, eftersom förutsättningarna för en ny upphandling inte längre fanns kvar. Det står dock klart att Apoteksbolaget *kan* utgöra upphandlande enhet i lagens mening, och att det beror på om upphandling i det enskilda fallet verkligen *har* inletts, och detta för *egen* räkning, om LOU ska bli tillämplig.

Vissa avtalstyper räknas aldrig som upphandling i LOU:s mening, däribland anställningsavtal, anskaffning av befintlig fast egendom eller lokalhyra. I ett länsrättsavgörande från 1998⁴⁴ hävdade en kommun att ett avtal som tecknats med ett bolag utan föregående anbuds förfarande, i själva verket var ett hyresavtal avseende lokal och att LOU därför ej var tillämplig. LR fann dock att avtalet innefattade mer än endast lokalhyra. Bolaget hade åtagit sig att uppföra en tillbyggnad till kommunens badhus, för att sen kostnadsfritt överlåta byggnaden till kommunen. Bolaget skulle därefter hyra lokalen och där bedriva gymverksamhet. Kommunen och bolaget avsåg att dela intäkterna från försäljningen av kombinerade bad- och gymkort. LR uttalade i sin dom att kommunen enligt LOU var skyldig att upphandla såväl tillbyggnaden som driften av träningslokalen enligt reglerna i LOU. Då detta ej skett och något formellt avtal ännu ej var för handen, ålade LR kommunen att göra om upphandlingen.

Vissa av LOU:s stadganden är avsiktligt vaga i sin formulering och det tycks ha lämnats åt rättstillämpningen att närmare avgränsa innebörden. I LOU 6 kap. 5 § föreskrivs att anbudsgivaren ska ges skälig tid att lämna anbud. Vid upphandling under tröskelvärdena finns alltså inga lagstadgade minimitider. Tolkningen av ”skälig tid” har dock varit föremål för rättslig prövning⁴⁵ och i normalfallet torde anbudstid som understiger tre veckor inte anses som skälig.

Huvudregeln om affärsmässighet i LOU 1 kap. 4 § är utformad som en generalklausul och ska fånga upp beteenden som motverkar lagens syften eller i övrigt är otillbörliga med hänsyn till kravet på likabehandling. Ur en talrik flora av rättsfall där domstolen funnit 1 kap. 4 § tillämplig, märks ett flertal mål där politiska ambitioner trängt undan affärsmässigheten vid upphandling. Om de upphandlingsansvariga vid enheten också styrs av en partipolitisk agenda, tycks alltså risken för vad lagtexten kallar ”ovidkommande hänsyn” tillta. För en kommunalpolitiker kan det

⁴⁴ LR Skåne, mål 214-98. Jämför även med LR Skåne, mål 9310-96.

⁴⁵ LR Stockholm, mål 4546-94.

te sig lockande att styra upphandlingskontrakten till ortens leverantörer och på så sätt trygga den lokala sysselsättningen, öka kommunens skatteintäkter och minska utgifterna för socialbidrag i arbetslöshetens spår. Beslutsfattarna kan antingen helt flagrant undlåta att tillämpa LOU, eller medvetet tillämpa lagen felaktigt för att styra upphandlingen. En felaktig tillämpning kan bestå i diskriminerande villkor i underlaget eller otillåtna utvärderingskriterier, som direkt eller indirekt gynnar lokala leverantörer. Det finns även krav och utvärderingskriterier som är formellt likabehandlande, men ändå tveksamma när det gäller affärsmässigheten. En upphandlande enhet som kräver att leverantören har en jämställdhetsplan, att kollektivavtal finns, att leverantören ska uppfylla stränga krav på arbetsmiljön eller att produktionen är höggradigt miljöanpassad, kan i många fall göra övertramp mot generalklausulen om affärsmässighet.

I en kammarrättsdom från 1997⁴⁶ befanns en kommunal nämnd ha brutit mot huvudregeln om affärsmässighet då utvärderingskriterierna ej var klart och tydligt angivna i förfrågningsunderlaget. Det klagande bolaget hade lämnat lägsta anbudspris, men upphandlingen hade avbrutits och uppdraget tilldelats egenregiverksamheten, som också lämnat ”anbud” i upphandlingen. Motiveringen till att det lägsta anbudet inte antagits var enligt nämnden att bolaget inte hade tillräcklig kompetens och erfarenhet, krav som dock inte framgått klart i underlaget. LR ansåg att upphandlingen skulle göras om, då kommunen genom förfarandet brutit mot LOU 1 kap. 4 och 22 §§. Kommunen hävdade inte motsatsen men överklagade beslutet med hänvisning till att upphandlingen redan avslutats vid tidpunkten för överprövningen i LR och att LR således inte hade varit behörig att pröva målet. KamR fann dock att kommunens beslut att tilldela uppgiften till egenregiverksamheten ej var att anse som avtal i LOU:s mening och att LR således varit behörig att pröva målet (se LOU 7 kap. 1 §, 2st.). RegR beviljade inte prövningstillstånd och rättsläget är sådant att upphandlingar som utmynnar i att egenregien vinner, kan överprövas vid LR även efter det att upphandlingen ”avslutats”. Detta torde då motsatsvis kunna tolkas som att skadeståndstalan är utesluten i samma situation, då LOU verkar förutsätta att sådan talan aktualiseras först då avtal slutits (se LOU 7 kap. 8 §). Så länge möjlighet finns att begära överprövning kan alltså en skadeståndsprocess enl. LOU ej inledas. Kommunen hade kunnat undvika problemet genom att utan att inleda ett upphandlingsförfarande låta egenregien ta sig an uppgiften direkt, förutsatt att egenregien inte utgjorde en självständig juridisk person. Det är alltså på frivillig grund som en offentlig aktör låter egenregien lämna anbud i en upphandling. Har väl ett upphandlingsförfarande inletts, ska LOU:s regler följas fullt ut, vilket kommunen i det aktuella fallet fick erfa.

Ett frapperande exempel på bristande affärsmässighet redovisas i en kammarrättsdom från 1998.⁴⁷ Vid en kommunal upphandling av skolskjutsar angavs att utvärderingskriterierna var: pris, fordonens lämplighet, företagets resurser, personalens kompetens och den garanterade servicenivån, utan inbördes rangordning. Kommunstyrelsen valde efter anbudstidens utgång ett lokalt bussföretag med motiveringen att de anställda samtliga var bosatta inom kommunen, vilket ansågs som fördelaktigt ur sysselsättnings- och skattesynpunkt. Vidare åberopades som skäl att ett lokalt bussföretag kunde ge kommuninnevanorna god service och att behovet av drivmedel och reparationer skulle säkra ytterligare arbetstillfällen på orten. Under den rättsliga prövningen vid LR uppgav kommunen att man var medveten om att förfarandet stred mot LOU, men att de

⁴⁶ KamR Sundsvall, mål 3297-97.

⁴⁷ KamR Jönköping, mål 4471-97.

omständigheter som beaktats vid utvärderingen hade stor betydelse för kommunens strävan att uppnå god service- och sysselsättningsnivå för innevånarna. LR fann att kommunen brutit mot LOU 1 kap. 4 § och 22 §. Kommunens beslut hade inte hunnit utmytna i avtal vid tiden för överprövningen och då klagande bolaget kunde antas lida skada, beslutade LR att upphandlingen skulle göras om med stöd av LOU 7 kap. 2 §.

Exempel ur rättspraxis på andra former av brott mot huvudregeln om affärsmässighet i LOU 1 kap. 4 §, står att finna bl.a. i en dom från RegR 1997⁴⁸ där en upphandlande enhet hade ställt detaljerade krav på kostnadsredovisning, bl.a. pålägg och vinstmarginaler i de skilda delmomenten av upphandlingsobjektet, en arbetsmarknadsutbildning (B-tjänst). RegR fastslog efter att ha begärt in yttrande från NOU och KkV, att sådana krav kan ha konkurrensbegränsande effekter, då kraven tvingade leverantören att avslöja information som normalt är att betrakta som affärshemligheter. Krav av denna typ är inte nödvändiga för enheten och då de kan medföra att potentiella leverantörer avhåller sig från att lämna anbud står de i strid mot huvudregeln om affärsmässighet. Kraven i förfrågningsunderlaget får alltså inte vara oproportionerligt detaljerade eller ingående i förhållande till upphandlingens art. Å andra sidan kräver affärsmässigheten att kraven är tillräckligt klara och preciserade för att kunna ligga till grund för en rättvis utvärdering. I en kammarrättsdom från 1997⁴⁹ fastställdes LR:s beslut att en förenklad upphandling skulle göras om. I förfrågningsunderlaget hade den upphandlande enheten angivit vaga och oprecisa utvärderingskriterier. Det hade överlämnats åt anbudsgivarna att själva bedöma vad som kunde innefattas i kraven och huruvida man uppfyllde dessa. Detta förfarande lämnade, enligt KamR, ett utrymme för subjektiva bedömningar vid utvärderingen och stred därför mot huvudregeln om affärsmässighet.

Beträffande skadeståndstalan enligt LOU 7 kap. 6 §, gäller höga beviskrav för kändesidan, jämfört med situationen vid talan om överprövning. För framgång krävs att den förfördelade leverantören kan styrka att uppkommen skada är direkt relaterad till den upphandlande enhetens felaktiga tillämpning av LOU, och att orsaksförhållandet är adekvat. Talan ska ha väckts senast 1 år efter det att upphandlingen avslutats genom tecknande av leverantörsavtal. I praktiken måste leverantören visa att just denne erhållit kontraktet om enheten följt LOU. Ett studium av rättspraxis kring skadestånd i upphandlingsmål vid de allmänna domstolarna, visar att det är tämligen ovanligt att leverantören vinner framgång med sina skadeståndsyrkanden. Stora summor står ofta på spel i dessa mål, då talan rör positiva kontraktsintresset och rättegångskostnaderna ofta skenar iväg. Förlust för leverantören kan innebära konkurs, men även om leverantören vinner riskerar han att i fortsättningen stämplas som en besvärlig bråkmakare i upphandlingskretsar.

I en hovrättsdom från 1997⁵⁰ gällde saken en redan avslutad upphandling av arkitekttjänster. TR hade funnit att förfrågningsunderlaget, som angav att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet skulle antas men som inte preciserade urvalskriterierna, stred mot LOU 1 kap. 4 § och 22 §. Då priset, enligt TR, var det enda objektivt mätbara kriteriet, skulle kändebolaget rätteligen ha erhållit kontraktet eftersom deras anbud låg lägst i pris. TR utdömde skadestånd med yrkat belopp men domen överklagades till HovR som valde att upphäva TR:s dom. Enligt HovR hade den

⁴⁸ RegR, mål 4942-95 (RÅ 1997 ref. 40).

⁴⁹ KamR Sundsvall, mål 943-97.

⁵⁰ Svea HovR, mål 24/96.

upphandlande enheten visserligen brutit mot LOU (1 kap. 4 § och 22 §), genom att utforma urvalskriterierna så att enheten i princip förbehållit sig ”fri prövningsrätt”, men detta var inte att likställa med att lägsta pris skulle utgöra enda utvärderingskriterium. Då kändebolaget inte visat att deras anbud var det ekonomiskt mest fördelaktiga, kunde det inte heller anses som styrkt att bolaget lidit skada då enheten valt en annan leverantör. Tingsrätten hade ålagt enheten att till bolaget utbetala närmare 370 000 kr i ersättning, avseende utebliven förväntad vinst och rättegångskostnader, medan hovrättens dom istället innebär att bolaget ska ersätta enheten för dennes rättegångskostnader motsvarande 104 000 kr. Rättsfallet visar på svårigheterna för leverantören att styrka liden skada trots att den upphandlande enheten handlat i strid mot LOU. I det aktuella fallet torde arkitektbolaget haft framgång vid en talan om omprövning under pågående upphandling. Det hade då varit tillräckligt att visa på en potentiell skaderisk i anledning av enhetens regelvidriga förfarande, för att upphandlingen skulle göras om efter rättelse (LOU 7 kap. 1-2 §§)

6.4 LOU:s räckvidd

LOU är endast tillämplig då ett subjekt som kvalificerar sig som upphandlande enhet, också faktiskt bedriver en upphandling i lagens mening. Upphandling kan delegeras till ”självständiga enheter” som ingår i den upphandlande enhetens organisation, men det är som huvudregel den upphandlande enheten som står som avtalspart och har det slutgiltiga juridiska ansvaret.⁵¹ Som exempel kan nämnas att Universitetsbiblioteket inte utgör en upphandlande enhet, utan står under Universitetets inköpsorganisation. Biblioteket kan utgöra en självständig enhet med egen budget och självständig inköpsfunktion, men det är Universitetet (genom juridiska enheten) som är avtalspart gentemot leverantören. Förhållandet kan vara det samma med t.ex. enskilda sjukhus under landstinget eller skolor under kommunen. De statliga myndigheterna utgör upphandlande enheter gentemot marknadens leverantörer, men kan i normalfallet inte sluta civilrättsligt bindande avtal myndigheterna emellan, då den juridiska personen är gemensam, nämligen svenska staten.⁵² En myndighet kan alltså inte sägas bedriva upphandling gentemot en annan myndighet. Kommunerna är däremot självständiga juridiska personer som kan sluta avtal sinsemellan, och således uppträda som leverantör eller upphandlande enhet gentemot annan kommun, låt vara med de begränsningar som kommunallagen uppställer. Kommunala nämnder i samma kommun kan inte bedriva upphandling sinsemellan då den juridiska personligheten emanerar från kommunen (genom kommunalfullmäktige), men kommunala bolag har egen rättssubjektivitet och transaktioner mellan kommunen och de kommunala bolagen träffas normalt av LOU:s regler. Vad gäller kommuners och landstings möjligheter att i vissa fall genomföra köp från egna bolag utan föregående upphandling är rättsläget en aning osäkert. Enligt LOU:s lydelse är lagen tillämplig på all sådan upphandling,⁵³ men EG-direktiven öppnar en möjlighet att undlåta upphandling i fall där bolaget uteslutande handlar med sin offentliga ägare, p.g.a. transaktionens

⁵¹ För definition av ”självständig enhet” se Löfving (1995) s.36 och Gjerstad (1997) s.6.

⁵² Se under not 11.

⁵³ Se dock formuleringen i LOU 5 kap. 2 §.

art och förekomsten av en offentligt beslutad ensamrätt.⁵⁴ Frågan behandlas för närvarande i GD som väntas lämna sitt förhandsbesked under hösten 1998.⁵⁵ NOU har på regeringens uppdrag gjort en utredning av frågan som publicerades i mars 1998.⁵⁶

I LOU 1 kap. 3 § undantas från lagens tillämpning vissa internationella mellanstatliga avtal och överenskommelser. Av lagens bestämmelser kan också utläsas att bl.a. anställningsavtal, köp av värdepapper, oneröst fång av befintlig fast egendom och varje benefikt fång inte utgör upphandling i lagens mening. I LOU 1 kap. 6 § avgränsas kretsen av associationer som ska betraktas som upphandlande enheter. Det ska vara frågan om ett dominerande inflytande från det allmänna och täckande av ett behov som inte är kommersiellt eller industriellt. Systembolaget torde enligt denna definition utgöra ett gränsfall och i ”Franzénmålet”⁵⁷ undvek GD att ta ställning till huruvida systembolagets inköp av öl, vin och sprit m.m. ska inordnas under regelverket för offentlig upphandling.

Ett upphandlingsförfarande kan aktualisera tillämpning av andra regelverk än LOU. Om konkurrensen på marknaden påverkas märkbart av den upphandlande enhetens beteende är det inte uteslutet att konkurrenslagen blir tillämplig. Leverantörernas beteenden kan alltid bli föremål för prövning enligt KL. Samverkan i anbudskarteller med syfte eller resultat att snedvrیدا konkurrensen kan aktualisera KL 6 §. Konkurrenslagen innehåller också ett förbud mot missbruk av dominerande ställning i 19 §, som kan träffa aktörer på såväl utbudssidan som efterfrågesidan av marknaden. En upphandlande enhet kan ofta få en dominerande ställning på marknaden efterfrågesida. Dominansen i sig är inte förbjuden men i kombination med otillbörligt utnyttjande av denna position kan KL 19 § bli tillämplig. KL är dock svår att tillämpa på upphandlingsområdet eftersom lagen, med förebild i EG-rätten, är skriven med tanke på helt andra situationer än offentlig upphandling (se kap. 8.1 nedan). Viss samverkan mellan leverantörer i samband med upphandling är också undantagen KL:s tillämpning. Konsortialavtal ska inte anses som förbjuden samverkan om parterna inte är konkurrenter eller om de visserligen kan utgöra konkurrenter men att de inte har möjlighet att med framgång delta i anbudstävlingen ensamma.⁵⁸ Offentliga aktörer samverkar i stor utsträckning vid upphandling från marknaden. De statliga inköpen samordnas bl.a. genom gemensamma ramavtal. Inköpssamverkan kan leda till stora besparingar i form av volymrabatter och minskad inköpsadministration på enheten. Lagstiftaren har en positiv inställning till denna samordning, och avrop mot befintliga ramavtal träffas inte av LOU:s regler (se bl.a. LOU 4 kap. 16 §, 9 p). Kommissionen intar dock en mera kritisk hållning till ramavtal med utformning som de svenska, och har inlett en rättslig process mot Storbritannien, som har ett system snarlikt vårt. Faran med mycket omfattande samordning är att konkurrensen kan snedvridas. Med ett fåtal eller endast en aktör på efterfrågesidan (”monopson”), kommer de leverantörer som inte får sluta avtal att stå utan avsättning under ramavtalstiden. Varken LOU eller KL tycks hindra denna typ av samordnat beteende då det

⁵⁴ Se dir. 92/50 art. 6 och dir. 93/38 art. 11.

⁵⁵ C-360/96. Generaladvokatens slutsatser redovisades 19/2 1998.

⁵⁶ NOU -Uppdrag att utreda kommuners och landstings möjligheter enligt LOU och gemenskapsrätten att genomföra köp från sina egna bolag m.m. (1998).

⁵⁷ C-189/95.

⁵⁸ KkVFS 1993:7 -Om visst samarbete mellan företag som inte omfattas av förbudet i KL 6 §.

varken brister i affärsmässighet eller finns något renodlat otillbörligt inslag från enheternas sida (se även kap. 7.4 och 8.1 nedan).

LOU:s detaljerade innehåll kan primärt beskrivas som förhållningsregler riktade till de offentliga aktörer som ska genomföra upphandling. LOU påverkar dock också själva avtalsinnehållet i upphandlingskontraktet (se kap. 7.5 nedan). Ett civilrättsligt bindande avtal kan inte upphävas med hjälp av reglerna i LOU. Ogiltighetstalan enligt avtalsrättens principer och regler kan enbart föras av avtalspart. Avtalets rättsverkningar regleras av parterna och i bakgrunden finns den dispositiva köprätten. Tidpunkten för avtalet blir därför en avgörande skiljelinje där ex ante, förfarandet är huvudsakligen offentligrättsligt och ex post, partsrelationen är huvudsakligen civilrättslig. Avtalstidpunkten bildar följaktligen gränsen där ex ante, förvaltningsdomstol står för den rättsliga prövningen och ex post, allmän domstol är rätt forum.

Den upphandlande enheten är ofta en myndighet som lyder under förvaltningslagen. Då upphandling inte utgör myndighetsutövning blir dock merparten av FL:s bestämmelser inte tillämpliga på enhetens beteende i egenskap av upphandlare. FL har dessutom karaktär av lex generalis i förhållande till mer ämnesspecifika författningar (FL 3 §), som LOU utgör. FL blir därför mest intressant på de punkter som inte är knutna till myndighetsutövning och där LOU dessutom tiger, exempelvis reglerna om när handling ska anses inkommen på myndigheten (FL 10 §), när jäv ska anses föreligga (FL 11 §) och myndighetens serviceskyldighet (FL 4 §). Det ska också nämnas att LOU uttryckligen utesluter s.k. kommunal laglighetsprövning (LOU 7 kap. 5 §, med hänvisning till KmnL 10 kap.). I prop. 1992/93:88 angav departementschefen att laglighetsprövningen spelat ut sin roll som kontrollinstrument vid kommunal upphandling, och påpekade vidare att sådan prövning inte träffade beslut i kommunala bolag och att kretsen taleberättigade var inskränkt till kommuninnevånare, något som inte kunde betraktas som tillfredsställande i upphandlingsärenden. Lagstiftarens mening var alltså att LOU 7:e kap. skulle medföra en mera effektiv kontroll och att redan ingångna avtal inte längre skulle kunna angripas. ”Den som är missnöjd med avslutad upphandling”, skrev departementschefen, ”bör endast ha möjlighet att begära skadestånd.”

6.5 Otillbörliga förfaranden

Orsaken till att en upphandlande enhet handlar strid med LOU, kan hänföras till bristande kompetens, men i många fall tycks det vara fråga om en närmast medveten strategi från upphandlarens sida. Enheten kan av olika anledningar föredra att en viss leverantör tar hem kontraktet, och därför i förväg anpassa urvalskriterierna, eller i övrigt särbehandla anbudet vid utvärderingen. Särskilt allvarliga oegentligheter i samband med upphandling kan för framtiden förbjudas enligt lagen (1994:615) om ingripande mot otillbörligt beteende avseende offentlig upphandling, LIU. Det är KkV som för talan vid MD enligt denna marknadsrättsliga lag. Om MD finner att den upphandlande enheten har förfarit otillbörligt, kan domstolen vid vite förbjuda framtida tillämpning av samma eller liknande beteende. MD:s beslut kan inte överklagas. För att ett beteende ska anses otillbörligt är det inte nog med att LOU:s regler åsidosatts. Det ska röra sig om en påtaglig diskriminering eller i övrigt ett beteende som påtagligt snedvrider

förutsättningarna för konkurrens. I LIU 1 § sägs att lagen gäller otillbörliga beteende avseende upphandling som omfattas av LOU. I 3 § avgränsas dock möjligheten att ingripa till upphandling i anbudskonkurrens. Eftersom direktupphandling (LOU 6 kap. 2 §) inte innefattar någon anbudstävling kan LIU inte tillämpas på den formen av upphandling. Detta gäller även de fall direktupphandling skett utan att LOU tillåter det. Detta har fastslagits i ett avgörande från KkV 1995 (Dnr 678/95), där en kommun köpt tvätteritjänster utan föregående upphandling. KkV ansåg att LIU inte var tillämplig då köpet inte skett genom upphandling i anbudskonkurrens. Genom att helt enkelt strunta i LOU:s regler om upphandlingsförfarande kan enheten alltså med lätthet kringgå LIU. I ett av de fåtaliga LIU-fall som hittills avgjorts vid MD,⁵⁹ förbjöd MD vid äventyr av vite, en kommun att i fortsättningen tillämpa dolda bedömningskriterier som hade till syfte att begränsa konkurrensen. Kommunen avsåg att skydda sin egenregiverksamhet mot lokal konkurrens, men i förfrågningsunderlaget framgick inte att kommunen inte avsåg att tilldela kontraktet till privata leverantörer med säte i kommunen, om deras ställning därmed blev för stark. KkV anknöt i sin talan mot kommunen till prop. 1993/94:222, där LIU motiveras med en önskan om att tilltron till upphandlingsmarknaden ska öka. Speciellt situationen där upphandling avbryts och uppgiften tilldelas egenregin, upplevs som skadlig för tilltron till hur upphandlingar sköts av de upphandlande enheterna.⁶⁰

Vad som är otillbörligt enligt LIU torde alltid bryta mot huvudregeln om affärsmässighet i LOU. Fördelen med LIU är just möjligheten till att förbjuda framtida otillbörligheter och därmed garantera hela leverantörskollektivet att liknande problem inte uppstår vid nästa upphandling hos aktuell enhet. Att LIU utgör ett separat lagverk som kan tillämpas parallellt med LOU bidrar dock till förvirring och de båda lagverken borde kanske slås ihop och inordnas under NOU:s tillsyn. En rundfrågning bland småföretag med erfarenhet av leveranser till den offentliga sektorn, avslöjar att det råder en bestämd misstro gentemot framförallt kommunen som upphandlare. Formellt sett tycks LOU tillämpas vad gäller upphandlingsförfarande och tidsfrister, men många leverantörer verkar övertygade om att upphandlingen ofta är avgjord i förhand och att de som vågar överklaga snabbt hamnar på "den svarta listan" över icke önskvärda avtalsparter.

6.6 Sekretess, jäv och mutor

LOU ålägger den upphandlande enheten att i olika skeden annonsera, arkivera och rapportera upphandlingen (se t.ex. LOU 1 kap. 11 §, 2 kap. 7a § och 10 §). Enheten är också i vissa fall skyldig att på begäran lämna ut motiveringar till varför leverantör utestängts från upphandling eller varför anbud har förkastats. Myndigheter som handskas med information är skyldiga att respektera sekretesslagens bestämmelser, och i upphandlingsärenden är det främst SekrL 6 kap. 2 § om upphandlingssekretess och 8 kap. 10 § om förlängd sekretess p.g.a. enskilt intresse som står i fokus. Upphandlingssekretess råder till dess att upphandlingen avslutats, men kan förlängas antingen om den upphandlande enheten anser att behov föreligger eller om leverantören begär så

⁵⁹ MD 1996:6.

⁶⁰ Se även artikel: J. Hammarlund -Första LIU-fallet till MD (1995).

och fog finns för begäran. Enheten får alltså inte lämna ut information som på något sätt kan strida mot allmänt intresse eller befogade konkurrens- eller affärsintressen. Anbudet innehåller information som kan klassas som företagshemligheter och det är viktigt att all dokumentering i upphandlingsärendet förvaras på ett betryggande sätt (LOU 1 kap. 24 §). Presumtionen är visserligen för offentlighet vid svenska myndigheter, men vad gäller anbud i pågående upphandling råder en absolut sekretess, enl. SekrL 6 kap. 2 §. En myndighet får inte ens yppa att en viss leverantör har inkommit med anbud, förrän anbudstiden är ute. Efter anbudstidens utgång talar presumtionen alltså för offentlighet, men om uppgifternas röjande kan medföra skada (det s.k. ”raka skaderekvisitet”), ska sekretessen fortbestå. Om enheten i det enskilda fallet beslutar att inte lämna ut begärd handling, ska beslutet hänvisa till relevant lagrum i SekrL och dessutom hänvisa till hur man överklagar myndighetens beslut. I slutändan är det således förvaltningsdomstol som avgör om handlingen är offentlig eller inte.⁶¹

UF och UR innehöll bestämmelser om jäv vid upphandlingsärende, som i stort påminde om förvaltningslagens jävsbestämmelser. LOU har inte några motsvarande regler, men huvudregeln om affärsmässighet är tänkt att omfatta även jävssituationer. FL 11-12 §§ är härvidlag vägledande i materiellt hänseende.⁶² Den som har möjlighet att påverka förfrågningsunderlaget eller att delta vid beslut om antagande av anbud, är jävig om han eller någon närstående samtidigt lämnar anbud. Den som är jävig ska själv ge detta till känna. Vid en rättslig prövning görs en bedömning huruvida den jävsmisstänkte i det enskilda fallet verkligen haft möjlighet att erhålla otillbörliga fördelar så att konkurrenssituationen i upphandlingen påverkats. NOU har i vid ett tillfälle tagit ställning till huruvida anställda i en kommun som dessutom i egen näringsverksamhet sålde varor till kommunen, var att betrakta som jäviga. Enligt NOU var det att anse som oförenligt med huvudregeln om affärsmässighet att anta anbudet, då de anställda tidigare haft möjlighet att påverka förfrågningsunderlaget. NOU påpekade dock att den upphandlande enhet som automatiskt förkastar anbud från anställda också riskerar att bryta mot principen om likabehandling och affärsmässighet. Det krävs alltså en bedömning i varje enskilt fall.⁶³ En jävssituation kan också uppstå om en konsult anlitas vid upprättandet av underlaget, och denne därefter väljer att lämna anbud i upphandlingen. Ett sådant anbud bör efter bedömning förkastas p.g.a. intressekonflikt, för att inte bryta mot affärsmässigheten.

Huvudregeln om affärsmässighet, som ju innefattar utnyttjande av konkurrens, objektivitet och likabehandling, träffar naturligtvis en lång rad av olämpliga beteenden. En upphandlingsansvarig kan t.ex. av olika skäl vilja ”läcka” information till en utvald leverantör. I brottsbalken finns straffbelagda beteenden avseende de allvarligaste formerna för tjänstemannakorruption. Att kommunalpolitiker och chefer för statliga verk ofta förekommer i brottsutredningar, gör det naturligt att anta att upphandlingsärenden också kan leda till brott. I UF och UR fanns motsvarigheter till brottsbalkens mutparagrafer medtagna (se BrB 20 kap. 2 §), men LOU nämner inget om mutor. Om det kan fastslås att en leverantör valts p.g.a. att beslutsfattarna erhållit gåvor eller dylikt, så strider naturligtvis upphandlingen mot kravet på affärsmässighet. Förfördelade leverantörer kan kräva skadestånd och förhoppningsvis förlorar de mutdömda sin anställning vid den upphandlande enheten. En undersökning publicerad i tidningen Kommunaktuellt 19/1996

⁶¹ Sekretess i anledning av offentlig upphandling behandlas av Linder (1996) s.87 ff och Löfving (1995) s.69 ff.

⁶² För närmare genomgång av FL:s jävsregler, se H. Strömberg, -Allmän förvaltningsrätt (1997) s. 86 ff.

⁶³ Beträffande jävsfrågor vid anbud från anställda; se Löfving (1995) s.116 ff.

avslöjar att hälften av de tillfrågade inköpsansvariga hade erbjudits mutor i någon form. En upphandlingsdirektör hade bl.a. fått inbjudningar till friidrotts VM i Göteborg från tio olika leverantörer. För offentliganställda uppvisar praxis i mutmål en låg toleransnivå och brottsbalkens straffsatser är hårda med upp till 6 års fängelse. Den upphandlande enheten bör därför ha som policy att de anställda överhuvudtaget ej får ta emot gåvor, resor, rabatter eller dylikt från näringslivet. Inte heller bör anställda vid enheten som reser i tjänsten, utnyttja bonus på flygresor eller hotellvistelser för privat bruk.⁶⁴

Varje misstanke om muta kan allvarligt skada leverantörernas tilltro till den upphandlande enheten och avhålla dessa från att lämna anbud, till men för konkurrensen på upphandlingsmarknaden.

Det ställs alltså inte enbart höga krav på kunskap och erfarenhet vid tillämpningen av LOU. De upphandlingsansvariga bör dessutom ha god moral för att syftet med regelverket till fullo ska uppnås.

⁶⁴ Om mutor och bestickning i samband med offentlig upphandling; se Löfving (1995) s.98 f.

7 LOU och avtalsrätten

7.1 Avtalets centrala roll

Onerösa fång kännetecknas av att ett knippe rättigheter övergår från ett rättssubjekt till ett annat. Genom att rättshandla förflyttas i ett slag t.ex. äganderätten, nyttjanderätten eller rätten att tillgodogöra sig avkastning, i ena riktningen, medan en motprestation, vederlaget, går i motsatt riktning. Instrumentet för denna transaktion är avtalet, som kan avse köp, hyra, leasing etc. Ett avtal förutsätter att två separata rättssubjekt genom samstämiga viljeförklaringar⁶⁵ träffar en bindande överenskommelse. För att avtalets giltighet inte ska kunna ifrågasättas krävs att parterna har full rättshandlingsförmåga och att det inte finns inslag av tvång, svek, otillbörligt utnyttjande eller uppenbart oskäliga villkor. Ett civilrättsligt bindande avtal är slutmålet i all offentlig upphandling. För att LOU överhuvudtaget ska bli tillämplig krävs att en offentlig aktör inlett ett förfarande som kan leda till avtal beträffande anskaffning av vara, tjänst eller entreprenad. Avtalsrekvisitet är således centralt för tillämpningen av LOU, vilket bl.a. visar sig i att anskaffningar från egenregin, som ju inte utgör ett självständigt rättssubjekt, inte träffas av reglerna i LOU.

7.2 Avtalsbindningsmekanismen

Anbud och accept är de avtalsgrundande rättshandlingar som utgör grundstenarna i avtalslagens modell av hur avtal kommer till stånd.⁶⁶ Avtalslagen är som bekant dispositiv i detta avseende (AvtL 2 § 2 st), men frivilliga och samstämiga viljeförklaringar är närmast ofrånkomliga rekvisit vid avtalsbildning och parterna har sällan anledning att frånga denna anbud-acceptmodell. Anbudet och accepten är bindande var för sig men parterna har möjlighet att föreskriva att bundenhet ska inträda först då ett skriftligt avtal undertecknats, s.k. konventionellt formkrav.⁶⁷ Accepten ska överensstämma med anbudet för att bindande avtal ska komma till stånd. Oren accept räknas som avslag i kombination med nytt anbud (AvtL 6 §). Dessutom föreskriver avtalslagen att accepten ska lämnas inom viss tid (AvtL 2 §), den s.k. acceptfristen, varefter anbudet ej längre är bindande. Försent avlämnad accept räknas som nytt anbud såtillvida det inte står klart att avsändaren tror sig ha lämnat accepten i tid (AvtL 4 §). Om parterna inte fullständigt har reglerat frågan om hur och när bundenhet uppkommer gäller alltså avtalslagens dispositiva

⁶⁵ Med viljeförklaring avses i avtalsrätten ett uttryck om en avsikt att grundlägga, förändra eller upphäva ett rättsförhållande. Se Adlercreutz (1995) s.18 f.

⁶⁶ Avtalslagen (1915:218) nämner inte ordet accept, utan refererar till ”svar”, ”antagande svar” eller ”svar som... överensstämmer med anbudet”.

⁶⁷ Adlercreutz (1995) s.83.

regler i 1-9§§. Den exakta tidpunkten för avtalsslutet anses i svensk rätt vara då accepten kommit anbudsgivaren tillhanda.⁶⁸

Översatt till ett upphandlingsförfarande innebär anbud-acceptmodellen att skaran av deltagande leverantörer lämnar bindande anbud och den upphandlande enheten lämnar accept på ett av anbuden, antingen genom en beställning eller genom att upprätta och underteckna ett kontrakt. Anbudet är bindande för leverantören efter anbudstidens utgång men det kan ändras eller dras tillbaka innan denna tid löpt ut. Förfrågningsunderlaget som är helt avgörande för anbudens utformning, räknas till avtalets preliminärer. I den avtalsrättsliga doktrinen betecknas en uppfordran att avge anbud som ett särskilt slag av ”utbud”.⁶⁹ Med uppfordran till anbud i denna bemärkelse avses dock inte den situationen som omnämns i AvtL 9§. Utbudet är inte en bindande viljeförklaring, men kan spela en viktig roll som tolkningsdata vid tveksamheter om avtalets innehåll.⁷⁰ Vid offentlig upphandling lämnas i normalfallet aldrig accept till ett anbud som avviker från kraven i utbudet. Dessutom är det vanligt att utbudets centrala moment, förfrågningsunderlagets kravspecifikation, ingår som en viktig del av själva avtalet, jämte anbud och eventuella standardvillkor. Acceptfristen bestäms vid upphandling av den part som ska lämna accept, d.v.s. den upphandlande enheten. Detta avviker mot avtalslagens modell, som ju förutsätter att anbudsgivaren ska avgöra hur länge han avser att vara bunden av sitt anbud. Man säger ofta att ett anbud är oåterkalleligt under acceptfristen och att det följaktligen inte kan återkallas efter att anbudstagaren tagit del av det (jämför med AvtL 7 §). I ett anbuds-förfarande vid offentlig upphandling måste man då anse att den upphandlande enheten tagit del av anbudet först dagen efter sista anbudsdag (efter klockan 00.00 enl. FL 10 §). Tidpunkten då anbudet faktiskt kommer enheten till handa är alltså inte relevant, förutsatt att det inkommit innan anbudstiden löpt ut (före klockan 00.00 enl. FL 10 §). De leverantörer som deltar i en upphandling får finna sig i att vara bundna vid sina anbud, ofta i 5-6 veckor efter tidpunkten för sista dag för anbudets avlämnande. Denna ”haltande bundenhet” (negotium claudicans) ställer krav på leverantörernas kapacitet och framförhållning.⁷¹ I värsta fall kan leverantören tvingas tacka nej till övriga kunder i avvaktan på ett potentiellt upphandlingskontrakt. Det är dock oftast i den upphandlande enhetens intresse att beslut om leverantör inte i onödan drar ut på tiden. Frågan om haltande bundenhet blir än mer intressant när man granskar de statliga ramavtalen (se kap. 7.4). Acceptfristen, d.v.s. tiden som anbudet ska vara bindande, ska anges i förfrågningsunderlaget. LOU stadgar ingen maximitid i detta avseende. Upphandlingens omfattning i det enskilda fallet kan motivera lång tid för utvärdering av anbud. En acceptfrist som är oskäligt lång torde dock strida mot huvudregeln om affärsmässighet då potentiella leverantörer kan avhålla sig från att lämna anbud.

LOU stadgar att såväl anbud, accept som avtal ska ha skriftlig form. Muntliga viljeförklaringar är visserligen bindande enligt den för svensk avtalsrätt förhärskande ”löftesprincipen”, men kravet på skriftlighet förklaras av behovet av öppenhet i upphandlingsärenden. Endast skriftliga och undertecknade anbud får prövas av den upphandlande enheten och alla moment som rör upphandlingen, inklusive själva upphandlingskontraktet, ska dokumenteras och arkiveras. Kraven

⁶⁸ Detta kan jämföras med anglosaxisk rätt där avtal i princip anses slutet när accepten avsänts. Gorton (1991) s.39.

⁶⁹ Adlercreutz (1995) s.66 och 92.

⁷⁰ Adlercreutz (1996) s.60 f.

⁷¹ Se Hellner (1993) s.27 och Bernitz (1993) s.40.

på skriftlighet i LOU är närmast att betrakta som förvaltningsrättsliga procedurregler. Man kan inte likställa dessa med s.k. legala formkrav, som t.ex. kravet i JB 4 kap. 1 § om skriftlig form vid överlåtelse av fast egendom. Om en upphandlande enhet mot förmodan genomför en muntlig upphandling blir avtalet civilrättsligt giltigt. Då upphandlingen i sådant fall strider mot LOU kan enheten bli föremål för skadeståndstalan, men avtalet förblir gällande mellan parterna. Det skriftliga avtalet har dock så många fördelar, bl.a. som bevismedel, att avtalsparter i kommersiella förhållanden nästan undantagslöst torde insistera på denna form, oavsett vad lagen stadgar.

Avtalet kan sägas ha två grundläggande funktioner. Det anger vem som är parter och i vilken utsträckning de är bundna, den s.k. ”partbindningsfunktionen”. Avtalet har också en s.k. ”regleringsfunktion”, och anger de särskilda förpliktelser och anspråk som framförhandlats i form av avtalsvillkor. Kommersiella avtal kan sägas vara ömsesidigt förpliktande då parterna utlovar varandra såväl prestation som motprestation.⁷² Ett upphandlingsavtal måste uppfylla dessa grundläggande krav. Själva kontraktshandlingen är ofta ett kortfattat dokument som anger vem som är parter och avtalets löptid. I övrigt hänvisas vanligen till anbud, förfrågningsunderlag och tillämpligt standardavtal. Anbudet ger information om priset, eventuella alternativa utföranden och åtaganden som går vidare än vad som var obligatoriskt (s.k. börkrav). Förfrågningsunderlaget anger administrativa bestämmelser, kommersiella villkor och den obligatoriska delen av kravspecifikationen (s.k. skallkrav).⁷³ Om standardavtal åberopas måste detta bifogas till kontraktshandlingarna. Standardavtalet reglerar allmänna frågor av köprättslig karaktär, t.ex. oregrerade frågor om leverans, garanti, fel, förseningar, möjlighet till skadestånd eller viten etc.

I många fall består den upphandlande enhetens accept av en beställning enligt villkoren i det antagna anbudet. Det kan då vara lämpligt att enheten begär en bekräftelse från leverantören. En avtalsbekräftelse av denna typ är ingen viljeförklaring i avtalsrättslig mening, utan tjänar uteslutande som bevisfaktum över redan ingånget avtal.⁷⁴ Om leverantören bifogar ytterligare villkor med bekräftelsen, t.ex. egna branschens standardavtal, torde leverantören inte med framgång kunna hävda att dessa villkor blivit del av avtalet. För säkerhets skull bör dock den upphandlande enheten i en sådan situation reklamera bekräftelsen, d.v.s. informera leverantören om att den lämnade bekräftelsen är felaktig. En sådan reklamation neutraliserar den eventuella bevisverkan som kan tillräknas den ”orena” bekräftelsen i förening med mottagarens passivitet. Det förfaller dock mindre troligt att den upphandlande enheten verkligen skulle bindas av en utebliven reklamation vid en rättslig prövning av detta slag. Vid upphandlingar är det ju regelmässigt köparen som ställer villkoren, och dessutom finns förfrågningsunderlag och anbud tillgängliga i bevishänseende.⁷⁵ Passivitetsverkan av bekräftelse under dessa omständigheter behandlas inte i AvtL, men i viss mån kan analogier dras med lagen (1991:351) om handelsagentur, 21 § som stadgar att avtalspart som erhållit en felaktig bekräftelse från handelsagentens huvudman ska reklamera denna för att undgå bundenhet. Har reklamation inte skett kan parten dock undgå bundenhet om han kan visa att bekräftelsen är oriktig. Bekräftelsens presumtionsverkan medför alltså att bevisbördan ligger på den part som mottagit bekräftelsen och

⁷² Säljarens prestation kan oftast beskrivas som en naturaförpliktelse medan köparen svarar för penningförpliktelsen. Exempel på ensidigt förpliktande avtal är borgen och gåva. Se Adlercreutz (1995) s. 25.

⁷³ Om bör- och skallkrav; se Linder (1996) s.105-106.

⁷⁴ Adlercreutz (1995) s. 75 ff.

⁷⁵ Kolliderande standardavtal, s.k. battle of forms, behandlas av Hellner (1993) s.50 ff. och Bernitz (1993) s. 50 f.

därefter förhållit sig passiv. Rättspraxis från avtalsrättsliga tvister som inte berör handelsagenter, tycks peka på att underlåtenhet att reklamera felaktig bekräftelse medför viss betydelse i bevishänseende, men ger inte passiviteten den starka presumtionsverkan som 21 § i lagen om handelsagentur uttrycker.⁷⁶

7.3 Det allmänna som avtalspart

När det allmänna uppträder som avtalspart uppstår en speciell situation som i flera avseenden avviker från den typiska avtalsituationen, d.v.s. den där avtalsparterna är privata subjekt. Ur en mikroekonomisk synvinkel kan man ifrågasätta huruvida en offentlig aktör har ekonomiskt rationella preferenser. Då den teoretiska förutsättningen för ekonomisk tillväxt i en liberal marknadsekonomi är paretosanktionerade avtal, är det ju viktigt att parterna strävar efter individuell nyttoökning. För en privat aktör är det rationellt att utifrån givna förutsättningar, maximera den egna nyttan (se kap. 4.1). Som huvudregel innebär ökad nytta för individerna också ökad nytta för samhället. Endast om den enskildes nyttoökning motverkar den sociala, kan statlig intervention i marknadsmekanismen anses motiverad som samhällsekonomiskt rationell. Lagstiftning, skatter, subventioner och andra ingrepp i marknadens funktion måste ha större positiva effekter för samhället som helhet, än de negativa effekter som drabbar enskilda individer, med andra ord uppfylla Kaldor Hicks-kriteriet (se kap. 4.2). När det allmänna uppträder som part i civilrättsliga förhållanden är risken stor att incitament saknas till att maximera egennytan. Resultatet kan då bli hämmad tillväxt och ineffektiv allokering av samhällets resurser. Med en ansats som denna, tycks regleringen av offentlig upphandling ha som främsta mål att tvinga offentliga aktörer att agera som privata, när de ingår avtal på marknaden.

Från en avtalsrättslig synpunkt utgör offentlig upphandling ett rättsområde med alldeles speciella förutsättningar. Anbud-acceptmodellen kan visserligen appliceras på avtalsbildningen vid upphandling, men då de specifika avtalsvillkoren är givna redan i ett utbud, blir det främst priset som avtalas fram i själva anbudsförfarandet. Risken för oren accept torde i normalfallet vara liten, då den upphandlande enheten endast godtar anbud som uppfyller redan ställda krav. Att i accepten ändra villkoren kan strida mot LOU, som ju bl.a. ställer krav på likabehandling av anbudsgivarna. Som påpekats tidigare bestäms acceptfristen vid anbudsförfarande inte av anbudsgivaren, vilket annars är det normala. Överhuvudtaget genomsyras avtalsbildningen av faktumet att den offentliga uppköparen har den starkare ställningen. Upphandlingsförfarande sker i huvudsak på köparens villkor, medan det vid traditionella avtalsrelationer är vanligare att säljaren har övertaget, åtminstone i organisatoriskt hänseende.

Köparmakten vid offentlig upphandling avspeglas i viss mån i de speciella standardavtal som staten, landstingen och kommunerna flitigt använder sig av i sina avtal (se kap. 7.4). Ensidigt upprättade standardavtal kan ibland visa sig betungande för motparten då den dominerande sidan utnyttjat sitt övertag till att formulera villkor som innebär långtgående ansvar och förpliktelser för den svagare sidan. Ensidig dominans i kombination med oskäliga villkor för tankarna till AvtL 36

⁷⁶ Se Adlercreutz (1995) s. 77 ff.

§. Denna generalklausul ska skydda en svagare part i ett avtalsförhållande mot villkor som var, eller visade sig bli, oskäligt betungande. Bestämmelsen är främst en jämningsregel, men kan även leda till att hela avtalet faller. Tillämpningen av AvtL 36 § i domstolarna är restriktiv.

Förutom ekonomiska och rättsliga aspekter, finns det också en mer subjektiv dimension av psykologisk art, när det allmänna uppträder som avtalspart. Det finns en utbredd skepsis i det privata näringslivet, till hur upphandlingar sköts. Det är kostsamt och resurskrävande att delta i en anbudstävling och om upphandlingen inte går rätt till, tappar leverantörerna snabbt intresset för att delta i andra upphandlingar. Det finns också en rädsla för att politiska beslut ska ändra förutsättningarna för redan ingångna avtal. Den politiska majoriteten i en kommun kan skifta och upphandlingsklimatet förändras. Upphandlingsmarknaden är dock stor och utgör ett viktigt avsättningssegment för delar av det privata näringslivet.

Om den samhällsekonomiska effektiviteten kräver att den offentliga upphandlaren tänker som en privat aktör, kan behovet av tilltro till upphandlaren å sin sida medföra höga krav på likabehandling och öppenhet vid upphandlingen. Den upphandlande enheten ska alltså agera som det anstår en representant för det allmänna. Detta resonemang stämmer väl överens med LOU:s huvudregel om affärsmässighet i 1 kap. 4 §, som ju både poängterar egennyttn i kravet på konkurrensutnyttjande, och rättvisan, i kravet på att leverantörer ska behandlas utan ovidkommande hänsyn.

7.4 Upphandlingsavtalets innehåll och form

En grundläggande princip inom avtalsrätten är att parterna disponerar över avtalets innehåll. Avtalsbildningen utgör en autonom reglering av ett rättsförhållande. Ingångna avtal ska hållas och avtalsbrott kan medföra sanktioner från samhällets sida, men om parterna är överens kan villkoren ändras efter hand. Avtalet är en partsintern reglering som i normalfallet varken kan åberopas eller klandras av tredje man, statsmakten inkluderad. Avtalets materiella innehåll i det enskilda fallet är ett resultat av parternas samstämmiga viljeförklaringar medan avtalets form i vissa fall kan vara lagreglerat. För merparten av avtalstyper stadgas dock inga legala formkrav och det är då parternas behov som avgör vilken form som väljs. Okomplicerade transaktioner mellan parter som litar på varandra kan regleras genom muntligt avtal, medan det i de flesta kommersiella avtalsförhållandena skulle betraktas som närmast dumdrigt att inte upprätta kontrakt.

Inom den kommersiella avtalsrätten skiljer man på individuella och standardiserade avtalsvillkor. De individuella villkoren utgör stommen i varje avtal och är ett resultat av parternas transaktions specifika reglering. Standardvillkoren är allmänna bestämmelser, ofta objekt- eller branschspecifika, som parterna efter behov kan inkorporera i avtalet. Då det är förenat med betydande kostnader att framförhandla och utforma individuella avtalsvillkor, s.k. transaktionskostnader, har parterna normalt mycket att vinna på att utnyttja standardiserade villkor i avtalet. Köplagen kan sägas fylla samma funktion som ett standardavtal i detta avseende

och ligger alltid i botten som utfyllande reglering. Förekomsten av standardavtal kan förklaras av att köplagen är dispositiv och att den starkare parten i vanligt förekommande transaktionstyper har utnyttjat möjligheten att ersätta köplagens bestämmelser, med villkor som är mer fördelaktiga för parten. I de flesta fall är utbudssidan starkast och bäst organiserad, vilket leder till säljarvänliga standardavtal. När det gäller offentlig upphandling har dock efterfrågesidan ett övertag, och de standardavtal som används av det allmänna borde följaktligen vara mer köparvänliga än de avtal som föredras av säljarsidan. De vanligast förekommande standardavtalen vid offentlig upphandling är ALOS 81 och MONT 85. De har framförhandlats med representanter från både efterfråge- och utbudssidan, och utgör s.k. ”agreed documents”, till skillnad från ensidigt framtagna standardavtal, s.k. *contrats d’adhésion*.

ALOS 81:s köparvänliga karaktär märks vid en jämförelse med NL 92, genom att ALOS 81 inte innehåller regler som ska säkra säljarens rätt vid utebliven betalning. Vidare hänvisar ALOS 81 till allmän domstol medan NL 92 har en skiljeklausul.⁷⁷ Det ska dock påpekas att ALOS 81 också innehåller regler som måste anses klart säljarvänliga. Vid fel i godset har t.ex. den offentliga köparen ingen rätt till ersättning motsvarande prisskillnaden vid täckningsköp (se ALOS 81 p. 25-27). Att köparen inte har rätt till ersättning för direkt skada i anledning av fel, har gjort att ALOS 81:s köparvänlighet har ifrågasatts i doktrinen.⁷⁸ Jämfört med KöpL:s dispositiva regler kan ALOS 81 inte sägas vara påtagligt mer köparvänlig. Mest märkbar skillnad mellan KöpL och ALOS 81 är standardavtalets ettåriga funktionsgaranti, dröjsmålsvitet och *force majeure*-klausulen. Om avtalsvillkoren är alltför stränga gentemot ena parten, tenderar detta att kompenseras vid bestämmandet av vederlagets storlek. Ansvars- och riskfördelning bör därför ta hänsyn till vilken av parterna som har bäst förutsättning att bära dessa, med utgångspunkt i tillgång på information, möjlighet att begränsa uppkommen skada, möjlighet att teckna försäkringar eller förmågan att kontrollera avtalets rättsverkningar. Om sådana hänsyn får avgöra villkorens utformning garanteras högsta möjliga ekonomiska effektivitet. ALOS 81 är väl beprövat och har visat sig fungera väl i de flesta upphandlingssituationer trots att det utformades långt före LOU eller den nya köplagen.⁷⁹

Avsikten med en upphandling kan vara att för ett visst uppkommet behov anskaffa ett specifikt objekt. I många fall avser dock upphandlingen att täcka ett löpande behov av mer eller mindre differentierade objekt. LOU hindrar inte att den offentliga aktören upphandlar ett s.k. ramavtal, avseende en viss typ av vara eller tjänst och innefattande en eller flera leverantörer. Den upphandlande enheten eller i organisationen ingående självständiga enheter, kan under ramavtalets löptid avropa beställningar mot ramavtalet, utan att genomföra upphandling i LOU:s mening. Bruket av ramavtal är mycket utbrett och innebär oftast stora besparingar. Den upphandlande enheten är normalt inte förbunden att utnyttja avtalet och kan även under löptiden vända sig till andra leverantörer genom ny upphandling. Löptiden ska vara tidsbegränsad och bör

⁷⁷ Se Hellner (1993) s.100 som hävdar; ”I detaljer visar sig detta avtal vara något mer köparvänligt än ECE 188 ...och NL 92...”

⁷⁸ Se Håstad (1993) s.131 som menar att; ”Regleringen förefaller vara ogenomtänkt...” och även skriver att FMV inte använder ALOS 81 vid upphandling då det ansetts som oförmånligt.

⁷⁹ Köplagen (1990:931) har inte föranlett några ändringar i ALOS 81. Se Hellgren (1994) s.19:1.

oftast inte överskrida 2 år, med möjlighet till förlängning i ytterligare 1-2 år.⁸⁰ Grupper av upphandlande enheter kan på samma sätt teckna ett gemensamt ramavtal för frivilliga avrop. För de statliga myndigheterna har bl.a. Statskontoret och Verket för högskoleservice uppgiften att samordna upphandling,⁸¹ och utgör således i denna egenskap s.k. funktionsansvariga myndigheter. Den leverantör som är part i ett ramavtal har ett förträffligt kontaktnät med de anslutna enheterna. Det är ju bekvämt för den upphandlande enheten att avropa mot ramavtalet utan att behöva genomföra hela upphandlingsprocessen. Leverantören är dock i normalfallet inte garanterad någon avsättning alls, vilket i praktiken innebär att han är ensidigt bunden vid avtalet under hela dess löptid. Rättsordningen är normalt emot denna "negotium claudicans" och det är högst troligt att en underlägsen avtalspart som finner villkoren oskäligt betungande, kan vinna framgång vid en rättslig prövning enligt AvtL 36 §.⁸² De negativa verkningarna för konkurrensen i anledning av mycket omfattande ramavtal kan dessutom aktualisera en konkurrensrättslig prövning av förhållandet. Anslutningen till ramavtalet medför inget köptvång för enheten och den som så önskar kan anskaffa samma objekt genom upphandling från övriga marknaden, och då utnyttja ramavtalets villkor och prisnivåer som referenspunkt.⁸³

LOU:s procedurregler medför att upphandlingsavtal typiskt sett är mycket detaljerade. Leverantörens anbud är hårt styrt av förfrågningsunderlaget, som i upphandlingsskedet utgör ett utbud. Underlaget åberopas regelmässigt i upphandlingskontraktet och blir då del av avtalet. Till kontraktshandlingarna brukar också själva anbudet och tillämpligt standardavtal föras. Med så många dokument som reglerar avtalet, är det tillrådligt att kontraktet anger en preferensordning, som vid eventuella motstridiga villkor reglerar vilket dokument som ska vara överordnat. En vanligt förekommande preferensordning är att i första hand gäller kontraktshandlingen, och därefter ska förfrågningsunderlag, standardavtal och anbud gälla i fallande ordning. Det är i kommersiella avtalsförhållande möjligt att ändra eller stryka villkor i det åberopade standardavtalet. Sådana ändringar måste framgå i såväl underlag som kontrakt. De villkor som ingår i välkända standardavtal anses numera inte kunna uppfattas som oväntade, och t.ex. en skiljeklausul kan i kommersiella förhållanden inte anklagas för att vara oskälig.

Upphandlingens art och de krav som är hänförliga till den upphandlande enhetens behov och LOU:s regler, avgör detaljrikedomen och omfattningen för villkoren i upphandlingskontraktet. Förutom att ange parternas identitet, avtalets löptid, prestationskrav och ersättning, behöver en lång rad detaljer regleras i avtalet. Priset uppges exklusive moms och ska normalt inte indexregleras. Betalning sker ofta mot faktura med 30 dagars respit. Den upphandlande enheten kan förbehålla sig rätten att genomföra fortlöpande kontroller eller begära att leverantören kan redovisa för varje del prestation. Det får inte råda någon tvekan om vad som gäller vid bristande fullgörelse, t.ex. fel eller försening. Förlängnings- och optionsklausuler ska i förekommande fall regleras. Möjlighet till ändring, tillägg eller uppsägning ska anges och likaså bestämmelser för tvistlösning. Garantier och riskfördelning vid leverans bör framgå, liksom eventuella

⁸⁰ Alla upphandlingsavtal ska vara tidsbegränsade. Vissa avtal måste dock gälla längre tider för att investeringar ska löna sig och rimliga avskrivningstider uppnås. Se Linder (1996) s.108, Löfving (1995) s.80 och Hellgren (1994) s.14:4.

⁸¹ SOU 1997:130 -Effektivare statlig inköpssamordning.

⁸² Se Hellner (1993) s.27.

⁸³ Adlercreutz (1995) s.95 f, beskriver avropsavtal bl.a. som ett stående anbud där varje order (avrop) enligt avtalets villkor betraktas som accept.

befrielsegrunder (force majeure, ansvar för culpa eller medhjälparens handling etc). Många av dessa villkor återfinns i standardavtal och om den upphandlande enheten avser att inkorporera ett sådant, ska standardavtalet bifogas kontraktshandlingarna och en preferensordning bör samtidigt anges för att lösa motsägelser mellan dokumenten.

Vid gränsöverskridande leveranser finns internationella branschbestämmelser, där den mest kända är ECE 188.⁸⁴ Det är dock inte ovanligt att en upphandlande enhet bifogar en engelsk version av ALOS 81 eller något annat standardavtal som enheten vanligen använder, istället för de standardavtal som är speciellt framtagna för internationella transaktioner. För att undvika valutarisker bör upphandlingen ske i inhemsk valuta. En lagvalsklausul bör alltid ingå bland villkoren om utländska leverantörer anlitas. Enligt Romkonventionen om tillämplig lag i avtalsförhållanden⁸⁵, får parterna själv reglera avtalsstatutet. Om tillämplig lag ej angivits utpekar Romkonventionen art.4(1) lagen i det land avtalet har närmast anknytning till. Presumtionen i art. 4(2) hänvisar till hemvistlandet för den avtalspart som står för den avtalskaraktäristiska prestationen. Detta torde komma som en obehaglig överraskning för en upphandlande enhet som i grunden förlitar sig på svensk avtals- och köprätt. Romkonventionen kan dock peka ut landet där avtalet slöts (art. 4.5) om anknytningen dit är starkare. Enligt konventionen kan olika rättsordningar tillämpas för olika delar av samma avtal, s.k. depeçage. En prorogationsklausul bör av samma anledning tas med där den upphandlande enheten förslagsvis stadgar att tvist ska lösas vid svensk domstol. Luganokonventionen⁸⁶ om domsrätt och verkställighet av utländsk dom pekar in dubio ut domstolen i det land svaranden har hemvist. Undantagsregeln i art 5(1) pekar dock ut domstolen i det land där avtalsförpliktelsen ska uppfyllas. Vilket land detta är bedöms enligt den rättsordning som gjorts till avtalsstatut genom lagval (lex contractus). Luganokonventionen gäller primärt mellan parter inom EU/EFTA och i art. 17 anges att parterna fritt får avtala om vilken domstol som ska pröva tvist i anledning av avtalet. Det finns alltså inget som hindrar att ett gränsöverskridande upphandlingsavtal regleras helt eller till del av ena landets lag men att vid tvist, domstol i andra landet är rätt forum. Tredje lands rättsväsende kan pekas ut men det kan vara svårt att anhängiggöra en tvist där om anknytning i övrigt saknas.⁸⁷ En vanlig form av kombinerad prorogation och lagval är att parterna avtalar att skiljenämnd ska avgöra eventuell tvist, enligt utpekat avtalsstatut. Rom- och Luganokonventionen aktualiseras alltså när avtalet inte stadgar något i detta avseende och parterna har hemvist eller affärsställe i skilda konventionsländer. I bakgrunden finns lag (1964:528) om tillämplig lag vid internationella köp av lösa saker som kan aktualiseras om motpartens hemland ej är anslutet till konventionen. När svensk lag utpekas är det internationella köplagen (1987:822) som ska tillämpas. IKL bygger på Wienkonventionen om internationella köp (CISG) som utarbetats i FN:s regi.⁸⁸ Om motparten är hemmahörande inom Norden ska dock tillämplig nationell köplag användas, och inte CISG.

⁸⁴ ECE 188 avfattades 1953 och det nya ORGA-LIME General Conditions kommer på sikt att ersätta ECE 188 för den europeiska verkstadsindustrins exportavtal. Även om ECE 188 tillkom genom medverkan från både köpar- och säljarintressen, har bestämmelserna en säljarvänlig karaktär och har legat till grund för bl.a. NL 92. En offentlig upphandlare kan således ha ett visst intresse av att ersätta ECE 188 med villkor som är något mera köparvänliga. Se Bernitz (1993).

⁸⁵ EG-ländernas lagvalskonvention av den 1:a juni 1980. Ratificerad av Sverige 1997.

⁸⁶ Konventionen om domstols behörighet, samt erkännande och verkställighet av utländska domar, träffad i Lugano 16:e september 1988. Ratificerad av Sverige 1992.

⁸⁷ Angående avtalsstatut och prorogation; se Bogdan (1997).

⁸⁸ Angående internationella köpavtal; se Adlercreutz (1995) s.310 ff, Löfving (1995) s.123 ff.och Gorton (1991).

7.5 Innebär LOU ett ingrepp i avtalsfriheten?

Avtalsfriheten är en av de mest grundläggande byggstenarna i en liberal marknadsekonomi. Rättssubjekten har frihet att träffa bindande överenskommelser och samhället understödjer efterlevnaden genom att erbjuda möjlighet till rättslig prövning. Parterna har inte bara förmåga att binda varandra. De disponerar dessutom över avtalets innehåll och kan skapa, ändra eller upphäva villkor så länge de är överens. Avtalsfriheten är dock på inga sätt absolut, inte ens i de mest liberala av samhällen. Vissa överenskommelser kan inte göras gällande vid domstol, även om de har avtalets form. Avtal som strider mot lag eller god sed, s.k. pactum turpe, anses vara ogiltiga ex nunc. Om det finns tvingande lagregler till skydd för svagare avtalspart, är varje avtal som strider mot lagen ogiltigt (t.ex. KkrL eller HemfL). Ogiltighet är också följden av att avtalet uppkommit genom tvång, svek, ocker etc. (AvtL 28-34 §§). Konkurrenslagen innehåller i 6 § ett förbud mot konkurrensbegränsande avtal. Enligt KL 7 § är ett sådant avtal ogiltigt. Med ogiltigt torde lagstiftaren avse s.k. nullitet, d.v.s. att ogiltigheten var ursprunglig, ex nunc, och inte träffar avtalet först efter det rättsliga beslutet, ex tunc. I konkurrensfall kan avtal angripas av tredje man, i första hand av tillsynsmyndigheten KkV, medan talerätt angående ogiltighet enligt AvtL endast föreligger för part i avtalet, eller företrädare för denne.

Med tanke på de otaliga inskränkningar som finns i avtalsfriheten ställer man sig frågan om inte också LOU utgör ett ingrepp i avtalsparternas autonomi. Frågan måste dock besvaras nekande. Det finns ingen bestämmelse i LOU som kan påverka giltigheten av ingångna avtal, och tillsynsmyndigheten NOU har överhuvudtaget ingen initiativrätt vid domstol.⁸⁹ LOU får dock i praktiken stor inverkan på hur parterna utformar upphandlingsavtalen. Om lagens procedurregler inte följs aktualiseras rättsmedlen vilket gör att LOU kan sägas ha en indirekt effekt på partsautonomin. Om den upphandlande enheten vill undvika överprövning eller skadestånd, måste man också acceptera att avtalsfriheten i praktiken är begränsad vid upphandlingsavtal.

Det är inte förenligt med LOU att avtal löper tillsvidare eller har automatiska förlängningsklausuler. Huvudregeln om affärsmässighet ställer ju bl.a. krav på konkurrensutnyttjande, vilket medför att avtal ska vara tidsbegränsade. Det är inte heller förenligt med LOU om avtalsvillkoren avviker från de krav som samtliga leverantörer hade att rätta sig efter enligt förfrågningsunderlaget. Avtalsinnehållet är i praktiken låst och kravet på likabehandling medför att parterna inte kan ändra eller upphäva villkor utan att den upphandlande enheten riskerar skadeståndskrav från någon av de övriga anbudsgivarna. Om parterna ändå väljer att omförhandla upphandlingsavtalet, blir de nya villkoren gällande parterna emellan. Om en annan leverantör kan visa att han skulle ha vunnit anbudstävlingen med de nya avtalsvillkoren som utgångspunkt, kan han föra skadeståndstalan mot enheten enligt LOU 7 kap. 6 §.

⁸⁹ Se artikel av E. Ericsson s.419 och 421, som i samband med överprövning enl. LOU bl.a. nämner att "Det finns ingen möjlighet att gripa in civilrättsligt mellan parterna i ett upphandlingskontrakt".

På samma sätt som LOU innebär en indirekt begränsning av avtalsfriheten, kan lagen sägas medföra en slags indirekt kontraheringsplikt.⁹⁰ Den upphandlande enheten kan inte godtyckligt välja sin avtalspart utan att riskera bryta mot LOU (1 kap. 4 och 22 §§). Situationen har sin motsvarighet i konkurrensrätten. Enligt KL 19 § får ett dominerande företag inte missbruka sin ställning. En typ av missbruk utgörs av godtycklig diskriminering och en dominerande aktör kan därför sägas ha kontraheringsplikt i den bemärkelsen att han riskerar att bryta mot KL om han utan objektivt godtagbara skäl vägrar att sluta avtal med viss motpart. Att det finns paralleller mellan LOU och KL är för övrigt föga förvånande, då båda regelverken på olika sätt syftar till att främja ekonomisk effektivitet och europeisk integration.

Vid tiden för LOU:s införande riktades kritik mot lagverket bl.a. från kommunalt håll. Det gjordes gällande att de nya reglerna innebar ingrepp i det grundlagsskyddade kommunala självstyret. Det förelåg då också ett förslag till lag som gjorde upphandling obligatoriskt för viss tjänsteproduktion i egen regi.⁹¹ Lagförslaget avstyrktes vid behandlingen i riksdagen, bl.a. just med hänvisning till den kommunala självstyrelsen.⁹² LOU antogs dock som planerat. Men innebär inte också LOU i praktiken ett tvång för den upphandlande enheten, kommuner inräknade, att anskaffa varor, tjänster och entreprenad genom upphandlingsförfarande? Som redan torde ha framgått är just egenregiverksamhet ett alternativ för upphandling, när en offentlig aktör ska tillse sina anskaffningsbehov. Främst när det gäller tjänster är också egenregiproduktion mycket omfattande i den offentliga sektorn (se kap. 8.4). Det finns alltså inget formellt krav på att använda upphandling i varje situation där den offentliga aktören fyller sina behov.

Upphandlingsreglerna har kritiserats för att de inte ger tillräckligt utrymme för förhandlingar innan avtalslut.⁹³ Avtal mellan privata aktörer brukar ju ofta föregås av intensiva förhandlingar. Om flera företag lämnar offert kan köparen spela ut konkurrenterna mot varandra och pressa priset till det yttersta. LOU:s regler om öppen eller selektiv upphandling tillåter inga förhandlingar alls. Dessutom lämnar lagen inget utrymme för ändringar eller materiella kompletteringar efter anbudstidens utgång, även om förändringen skulle medföra fördel för den upphandlande enheten, i form av högre kvalitet eller lägre pris. Dessa inflexibla egenskaper är en konsekvens av upphandlingsreglernas högt ställda krav på öppenhet och likabehandling. Det är också effektivt om upphandlingen kan genomföras snabbt och enkelt, utan onödiga prutrundor. För att minimera regelverkets negativa verkningar krävs hög kompetens på den upphandlande enheten, främst vad gäller utformningen av förfrågningsunderlaget. Om underlaget är av hög kvalitet vågar leverantören lämna ett förmånligt anbud redan från början, medan ofullständiga underlag innebär ett risktagande för anbudsgivaren, som då antingen avstår eller tar ut en riskpremie i form av högre pris. Då utdragna förhandlingar typiskt sett är mycket kostsamma för parterna kan upphandlingsförfaranden utan inslag av förhandling innebära effektivitetsvinster för både leverantör och upphandlande enhet. Förutsättningen är dock att förfrågningsunderlagen utformats helt enligt LOU och att leverantörerna inser att anbuden ska vara ”prutade och klara” när de lämnas in.

⁹⁰ Angående kontraheringsplikt; se Adlercreutz (1995) s.97 ff.

⁹¹ Prop. 1993/94:35 och 1993/94:222.

⁹² Bet. 1993/94:FiU5 och rskr. 1993/94:84.

⁹³ Se bl.a. artikel av G. Andersson (1995) -LOU leder till ineffektivitet.

7.6 Problem i avtalsrelationen

Upphandlingsavtal är lika lite som andra kommersiella avtal immuna mot problem vad gäller rättsverkningarna. Till avtalets viktigaste funktion hör därför dess egenskap av bevismedel och tolkningsdata. Om parterna tvistar över vad de anser vara överenskommet, kan en oberoende part kopplas in, en domstol eller skiljenämnd. Vid en rättslig prövning har avtalets form och innehåll en avgörande betydelse för tvistens lösning.

Den upphandlande enhetens främsta förpliktelse är att ta emot och betala för avtalat upphandlingsobjekt. Leverantörens prestation är mer komplicerad och innefattar normalt bedömningar avseende kvantitet och kvalitet, transportsätt och leveranstid m.m. Tvister i anledning av ett upphandlingsavtals rättsverkningar är relativt sällsynta. En snabb sökning i databas över HD- och Hovrättsdomar ger ingen träff alls om man söker efter köprättsliga tvister i anledning av kontrakt som upprättats enligt LOU. Detta kan i stor utsträckning förklaras av de mycket höga krav som upphandlingsreglerna ställer på avtalets form och innehåll. Om den upphandlande enheten hänvisat till gemensam standard, tillämplig CPV-kod och brukligt standardavtal, så torde en tvist som rör upphandlingsobjektet närmast vara utesluten. Även om problem uppstår, drar nog leverantören sig för att tvista i domstol. Med tanke på de fortsatta förbindelserna är det säkert vanligt att denne istället böjer sig för den offentliga upphandlarens vilja.

Även de mest detaljerade upphandlingsavtal kan inte förutse varje tänkbart problem. Köplagen innehåller dispositiva regler som kan vara parterna behjälpliga vid vanligt förekommande problem.⁹⁴ Om säljaren inte avlämnar varan på avtalad tid kan dröjsmålet ge köparen rätt att kräva fullgörelse (KöpL 23 §). Om fullgörelse är omöjlig eller kräver orimliga uppoffringar befrias säljaren från fullgörelseplikten. Om säljarens dröjsmål innebär ett avtalsbrott av väsentlig betydelse för köparen, och säljaren bort inse detta, kan köpet hävas (KöpL 25 §). Om dröjsmålet inte kan sägas vara av väsentlig betydelse för köparen, kan denne bestämma en tilläggstid för leveransen. Är varan specialbeställd efter köparens instruktioner kan köpet hävas endast om syftet med köpet blivit väsentligen förfelat p.g.a. dröjsmålet. Skadestånd kan aktualiseras p.g.a. dröjsmålet, om säljaren inte kan visa att han handlat utom sitt ”kontrollansvar” (KöpL 27 §). Säljaren måste då visa att det förelegat ett hinder utom den egna kontrollen, som skäligen inte kunnat förutses, undvikas eller övervinnas. Skadeståndet avser direkt förlust, men har säljaren uppträtt culpöst kan även indirekt skada ersättas, t.ex. utebliven vinst, minskad omsättning och förlust i anledning av produktionsstörningar (KöpL 67 §). Köparen har rätt att hålla inne betalningen i avvaktan på leveransen (KöpL 42 §). Om varan inte är avtalsenlig eller beskaffenheten i övrigt avviker från KöpL 17-19 §§, anses varan behäftad med fel. Köparen kan kräva att felet avhjälpas (KöpL 34 §), om detta kan ske utan oskäligen uppoffringar för säljaren.

⁹⁴ Se Håstad (1993) för en fullständig genomgång av KöpL.

Säljaren kan i tillämpliga fall välja att istället leverera ny felfri vara. Felet ska ha reklamerats i skälig tid (KöpL 35 §). Om rättelse inte sker kan köparen kräva prisavdrag, och om avtalsbrottet är av väsentlig betydelse kan köparen häva avtalet (KöpL 37-39 §§). Skadestånd p.g.a. fel i varan regleras i KöpL 40 § som hänvisar till 27 §, vad gäller kontrollansvaret. Beror felet på säljarens culpa eller särskilda utfästelse har köparen alltid rätt till skadestånd. Felet ska ha förelegat vid tidpunkten för riskens övergång (KöpL 12-15 §§), d.v.s. normalt när varan överlämnats eller på annan tidpunkt som avtalats. Att köparen bär risken innebär att han ska betala varan även om något händer den, så länge säljaren inte är den som skadat, försämrat eller på annat sätt är skyldig för det inträffade. Riskens övergång är intressant om varan inte är avtalsenlig och detta varken beror på säljaren eller köparen. Köplagens regler är dispositiva och det står parterna fritt att avtala andra sanktioner vid avtalsbrott eller regler för ansvars och riskfördelning. Det går inte att friskriva sig från egen grov culpa, dolus eller från tvingande lagregler. Det är också tveksamt om ena parten generellt kan friskriva sig från allt ansvar i anledning av avtalet, d.v.s. utsläcka motpartens möjlighet att vid avtalsbrott kräva fullgörelse, rättelse, hävning, prisavdrag och skadestånd. En sådan friskrivningsklausul torde vid en rättslig prövning i de allra flesta fall anses som oskälig enl. AvtL 36 §. Det måste dock anses som rimligt om parterna avtalat om friskrivning från ersättning för direkt skada. En sådan friskrivning kan avvika från kontrollansvaret i KöpL 27 och 40 §§, t.ex. genom att helt utesluta ansvar för direkt skada eller genom en force majeureklausul som räknar upp de hinder som ska anses okontrollerbara, men där klausulen sedan inte nödvändigtvis ställer de krav som återfinnes i KöpL avseende säljarens förmåga att förutse, undvika eller övervinna följderna. Friskrivningsklausuler av denna typ är vanligt förekommande i kommersiella förhandlings- och standardavtal och kan normalt inte drabbas av jämkning enligt AvtL 36 §. I NL 92 p.37 och ALOS 81 p. 29, finns t.ex. friskrivningsklausuler som räknar upp ansvarsbefriande omständigheter (force majeure), men där inga krav ställs på att följderna skulle kunnat undvikas eller övervinnas. I AB 92 p. 5:14 begränsas ersättningsskyldigheten till max 15% av kontraktssumman. I ALOS 81 p. 17 finns en klausul om dröjsmålsvite, där parterna kan avtala om olika procentsatser och därmed undvika tvist om skadeståndets storlek. Denna typ av klausul är vanligt förekommande i standardavtal p.g.a. svårigheten att fastställa ersättningsbeloppet vid dröjsmål (se t.ex. AB 92 p. 5:1 och NL 92 p. 13).

Listan på potentiella tvistefrågor vid upphandling kan göras lång, och ju mer komplicerad och egenartad transaktionen är, desto större är risken för luckor i avtalet på någon punkt. Som vi har sett är dock tvist i anledning av upphandlingsavtal relativt ovanligt, åtminstone i de högre instanserna, och torde i realiteten förekomma i mindre utsträckning än vid andra typer av kommersiella avtal. Det går inte heller att peka på någon tvistefråga som är typisk just för upphandlingsavtal. I detta avseende är det snarare lättare att peka på problemområden som närmast är uteslutna vid upphandling, och man kan därför sluta sig till att den upphandlande enheten i allmänhet står väl rustad om det drar ihop sig till tvist.

Förutom de problem som kan knytas till avtalets rättsverkningar, vilka ju bl.a. har sin motsvarighet i den köprättsliga regleringen, kan själva avtalet ibland komma att ifrågasättas. Förutsättningarna kan efter avtalsslutet ändras till den grad att avtalsvillkor, eller avtalet som helhet upplevs som en belastning för den förpliktade parten. Om man bortser från de ogiltighetsgrunder som är hänförliga till omständigheter före och under avtalsslutet (AvtL 28-34

§§), finns det ändå möjligheter att frånträda, jämka eller ogiltigförklara avtalet. Avtalet kan innehålla en avbeställnings- eller upphävningsklausul som berättigar part att under vissa omständigheter frånträda avtalet, ofta villkorat av att kompensation lämnas. På samma sätt kan avtalet innehålla en ändringsklausul. Under förutsättning att klausulen är tillämplig kan då part ensidigt ändra på vissa villkor. Vid upphandling kan dock ändrade villkor leda till skadeståndsskyldighet för den upphandlande enheten, p.g.a. brott mot huvudregeln om affärsmässighet. Även om frånträdes- och ändringsmöjlighet inte avtalats, kan avtalsrättsliga principer och lagregler medföra jämkning eller ogiltighet. Den s.k. förutsättningsläran⁹⁵ kan medföra ogiltighet vid bristande förutsättningar, d.v.s. då parts förutsättningar efter avtalslutet slagit fel. Den främsta möjligheten för jämkning, och undantagsvis ogiltighet, återfinns i AvtL 36 §, den s.k. ”generalklausulen mot oskäligen avtalsvillkor”. Enligt denna regel kan villkor som p.g.a. senare inträffade förhållande visar sig oskäligen, jämkas eller helt bortses ifrån. AvtL 36 § tar särskilt sikte på situationer där det råder stora skillnader i parternas styrkeförhållande, t.ex. där en enskild näringsidkare gör affärer med ett stort bolag (eller en offentlig upphandlare). Vid bedömningen huruvida visst villkor är oskäligt måste avtalet som helhet beaktas. En för motparten sträng bestämmelse kan ju uppvägas genom förmånligt pris eller dylikt. Generalklausulen är ett relativt nytt tillskott till avtalslagen (1976) och har än så länge tillämpats restriktivt av domstolarna.⁹⁶

⁹⁵ Förutsättningsläran beskrivs av Adlercreutz (1995) s. 269 ff.

⁹⁶ Oskäligen avtalsvillkor behandlas av Adlercreutz (1995) s. 286 ff. och Bernitz (1993) s. 75 ff.

8 LOU, konkurrens och samhällsekonomi

8.1 Inledande synpunkter

Syftet med LOU sägs ibland vara att uppfylla ett av Sveriges åtagande i samband med EES-avtalet, och sedermera EU-anslutningen. En sådan formulering är visserligen sann, men likväl tämligen tillintetsägande. Det vore kanske mer korrekt att påstå att LOU är det medel som Sverige valt för att säkerställa de mål som EG-direktiven på upphandlingsområdet ålägger medlemsländerna. Det blir då målen, de avsedda effekterna, som hamnar i blickfånget. Av den hittillsvarande framställningen torde flertalet av upphandlingsreglernas mål ha framgått. En upphandling ska enligt LOU karakteriseras av öppenhet, likabehandling, konkurrensutnyttjande och affärsmässighet. Dessa ingredienser är nödvändiga för att skapa en effektiv och gränsöverskridande upphandlingsmarknad, vilket i sin tur är en förutsättning för effektiv konkurrens på marknaden som helhet.

Inom EG insåg man tidigt att konkurrensfrågor var centrala vid skapandet av en gemensam marknad. Romfördraget, som genomsyras av integrationsmålet, försågs med stränga konkurrensregler, snarlika den amerikanska ”anti-trust” lagstiftningen. Artiklarna 85 och 86 tar sikte på konkurrensbegränsningar som är resultat av marknadsaktörernas otillbörliga beteenden. Då det är rationellt för enstaka aktörer att maximera sin vinst, är det naturligt att företagen strävar efter ständigt större marknadsandelar. Företag som på en välfungerande marknad expanderar, p.g.a. av att deras produkter är bättre eller billigare än konkurrenternas, bör ges fria tyglar, medan en expansion som beror antingen på brister i marknadens funktion, eller på otillbörliga beteenden, bör föranleda statliga eller överstatliga ingripanden. Romfördragets artiklar 85-86 och den svenska konkurrenslagen förbjuder kollusiv samverkan och dominansmissbruk som typiskt sett är resultat av privata aktörers rationella vinsthunger och monopolsträvanden. Dessa beteenden anses skadliga för marknadens funktion och träffas därför av stränga och ingripande sanktioner, bl.a. konkurrensskadeavgift och ogiltighetsverkan. Offentliga företag är enl. art. 90 inte undantagna Romfördragets konkurrensregler, diskriminerings- och restriktionsförbud. Offentliga stödåtgärder till enskilda företag är i princip förbjudna enl. art. 92, då de som regel har negativ inverkan på konkurrensen. Regionalstöd får förekomma (art. 92.3a), men detta får inte medföra att konkurrensen på marknaden hotas eller snedvrids.⁹⁷ Det andra förhållandet som enligt resonemanget ovan bör föranleda åtgärder från statsmakten är om det föreligger brister i marknadens funktion. Det främsta hotet mot en välfungerande marknad är felaktig eller ofullständig statsintervention, samt bristande information och irrationella preferenser hos marknadsaktörerna. Med ”felaktig statsintervention” avses här lagar, skatter, avgifter,

⁹⁷ Som offentligt stöd räknas varje åtgärd som gynnar visst företag och som inte är marknadsmässigt betingat. Kommissionen strävar efter att allt offentligt regionalstöd ska kanaliseras via EU:s regionutvecklingsfonder.

subventioner m.m. som inte uppfyller Kaldor Hicks-kriteriet, och således på lång sikt medför negativ ekonomisk tillväxt (se kap. 4). Romfördragets diskrimineringsförbud i art. 6 och restriktionsförbuden avseende produktionsfaktorernas fria rörlighet i art. 30, 48, 59 och 73b, är viktiga exempel på regler som ska främja marknadens funktion.⁹⁸ På nationell nivå bör det dessutom finnas grundlagsskyddad avtals-, närings- och etableringsfrihet samt äganderättsskydd m.m. och inskränkningar härvidlag ska vara beslutade i demokratisk ordning.

Effektiv konkurrens på ett visst marknadssegment förutsätter att aktörerna har samma grundförutsättningar. De regleringar som finns bör vara konkurrensneutrala, d.v.s. inte gynna viss aktör på annans bekostnad. En tydlig indikation på att konkurrensen är effektiv, är om ökade vinster för en viss aktör omedelbart lockar nya aktörer att etablera sig på samma marknadssegment. Finns det hinder mot nyetablering, kan det lönsamma företaget lätt skaffa sig en monopolställning. Detta monopol kan alltså uppstå p.g.a. en omständighet som är hänförlig till marknadens bristande funktion, här ett etableringshinder, utan att något missbruk är för handen. Om man fullföljer resonemanget står det snart klart att kontroll- och förbudsåtgärderna, själva kärnan i konkurrensrätten, inte i sig kan skapa, utan på sin höjd bevara redan existerande konkurrens. Saknas konkurrens på en viss marknad är alltså inte en strängare konkurrenslag någon lösning att räkna med. Istället bör staten genom välavvägd politik avlägsna etableringshinder, göra regleringen konkurrensneutral, uppmuntra ekonomiskt rationellt beteende genom information och rådgivning m.m. Det är här som regelverket kring offentlig upphandling kommer in i bilden. LOU är inte någon ”kontroll och förbudsåtgärd” i konkurrenslagets anda. LOU är istället en konkurrensskapande statsintervention, nära besläktad med Romfördragets diskriminerings- och restriktionsförbud. Effektiv konkurrens på marknaden för offentlig upphandling är målet, tillskapande av förutsättningar för konkurrens är medlet. Förutsättningarna i detta fallet är öppenhet, objektivitet, affärsmässighet etc. Förhållandet mellan LOU och KL, åskådliggörs tydligt på EU-nivå där konkurrensrätten inom Kommissionen ligger på DG IV:s bord, medan upphandlingsfrågor handhas av DG XV, som ju ansvarar för förverkligandet av den inre marknaden, det s.k. ”integrationsmålet”. Att det överhuvud taget behövs ett regelverk kring offentlig upphandling beror på att det annars saknas tillräckliga förutsättningar för effektiv konkurrens på denna marknad. Motivet till KL är å andra sidan att marknadens aktörer i sin strävan efter vinst, tenderar att ta till medel som bedömts som otillbörliga gentemot konkurrenter och konsumenter.

Motiven bakom, och målsättningen med LOU och KL, skiljer sig åt på ett märkbart sätt. Den gemensamma nämnaren är dock strävan efter effektiv konkurrens. Ovan (kap. 6.4) har framgått att KL kan bli tillämplig på en upphandlande enhets beteende, men samtidigt antydde vissa problem i detta avseende. Tillämpningsproblemen är en naturlig följd av att EG:s konkurrensrätt tar sikte på beteenden som är typiska för privata aktörer. Det är rationellt för ett enskilt företag att maximera sin vinst och denna strävan är i själva verket marknadsekonomin drivkraft. När konkurrensen fungerar väl går det bra för de företag som kan erbjuda kombinationen hög kvalitet och lågt pris, vilket är positivt för resursfördelningen i samhället. Företag som vill förstöra detta tillstånd, genom vissa former av samverkan eller missbruk av sin ställning, ska förhindras att snedvrider konkurrensen på sådant otillbörligt sätt. Offentliga aktörer kan i sin

⁹⁸ Amsterdamfördraget som ratificerades av Sverige 29/4 1998 och träder i kraft 1/1 1999, medför bl.a. att Romfördragets artiklar omredigeras och exempelvis art. 30 blir i framtiden art. 28 o.s.v.

upphandlingsverksamhet normalt betraktas som företag ("undertakings") i konkurrensrättsligt hänseende.⁹⁹ KL är således formellt tillämplig men rekvisiten i förbudsparagraferna träffar bara i undantagsfall ett köparbeteende i en upphandlingssituation. Vad gäller inköpssamverkan i syfte att pressa priset eller dela upp marknader, torde KL 6 § kunna tillämpas, om resultatet är påtagligt konkurrenssnedvridande på den relevanta marknaden. Undantaget i KL 8 §, kan dock åberopas av de flesta upphandlande enheter då samverkan skett av rationaliseringsskäl och de lägre kostnaderna kommer konsumenterna till godo, i form av potentiellt minskat skattetryck. Inköpssamverkan stöds dessutom aktivt av statsmakten.¹⁰⁰ Den upphandlande enheten drivs normalt inte av ett konventionellt vinstintresse. Inköpsbudgeten består av skattemedel, och om enheten lyckas pressa inköspriserna upplevs detta knappast som otillbörligt. En upphandlande enhet kan ha en dominerande ställning på den relevanta marknaden, enligt KL 19 §. Paragrafen tar främst sikte på missbruk på utbudssidan, men är även tillämplig på en dominerande inköpare. Missbrukar en marknadsdominerande upphandlande enhet sin ställning, kan konkurrensskadeavgift och skadeståndsskyldighet aktualiseras (KL 26 och 33§§). Det finns inga rättsfall där en offentlig aktör i sin upphandlande verksamhet har bedömts bryta mot KL. Däremot har KkV behandlat frågan om en offentlig aktör kan anses bryta mot KL 19 §, genom att utbjuda kraftigt underprissatta varor och tjänster.¹⁰¹ Det är dock då inte fråga om upphandling. Sammanfattningsvis kan sägas att konkurrensrättens främsta målgrupp är de privata marknadsaktörerna och att KL därför lämpar sig mindre väl i jakten på otillbörliga upphandlingsförfaranden. I prop. 1993/94:222 framstår just detta faktum som ett motiv till införandet av LIU (se kap 6.5).

8.2 LOU ger förutsättningar för konkurrens

En upphandlande enhet som till punkt och pricka följer LOU:s regler vid anskaffning från marknaden, bidrar till en effektiv konkurrenssituation. Genom annonseringar görs upphandlingen öppen och lagens detaljerade procedurregler säkerställer att alla leverantörer får samma möjligheter att konkurrera. Utvärderingen blir rättvis och fri från subjektiva moment. Huvudregeln om affärsmässighet ska medföra att de upphandlande enheterna agerar som privata företag vad gäller den interna ekonomin, och inte blandar in politiska eller andra ovidkommande hänsyn. Den upphandlande enheten ska utnyttja de befintliga konkurrensmöjligheterna vid varje upphandlingstillfälle, så att antingen lägsta pris eller att efter en avvägning det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet antas. Spelreglerna ska vara klara och framgå tydligt för leverantörerna. Om upphandlingen går rätt till har leverantörerna ingen anledning att känna misstro mot de offentliga upphandlarna. Tvärtom borde offentlig upphandling vara att föredra framför offertgivning vid privat upphandling, där ju inga faktiska garantier ges att utvärderingen är objektiv och att bästa bud vinner.

⁹⁹ Se dock DS 1992:121 sid 105, där departementschefen gjorde en helt annan (felaktig?) bedömning.

¹⁰⁰ SOU 1997:130 -Effektivare statlig inköpssamordning.

¹⁰¹ KkV dnr. 660/93 och 1325/94.

För att LOU ska få märkbart gynnsamma effekter krävs naturligtvis att det allmänna använder sig av upphandlingsförfarande vid sin anskaffning. Man räknar idag med att endast ca 10% av den offentliga sektorns konsumtion är konkurrensutsatt.¹⁰² Det finns inte längre några planer på lagstiftad upphandlingskyldighet vid tjänsteproduktion i egenregi, och det är därför upp till stat, landsting och kommun att på frivillig väg öka konkurrensutsättningen av egenregiverksamheten. Det finns inga ekonomiskt rationella motiv till varför så stor del av den offentliga sektorn är skyddad från konkurrens.¹⁰³ Varje offentlig verksamhet som inte innebär myndighetsutövning kan i princip utsättas för konkurrens. Sverige har en mycket stor offentlig sektor och besparingspotentialen är enorm. Det tycks dock finnas ett påtagligt motstånd ibland politiker på olika nivå, där ord som konkurrensutsättning och privatisering har negativ klang och upplevs som hot mot välfärd och demokrati.¹⁰⁴ Man frågar sig hur dessa beslutsfattare kan tro att ett ineffektivt utnyttjande av skattebetalarnas pengar skulle gagna vår välfärd, men ämnet kan upplevas som partipolitisk agitation och lämnas därför åt sidan här.

På senare tid märks en ökad förståelse hos beslutsfattarna för den ekonomiska tillväxtens betydelse. Detta beror tveklöst på den ökade internationaliseringen av den svenska ekonomin, som på allvar inleddes genom valutakrisen 1992, inträdet i EES 1994 och EU 1995 och som sedan har fortsatt med konvergenskraven inför EMU och det svenska näringslivets ökade gränsöverskridande verksamhet. En märkbar tendens på nationell nivå är den bolagisering som skett av statliga myndigheter och affärsverk. Såväl Telia, SJ och Posten som banverket och vägverket m.fl. bedrivs i bolagsform och utgör således självständiga juridiska personer gentemot staten. På områden med fri konkurrens tvingas dessa bolag att lämna anbud när det allmänna upphandlar. På senare tid har allt fler privata entreprenörer vunnit upphandlingar i konkurrens med offentliga bolag.¹⁰⁵ I takt med att monopol avvecklas och privata aktörer ges möjlighet att etablera sig på tidigare stängda marknadssegment, ökar chansen för effektivitet och tillväxt. En betydande del av den offentliga verksamheten innefattar dock inslag av myndighetsutövning och lämpar sig mindre väl för bolagisering och konkurrenstryck. Exakt var gränsen går kan diskuteras, men att försvar, rättsväsende och central administration ej bör upphandlas i konkurrens ter sig för de flesta naturligt.

När det gäller kommunikationer, sjukvård, utbildning, barnomsorg etc, märks en försiktig liberaliseringstendens. Då och då inträffar händelser som gör att upphandlingar inom dessa sektorer ifrågasätts. Solna kommuns upphandling av äldrevård ledde till en "vårdskandal" hösten 1997. Ett svenskt dotterbolag till det danska serviceföretaget ISS, hade vunnit en anbudstävling avseende driften av äldrevården vid Polhemsgården i Solna. Redan några få månader efter kontraktet upptäcktes grava missförhållanden i omvårdnaden, och naturligtvis ifrågasattes lämpligheten av att vinstdrivande företag verkar i vårdsektorn. Själva upphandlingen har inte blivit föremål för rättslig prövning, men fallet är likväl av principiellt intresse. Om en upphandling som följt LOU leder till en sämre situation än vad, ceteris paribus, hade gällt utan upphandlingen, är detta i varje enskilt fall en allvarlig kritik mot upphandling i

¹⁰² Se bl.a. European Commission (1996) och prop. 1993/94:222 s.30 bilaga 1993/94:35.

¹⁰³ Se bl.a. SOU 1993:16 och SOU 1995:105.

¹⁰⁴ P-A Sundbom -Konkurrens vid upphandling, det godas fiende? Konkurrens nr 6, 1997.

¹⁰⁵ Se artikel: Regeringen väljer privat telebolag. Dagens Nyheter 12/2 1998.

anbudskonkurrens. LOU ger förutsättningar för konkurrens men är naturligtvis ingen trollformel som kan garantera resultatet. Konkurrens ger typiskt sett en bättre ”kvalitet per krona”- kvot än monopol, men det är den upphandlande enhetens uppgift att ställa krav på kvalitetsnivån. I förfrågningsunderlaget ska tydliga minimikrav anges och i den fortsatta avtalsrelationen ska bristande uppfyllelse betraktas som avtalsbrott, med möjlighet till både hävning och ersättning. Om den upphandlande enheten tvivlar på att viss leverantör verkligen kan uppfylla minimikraven till det pris som angivits, finns möjligheten att förkasta detta anbud (LOU 1 kap. 23 §), efter vederbörlig kommunikation. Förutom att noga specificera kraven i underlaget, bör den upphandlande enheten också förbehålla sig rätten att fortlöpande kontrollera kvaliteten och sättet på vilket uppgiften utförs. I fallet från Solna var det kanske främst utförandekontrollen som brast från kommunens sida. När upphandlingen är avslutad kvarstår alltså en viktig uppgift för den upphandlande enheten, nämligen att övervaka att kontraktet verkligen följs. Efter Solnafallet har ett flertal vårdskandaler med liknande missförhållanden uppdragats, men där kommunal egenregi stått för driften. Förklaringen i dessa fall har från de ansvariga uppgivits som att besparingar ökat arbetsbördan för personalen, eller liknande resonemang. Tjänster är arbetsintensiva och med den svenska lönebildningen är det svårt för entreprenörer att pressa priserna utan att kvalitén blir lidande. Entreprenören är dock tvingad att hålla högsta möjliga kvalitet per krona, dels för att vinna anbudstävlingen, dels för att få behålla det aktuella kontraktet under avtalstiden, dels för att upplevas som ett gott val inför nya upphandlingar av samma enhet. Entreprenörens anställda vet att de riskerar förlora jobben om kontraktet går förlorat och är därför mera motiverade att göra ett fullgott arbete. Endast i enstaka undantagsfall torde en icke-konkurrensutsatt egenregiverksamhet kunna erbjuda högre effektivitet än en kvalificerad entreprenör som är utsatt för konkurrenstryck. LOU erbjuder ett medel för att finna entreprenören (annons), utsätta denne för konkurrens (anbudstävling) och kontrollera upphandlingsobjektet (uppföljning/kontroll). Därmed finns förutsättningarna för den upphandlande enheten att dra nytta av de fördelar som effektiv konkurrens medför.

8.3 Offentliga aktörer påverkar konkurrensen

Att effektiv konkurrens i normalfallet medför välfärdsvinster för samhället är en allmänt accepterad sanning, och man får söka sig till tämligen extrema åsiktsgrupper för att finna motsatta uppfattningar. De länder som av politiska skäl låtit monopol fördela samhällets resurser är också de länder som har lägst kvot välfärd per tillgänglig resurs, se t.ex. Nordkorea och Albanien. Både monopol och effektiv konkurrens kräver aktiva åtgärder från statsmakten. Vid monopolsituationer uppstår ofta ”svarta marknader” och privata vinstintressen, medan den effektiva konkurrensen hela tiden hotas av otillbörliga samarbeten och missbruk, vilket kan leda mot oligopol eller monopol. Drivkraften tycks hela tiden vara vinstintresset, och nyckeln till ekonomisk tillväxt och ökad välfärd är att kunna utnyttja denna starka kraft samtidigt som den hålls under kontrollerade former. Ekonomikommisionen har i ett betänkande framhållit att ”bristande konkurrens är ett huvudproblem i svensk ekonomi”.¹⁰⁶ Denna kommission ledd av Assar Lindbeck, framhöll att

¹⁰⁶ SOU 1993:16 Nya villkor för ekonomi och politik.

tillväxtproblemen i stor utsträckning beror på att marknadsmekanismerna sätts ur spel, och pekar särskilt på företagens konkurrensbegränsningar och offentliga regleringar. När det gäller företagens beteende spelar alltså konkurrensrätten en viktig roll medan det allmännas beteenden inte på samma effektiva sätt kan kontrolleras. Genom EU-medlemskapet har dock statens regleringsbefogenheter inskränkts för att främja den effektiva ekonomiska politik som är förutsättning för en välfungerande gemensam marknad.

Om offentliga aktörer verkar på marknaden påverkas konkurrensen. När det allmänna agerar som avtalspart saknas ofta regelrätt vinstintresse, vilket ju utgör drivkraften i konkurrensen. Det allmänna deltar på marknaden utan att löpa samma kommersiella risker som de övriga aktörerna, och verksamhetens uppbyggnad och fortbestånd är inte beroende av löpande vinstmedel. Offentlig verksamhet är ofta skyddad genom ensamrätter och långtidskontrakt, och budgeten regelmässigt skattefinansierad. Dessa egenskaper gör det olämpligt att offentliga aktörer verkar aktivt i konkurrens med privata företag.¹⁰⁷ Det finns offentlighetsregler som hindrar att offentlig verksamhet drivs i vinstsyfte, den s.k. självkostnadsprincipen, i bl.a. kommunallagen och statliga avgiftsförordningen. Kommunerna är dessutom förbjudna att driva spekulativ verksamhet och enligt den s.k. lokaliseringssprincipen ska en kommun ej driva verksamhet utanför det egna geografiska området. För att en kommun ska anses ha kompetens att driva näringsverksamhet krävs att tjänst eller anläggning har allmännyttig karaktär. Den kommunala kompetensen kan utvidgas genom lag eller specialförordning. Exempelvis kan nämnas att kommunala bussbolag har givits rätt att delta i andra kommuners upphandling av busstrafik, något som föranlett kritik från bl.a. KkV.¹⁰⁸ Även när kommunen verkar inom ramen för sin grundläggande kompetens kan konkurrensen påverkas. Ett exempel är bad och motionsanläggningar. Dessa drivs utan vinstintresse för att erbjuda service till kommuninvånarna, men kan samtidigt ha förödande effekt för privat etablering av gym- eller solarieverksamhet. Det vore kanske lämpligt om kommunen endast erbjöd bastjänster, t.ex. lokaler och bassänger med hög kapacitet, för att sen lägga ut specialtjänster, t.ex. solariedrift, massage, m.fl. aktiviteter som finns på marknaden, till högstbjudande entreprenör. När det gäller tävling där högstbjudande offert vinner är LOU dock inte tillämplig. En offentlig aktör måste alltså sköta anskaffning enligt LOU:s regler, men när en vara eller verksamhet ska avyttras finns inga regler om att bästa bud ska antas.

Man kan skilja på situationer där offentliga aktörer aktivt deltar i konkurrensen, t.ex. kommunala bussbolag i främmande kommuner, och där offentliga aktörer endast utnyttjar befintlig konkurrens, t.ex. vid upphandling från marknaden. Medan man kan ifrågasätta den förstnämnda situationen som närmast otillbörlig ur konkurrenssynpunkt, torde den sistnämnda situationen vara eftersträvansvärd för samhällsekonomin. Att utnyttja konkurrensmöjligheterna vid upphandling nämns ju också i LOU:s huvudregel om affärsmässighet. Det finns dock upphandlingsförfaranden som inte strider mot LOU men ändå är tvivelaktiga när samhällsekonomin ställs i främsta rummet. Faran med omfattande ramavtal har redan antytts i kap. 6.4 och 7.4.¹⁰⁹ Det är också vanligt vid främst tjänstepphandling att egenregin deltar i upphandlingen. Ett sådant förfarande kan ifrågasättas redan på lagteknisk grund. Om egenregin inte utgör en separat juridisk person kan den ju inte lämna ett anbud i ordets juridiska bemärkelse och således inte heller sluta avtal

¹⁰⁷ Se artikel av P-A Sundbom –Offentliga aktörer snedvrider konkurrensen.

¹⁰⁸ Se artikel av S-G Johansson -Ny lag öppnar för gränslösa turer.

¹⁰⁹ Se även SOU 1997:130, SOU 1994:156 samt Riksdagsrevisorernas rapport 1997/98:3.

med den upphandlande enheten. Detta löser den upphandlande enheten genom att avbryta upphandlingen och tilldela egenregin den aktuella verksamheten. Anledningen till att en upphandling genomfördes kan vara önskan om en priskontroll, som ska ligga till grund för egenregins budget. Förfarandet riskerar även att menligt inverka på konkurrensen, enligt det resonemang som redovisades i föregående stycke. En avbruten upphandling kan strida mot LIU, och ska dessutom enligt LOU (se 2 kap. 7a §, 3 kap. 11 § och 5 kap. 13 §) rapporteras särskilt till byrån för EG:s officiella publikationer. Enligt LOU behöver egenregiverksamheten ej upphandlas, medan upphandling i princip ska genomföras om verksamheten bedrivs i bolagsform, och således utgör en gentemot enheten självständig juridisk person. Enligt LOU 5 kap. 2 § medges dock undantag från kravet på upphandling om bolaget har ensamrätt på tjänsten. Ensamrätten ska vara grundad på lag eller författning och enligt prop. 1992/93:88 avses inte immateriella ensamrätter, utan snarare offentligt monopol. Tjänstedirektivet 92/50 anger i art. 6 att ensamrätten även kan grundas på "förvaltningsföreskrift". Detta öppnar en möjlighet för t.ex. en kommun att tilldela ett kommunalt bolag en ensamrätt på vissa tjänster, och därigenom slippa upphandlingskravet. Denna möjlighet till förvaltningsföreskrift (i direktivet: "administrative provision") har inte medtagits i LOU och rättsläget är för nuvarande oklart.¹¹⁰ Då ensamrätter ej får tilldelas i strid mot Romfördragets syften och mål, torde dock en kommun i realiteten ha mycket begränsade möjligheter att kringgå upphandlingskravet vid anskaffning från egna bolag, även om man med framgång kunde hävda direktivets företräde framför LOU.

Ett av de viktigaste målen för upphandlingsregleringen är att upphandlaren ska kunna utnyttja konkurrensen till gagn för den egna kostnadseffektiviteten, utan att menligt påverka förutsättningarna för konkurrensen. Lagstiftaren har utgått ifrån att en fungerande konkurrens är nyckeln till effektivt resursutnyttjande i samhället.¹¹¹ Kan man då verkligen utesluta monopol som medel för effektiv resursallokering? Fortfarande är monopol och monopolliknande ensamrätter vanliga inom den offentliga sektorn. Vid myndighetsutövning styrs besluten av regler och principer som tillkommit i demokratisk ordning, inte av marknadsmekanismerna direkt. Statliga monopol motiveras ofta av olika skyddsintressen. Det är i slutändan upp till politikerna att dra gränsen där effektivitetsvinsten kan anses överväga den politiska "statusförlusten". LOU är ett gott exempel på hur den offentliga sektorn kan dra nytta av konkurrensen utan att helt förlora kontrollen till marknadsaktörerna. Det torde inte finnas någon risk för att demokratiska principer och skyddsbehövande grupper ska bli lidande, om en upphandling genomförs på ett korrekt och kompetent sätt.

8.4 Organisation eller marknad?

¹¹⁰ NOU –Kommuners och landstings möjligheter enl. LOU och gemenskapsrätten att genomföra köp från sina egna bolag m.m. (1998)

¹¹¹ Se prop. 1993/94:222 s.34 ff bilaga 1993/94:35.

En offentlig aktör som avser att fylla ett behov kan i viss mån, och framförallt när det gäller tjänsteproduktion, välja om behovet ska täckas genom egenregiverksamhet eller genom upphandling. LOU reglerar som bekant endast den senare situationen. Det är inte självklart att upphandlingsalternativet är det ekonomiskt mest rationella i varje situation där ett behov ska fyllas.

Ett företags storlek och organisation avgörs i praktiken av dess organisatoriska effektivitet. Anledningen till att ett företags organisation kan växa, trots en effektiv konkurrens på marknaden, är att produktionskostnaden i det enskilda fallet befunnits lägre för företagsinterna transaktioner än vid anskaffning från marknaden. Konkurrenstrycket pressar visserligen marknadspriserna, men köp från marknaden är förknippat med en rad kostnader för att söka upp, utvärdera, förhandla och följa upp en avtalsrelation, s.k. transaktionskostnader.¹¹² Om det vid ett visst behov bedöms som förknippat med lägre kostnader att producera organisationsinternt, finns också ekonomiskt rationella motiv för att inte vända sig till externa leverantörer. En avvägning görs mellan organisation och marknad, där transaktionskostnaderna spelar en avgörande roll. Transaktionskostnaderna är främst resultat av ofullständig information, samt bristande tillit och rationalitet. Det är i marknadsaktörernas intresse att sänka dessa kostnader. Det utbredda bruket av standardavtal är ett utmärkt exempel på ett instrument som uppkommit spontant för att sänka transaktionskostnaderna. Standardavtalets allmänna bestämmelser, som ofta framförhandlats med representanter från både köpar- och säljarsidan, gör detaljreglering onödig på viktiga punkter i det enskilda avtalet, vilket sänker transaktionskostnaderna. Om villkoren för ansvars- och riskplacering dessutom lägger bördan på den part som har lättast att bära eller kontrollera den, blir avtalet effektivt vad gäller resursfördelning vilket kan leda till lägre riskpremier och i slutändan lägre priser.

Den offentliga uppköparens organisation är normalt inte ett resultat av konkurrenstryck och transaktionskostnader, såsom ju är fallet med privata företag. När det kommer till en behovssituation där en avvägning mellan organisation eller marknad ska göras, talar dock effektivitetsskäl för att transaktionskostnaderna ska få avgöra även för offentliga aktörer. En sådan avvägning kan alltså utfalla så att egenregiverksamheten ter sig ekonomiskt rationell. Det bör finnas en adekvat internredovisning som anger egenregiverksamhetens verkliga kostnader, för att jämförelsen med marknadsalternativen ska bli rättvis. Än viktigare är incitamentsaspekten. För organisationsinterna transaktioner, t.ex. produktion i egenregi, är det inte prismekanismen som styr resursallokeringen. Istället är organisationen uppbyggd som en hierarki, där ledningen ger order och fördelar resurserna. Den privata ledarens incitament att fatta goda interna beslut, baseras på hans vilja att organisationen ska överleva på marknaden. Den offentliga organisationens ledning saknar detta incitament och risken är stor att besluten som styr egenregin blir ineffektiva, d.v.s. att produktionen av viss kvalitet bli dyrare per enhet, jämfört med privat produktion. Det är troligen just incitamentsproblemet som fick de kommunistiska systemen med planhushållning och statsmonopol på fall.

¹¹² Se Ronald Coase -Företaget, marknaden och lagarna (1992).

9 Sammanfattande kommentar

9.1 Ett angeläget rättsområde

Som medlem i Europeiska Unionen har Sverige en skyldighet att avskaffa direkta och indirekta hinder mot det fria flödet av varor, tjänster, arbetskraft och kapital. Den gemensamma marknaden innebär stora möjligheter för svenska konkurrenskraftiga företag, men samtidigt ett hot mot skyddade och svaga sektorer. Den gränsöverskridande handeln har medfört en stark internationalisering av svensk ekonomi. Företagen och arbetskraften är rörligare än någonsin, vilket ställer stora krav på flexibilitet vad gäller marknadsstruktur, lönebildning etc. Ett land med ineffektiv offentlig sektor tvingas ta ut höga skatter, vilket kan leda till landsflykt för våra multinationella företag och den kvalificerade arbetskraften. Om stora segment av näringslivet är skyddade från konkurrens, t.ex. genom subventioner eller otillräcklig konkurrenslagstiftning, halkar dessa företag efter i den internationella konkurrensen. När samarbetet inom EU knyts allt närmare, som ju är fallet med Maastricht- och Amsterdamavtalen, ställs ökade krav på en effektiv offentlig sektor, inte minst med tanke på EU-områdets konkurrenskraft gentemot omvärlden, främst USA och Japan. Då den offentliga upphandlingen inom EU är värd över 720 miljarder ECU, motsvarande 11,5% av den samlade BNP, förstår man att detta rättsområde är angeläget. En effektiv gemensam upphandlingsmarknad medför ökad ekonomisk integration, ett hälsosamt konkurrenstryck och lägre offentliga utgifter, vilket i sin tur är tänkt att leda till ekonomisk tillväxt i regionen som helhet.

Sverige, med sin stora offentliga sektor, torde ha mycket att vinna på en rättslig reglering som säkerställer effektivitet vid upphandling. Den offentliga upphandlingens värde uppskattades 1997 till 300 miljarder kr. I en enkät utförd av NOU¹¹³ befanns LOU ha medfört en besparing på 1,1% per år. En blygsam procentsats men ändå 3,3 miljarder skattekröner. Nyckeln till ännu bättre resultat ligger i dels större andel konkurrensetsatt anskaffning/produktion, dels bättre utnyttjande av befintlig konkurrens i de fall som upphandlingsförfarande används. I Sverige svarar kommuner och kommunala bolag för nära hälften av all upphandling. Den kommunala självstyrelsen har satt stopp för lagförslag om obligatorisk upphandling över vissa värden. Det bör dock uppmärksammas att kommunerna måste följa Romfördragets artiklar om likabehandling och fria rörligheter etc. Annars riskerar svenska staten att hamna inför Gemenskapsdomstolen för fördragsbrott (se bl.a. RF art. 169, 164 och 5).

¹¹³ Se NOU -Effekter av lagen om offentlig upphandling (1998) s.23.

9.2 Varför behövs en lag om upphandling?

Romfördragets artiklar för fri rörlighet för varor, tjänster, arbetskraft och kapital, har i kombination med avskaffandet av tariffära hinder, medfört ett kraftigt uppsving av gränsöverskridande handel inom EU. Området för offentlig upphandling har dock länge varit ett undantag. Bristande incitament att sänka de offentliga utgifterna har i kombination med starka nationella preferenser, verkat som en bromskloss för europeisk integration och tillväxt. För att göra Romfördragets grundläggande artiklar mer effektiva på upphandlingsområdet har detaljerad sekundärlagstiftning införts, i form av direktiv som tar hänsyn till de speciella förhållanden som uppstår när det allmänna handlar från marknaden. Upphandlingsdirektiven ska införlivas i medlemsstaternas nationella lagstiftning och tillämpas på samma sätt i hela unionen. Genom LOU anser Sverige att samtliga direktiv på området införlivats i svensk rätt, på ett sätt som är fullständigt i samklang med Romfördragets övergripande principer och mål.

LOU föreskriver att den upphandlande enheten ska agera affärsmässigt och utnyttja konkurrensen. Lagstiftaren vill alltså att den upphandlande enheten ska uppföra sig som ett privat företag vad gäller kostnadsminimering och resursallokering. Samtidigt ställs stora krav på den upphandlande enhetens objektivitet och öppenhet vilket stämmer väl överens med enhetens egenskap av offentlig aktör. Dessa strama tyglar är ett direkt resultat av att det allmänna har misslyckats att utnyttja de möjligheter till effektivisering som den gemensamma marknaden erbjuder. För privata aktörer behövs inget regelverk för upphandling. Konkurrenstrycket på marknaden tvingar dessa att agera rationellt i varje transaktion. De offentliga aktörerna saknar däremot detta grundläggande kostnadsminimerings- / vinstmaximeringsincitament och lagstiftningen har häri sitt berättigande. Det är alltså nödvändigt, men inte tillräckligt, att den upphandlande enheten respekterar Romfördraget. För att Romfördragets övergripande mål ska kunna realiseras, har det bedömts som nödvändigt att i minsta detalj reglera upphandlingsproceduren, och därav LOU:s omfång och detaljrikedom.

9.3 Utrymme för förbättringar?

Trots upphandlingsreglernas stora detaljrikedom, tillgången till rättsmedel och den ambitiösa målsättningen, har de ekonomiska effekterna av regleringen hittills varit blygsamma. Den direkta orsaken till detta förhållande är tveklöst att en alltför liten del av offentlig anförskaffning och tjänsteproduktion upphandlas i anbudskonkurrens.¹¹⁴ Det krävs attitydförändringar från beslutsfattare inom den offentliga sektorn, så att en större del av det allmännas behov täcks genom upphandlingsförfarande. Alternativet är lagregler som ålägger offentliga aktörer att

¹¹⁴ Ca 10% av det allmännas totala kostnader, exkl. transfereringar, beräknas vara konkurrensutsatt konsumtion. Enl. prop. 1993/94:222 s.35 bilaga 1993/94:35, skedde ca 23% av den tekniska upphandlingen i konkurrens medan området för utbildning och socialtjänst upphandlades till 4% i anbudskonkurrens. Den kommunala tjänsteproduktionen var konkurrensutsatt till 6% (samtliga uppskattningar från 1990-1992).

upphandla alla större behov. En annan viktig orsak till det relativt dåliga utfallet är att den upphandlande enheten ofta misslyckas med att utnyttja konkurrensen fullt ut vid upphandling. Detta kan bero på kontaktsvårigheter i form av bristande annonsering eller misstro mot upphandling från potentiella leverantörers sida. Vid ett resonemang de lege ferenda bör man först uppmärksamma åtgärder som utvidgar upphandlingsreglementet till att också innehålla upphandlingstvång, ogiltighetsverkan vid avtal som tillkommit i strid mot LOU, eller straffrättsliga sanktioner mot den eller de personer som i ansvarig ställning avsiktligt bryter mot LOU. En utveckling i denna riktning ses av många som alltför radikal och är troligtvis inte aktuell. LOU kan dock förbättras inom ramen för sitt nuvarande tillämpningsområde, och det är då främst åtgärder som ökar effektiviteten i den enskilda upphandlingen som är intressanta.

I Kommissionens ”grönbok” om offentlig upphandling¹¹⁵ efterlystes konkreta förslag till hur upphandlingen kan göras effektivare. Bland svaren som inkom från upphandlande enheter, leverantörer och andra berörda inom EU, märks förslag om bättre information, tydligare regelverk och ökad harmonisering mellan länderna. Från bl.a. svenskt håll anfördes att förhandlingar måste kunna föras mellan den upphandlande enheten och leverantören vid vissa komplicerade transaktioner. Kommissionen planerar därför att införa ett nytt upphandlingsförfarande kallat ”competitive dialogue”, som tillåter förhandlingar vad gäller främst tekniska lösningar. Kommissionen har också planer på att slå ihop samtliga upphandlingsdirektiv för att skapa ett mer överskådligt och koherent regelverk.

En allvarlig kritik mot LOU är svårigheten för leverantör att vinna framgång i skadeståndstalan efter avslutad upphandling. Att den upphandlande enheten brutit mot LOU är ju som bekant inte tillräckligt för att anse att leverantören lidit skada (se kap. 6.3). En åtgärd som kunde få god preventiv effekt vore att ge NOU talerätt mot en upphandlande enhet som slutit upphandlingsavtal utan att följa LOU. Ogiltighetsverkan är kanske alltför drastiskt (jämför med KL 7 §), men en bötesavgift föranledd av själva regelbrottet kan säkert ge avsedd effekt (jämför med konkurrensskadeavgiften i KL 26 §). Med tanke på att leverantören ofta drar sig för att stämna en upphandlande enhet, är det olyckligt att den viktigaste sanktionen, ex post avtal, vilar på leverantörskollektivet.

Ramavtalen är en form av samordnad upphandling som ger pressade priser och lägre administrativa kostnader för deltagande enheter. De ramavtal som är vanligt förekommande vid den statliga upphandlingen i bl.a. Sverige, riskerar dock att snedvrider konkurrensen då de normalt är helt oförpliktande för de anslutna enheterna, samtidigt som den utvalde leverantören binder upp sig till avtalet. Det vore lämpligt att LOU stadgade dels en viss minimiförpliktelse för avtalsslutande enheter, dels ett förbud mot att den funktionsansvariga enheten binder upp deltagande enheter till ramavtalet (se kap. 7.4).

LIU har fått en undanskymd placering i sammanhanget, och glöms lätt bort av en missnöjd leverantör. Det vore kanske önskvärt att inkorporera LIU i LOU, och samtidigt utöka tillämpningsområdet till att omfatta även otillbörliga direktupphandlingar (se kap. 6.5). Motivet till LIU är ju att skapa tilltro till offentlig upphandling hos leverantörerna, och det är därför olyckligt om lagen är svårtillgänglig och dessutom innehåller besvärande luckor.

¹¹⁵ European Commission -Public Procurement in the European Union, Exploring the Way Forward (1996).

I samma anda som LOU, vore kanske en lag som garanterade affärsmässighet i andra transaktioner än rena upphandlingar, på sin plats. När det allmänna konkurrerar på en fungerande marknad påverkas ju regelmässigt konkurrensen (se kap 8.3). Då det allmänna säljer tillgångar eller begär in offerter för drift av verksamhet i offentligtägda lokaler finns inte heller något krav på att välja det högsta budet eller den ekonomiskt mest fördelaktiga offerten. Det är dock en svår balansgång för en upphandlande enhet med politisk agenda, att exempelvis ena stunden verka för tryggad sysselsättning och andra stunden välja ett anbud från leverantör som inte gagnar den lokala arbetsmarknaden, i affärsmässighetens namn. Miljöhänsyn vid utvärderingen är ett område som uppmuntras av lagstiftaren¹¹⁶, men som samtidigt är svår att förena med kravet på affärsmässighet och objektivitet. Förvirringen är i nuläget stor angående vilka krav på miljöhänsyn som får ställas.¹¹⁷ Följer man LOU:s lydelse strikt torde endast miljöhänsyn som objektivt kan mätas i ekonomiska termer, få vara avgörande i en utvärdering om det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Ett klagande meddelande från Kommissionen vore välkommet.

Det finns som framgått fortfarande utrymme att förbättra LOU och på så sätt öka effektiviteten i upphandlingen. LOU är både till art och form en nyhet för svenska förhållanden och det finns all anledning att snegla på hur utvecklingen för upphandlingsreglerna ter sig i de övriga EU-länderna. Det står tämligen klart att LOU under den närmaste åren kommer att genomgå såväl stora förändringar som mindre följdjusteringar. Det finns däremot knappast någon anledning att ändra på den grundläggande målsättningen med regelverket: välfungerande konkurrens på den gemensamma marknaden och effektiv resursallokering inom den offentliga sektorn.

9.4 Avslutande sammanfattning

Detta arbete har riktat blickarna mot de offentliga aktörernas upphandling. Avsikten har varit att presentera det för området tillämpliga regelverket, dels genom att introducera läsaren i LOU:s principer, procedurregler och rättsmedel, dels genom att erbjuda en teoretisk modell som kan motivera regelverkets existens. Framställningen har varit inriktad mot förmögenhetsrätten och samhällsekonomin. EG-rätt och förvaltningsrättsliga aspekter har till följd av denna avgränsning berörts mera översiktligt. Ett centralt moment har varit att belysa de problem och konsekvenser som är förknippade med den speciella situation som föreligger när det allmänna uppträder som avtalspart i civilrättsliga förhållanden. Framst återverkningar på avtals-, köp- och konkurrensrättsens område har uppmärksammas. Syftet och målsättningen med upphandlingsreglerna har analyserat ur såväl rättslig som ekonomisk synvinkel och ett resonemang de lege ferenda har förts. Förhoppningsvis har läsaren inte enbart erhållit kunskap om de materiella rättsreglerna på området, utan även fått förståelse för anledningen till att regleringens behövs och varför den givits sin nuvarande form.

¹¹⁶ Se LOU 1 kap. 22 §, 2st. och prop. 1992/93:88 kap 4.1 vid 22p.

¹¹⁷ Se NOU -Ekologiskt hållbar offentlig upphandling (1998), samt artiklar av U. Roosvald (1997) och H. Wengström (1996). Se även SOU 1996:23.

10 Källförteckning

LITTERATUR

- Adlercreutz, A.
Adlercreutz, A.
Bengtsson, B.
- Avtalsrätt I. 10:e uppl. Lund. 1995.
Avtalsrätt II. 4:e uppl. Lund. 1996.
Det allmännas ansvar enligt Skadeståndslagen.
2:a uppl. Lund. 1996.
- Bernitz, U.
Bernitz, U.
Bogdan, M.
- Den nya konkurrenslagen. Stockholm. 1993.
Standardavtalsrätt. 6:e uppl. Stockholm. 1993.
Internationell privat och processrätt. 4:e uppl.
Stockholm. 1997.
- Bogdan, M.
- Utrikeshandelns civilrättsliga grundproblem. 2:a
uppl. Stockholm. 1994.
- Cecchini, P.
Hagman, U.
- Europas inre marknad 1992. Stockholm. 1988.
Introduktion till den nya lagen om offentlig
upphandling. Stockholm. 1994.
- Hedlund, B.
- Offentlig upphandling av entreprenader. 2:a
uppl. Stockholm. 1996.
- Hedlund, B.
- Offentlig upphandling av tjänster. Stockholm.
1994.
- Hellgren, L.
- Offentlig upphandling -en handbok. Stockholm.
1994 -med fortlöpande supplement.
- Hellner, J.
- Kommersiell avtalsrätt. 4:e uppl. Stockholm.
1993.
- Håstad, T.
Gjerstad, M.
- Den nya köprätten. 3:e uppl. Uppsala. 1993.
Offentlig upphandling i korthet. Ängelholm.
1997.
- Gorton, L.
- Nationell rätt och internationella köpavtal. 4:e
uppl. Lund. 1990.
- Linder, G.
- Handbok i offentlig upphandling. 7:e uppl.
Stockholm. 1996.
- Löfving, C.
- Kommunal upphandling. 3:e uppl. Stockholm.
1995.
- Pagh, P.
- Offentlige kontrakter og EF-retten. Köbenhavn.
1992.
- Pålsson, L.
- EG-rätten –ny rättskälla i Sverige. Stockholm.
1993.
- Skogh, G.
- Den osynliga handen. I: Rättsekonomi. Göran
Skogh (red.). Stockholm. 1983.
- Strömberg, H.
Ståhl, I.
Werin, L.
- Allmän förvaltningsrätt. 18:e uppl. Lund. 1997.
Marknadens institutioner. Lund. 1996.
Ekonomi och rättssystem. Stockholm. 1982.

ARTIKLAR

- Andersson, G. LOU leder till ineffektivitet. Kommunaktuellt. Nr 15 1995.
- Andersson, C. Ett gott exempel: Man ska veta vad man vill ha. Landstingsvärlden. Nr 30 1996.
- Bogdan, M. Något om EG-reglerna avseende offentlig upphandling. Förvaltningsrättslig Tidskrift 1991:2.
- Boyle, R.M. Procurement rules. Public Procurement Law Review. 1994:3.
- Carenholm, S. LOU ändras. Arkitekten. Nr 1 1997.
- Dinkelspiel, U. Kontrollorgan mot regelbrott behövs. Svenska Dagbladet 12 feb 1998.
- Ericsson, E. Överprövning och skadestånd vid offentlig upphandling. Juridisk Tidskrift 1994:95.
- Gezelius, M. Ofantlig världsmarknad. Justitia. Nr 36 1997.
- Gierta, C. Stora brister i upphandling. Dagens Nyheter. 12 feb 1998.
- Hammarlund, J. Första LIU-fallet till MD. Konkurrens. Nr 7/8 1995.
- Hellberg, S. Företagare vann strid mot kommunen. Tidningen Näringsliv. Nr 17 1996.
- Johansson, S-G. Ny lag öppnar för gränslösa turer. KA Direkt Bakgrund. Okt. 1996.
- Johansson, S-G. Upphandling i konkurrens sparar tre miljarder per år. Kommunaktuellt. Nr 2 1998.
- Karlsson, G. Dålig etik vid upphandling. Kommunaktuellt. Nr 26 1996.
- Lefvert, S. Tjänstemannen hotad av LOU. Kommunaktuellt. Nr 6 1996.
- Muhlenbock, E. Nya spelregler för upphandlande enheter. Ny Juridik 3/1996.
- Nandorf, T. EU-parlamentet minskar krånglet i offentlig upphandling. Kommunaktuellt. Nr 34 1997.
- Nielsen, D. Private firmaer sjuksker ved EU-udbud. Dagbladet Børsen. 21 aug. 1997.
- Palm, U. Upphandlingslagens skadeståndsregler bör ses över. Svensk Juristtidning. 1996.
- Riberdahl, C. Kommunala bolag främjar konkurrensen. FinansTidningen. Nr 87 1997.
- Roosvald, U. EU-regler sätter käppar i hjulen för miljövänlig upphandling. Landstingsvärlden. Nr 21 1997.
- Rönn, J. Landsting bryter lag. Tidningen Näringsliv. Nr 7 1997.
- Scharff, J. Relevante fakta om EU-udbud. Dagbladet Børsen. 2 aug. 1997.
- Sundbom, P-A. Konkurrensverket tillämpar ny lag om offentlig upphandling. Konkurrens. Nr 5 1994.
- Sundbom, P-A. Konkurrens vid upphandling. -det godas fiende? Konkurrens. Nr 6 1997.
- Sundbom, P-A. Offentliga aktörer snedvrider konkurrensen.

Thöis Madsen, P.	Konkurrens. Nr 3 1995. Pas på Kommissionens bluffnummer. Dagbladet Börsen. 31 okt. 1996.
Weinberger, D.	Elektroniska rutiner utvecklas. Landstingsvärlden. Nr 10 1996.
Weinberger, D.	SL-upphandling sparade en miljard. Landstingsvärlden. Nr 35 1996.
Wengström, H.	Älvsborg utmanar EU om grön el. Landstingsvärlden. Nr 14 1996.
Wengström, H.	Krav på hårdare miljökrav. Landstingsvärlden. Nr 6 1996.
Westring, G.	Lagom lag om offentlig upphandling? Juridisk Tidskrift 1994:95.
Wrede, M.	Nöjda med ny lag trots liten besparing. Kommunaktuellt. Nr 6 1995.

FÖRARBETEN

Ds 1992:4	Offentlig upphandling och EES.
Ds 1992:62	Offentlig upphandling och EES -del II.
Ds 1992:121	Anbudskonkurrens vid offentlig upphandling.
Ds 1994:83	Förslag till lag om ändring i lagen om offentlig upphandling.
Prop. 1992/93:88	Om offentlig upphandling.
Prop. 1993/94:35	Förslag till lag om ingripande mot otillbörligt beteende avseende offentlig upphandling.
Prop. 1993/94:78	Frågor om offentlig upphandling.
Prop. 1993/94:222	Förnyat förslag till lag om ingripande mot otillbörligt beteende avseende offentlig upphandling.
Prop. 1993/94:227	Frågor om offentlig upphandling.
Prop. 1994/95:153	Frågor om offentlig upphandling.
Prop. 1995/96:165	Frågor om offentlig upphandling.
Prop. 1996/97:153	Ändringar i lagen om offentlig upphandling.
Reg. Skr 1996/97:83	Sverige och den inre marknaden.
SOU 1991:28	Konkurrens i Sverige.
SOU 1991:59	Konkurrens för ökad välfärd.
SOU 1991:104	Konkurrens inom kommunala sektorn.
SOU 1993:16	Nya villkor för ekonomi och politik.
SOU 1994:136	Statliga myndigheters avtal.
SOU 1995:105	Konkurrens i balans.
SOU 1996:23	Offentlig upphandling -en miljöfråga.
SOU 1997:88	Upphandling för utveckling.
SOU 1997:130	Effektivare statlig inköpssamordning.

EG-DIREKTIV

Rådets direktiv 89/665	Rättsmedel. (OJ 1989 L 395/33).
Rådets direktiv 92/13	Rättsmedel. (OJ 1992 L 76/14).
Rådets direktiv 92/50	Tjänster. (OJ 1992 L 209/1).
Rådets direktiv 93/36	Varor. (OJ 1993 L 199/1).
Rådets direktiv 93/37	Entreprenader. (OJ 1993 L 199/54).
Rådets direktiv 93/38	Försörjningssektorerna. (OJ 1993 L 189/84).

ÖVRIGA KÄLLOR

EF-Karnov.	1994. Med supplement.
European Commission.	Public Procurement in the European Union: Exploring the Way Forward. DG XV. 1996.
Industriförbundet.	Offentlig upphandling och EES. 1992.
Karnov.	1997/98. Med supplement I och II.
Kommerskollegium.	Europaföretaget. Offentlig upphandling. 1996.
NOU.	Kommuners och landstings möjligheter enl. LOU och gemenskapsrätten att genomföra köp från sina egna företag mm. 1998.
NOU.	Effekter av lagen om offentlig upphandling. 1998.
NOU.	Ekologiskt hållbar offentlig upphandling. 1998.
Riksdagens Revisorer.	Offentlig upphandling. Rapport 1997/98:3.
RRV 1996:74.	Effektivare kontroll vid offentlig upphandling.
Sv. Kommunförbundet.	Praktisk upphandling. 1991.
Utrikesdepartementet.	Fakta Europa. Offentlig upphandling i ett nytt Europa. 1990.

11 Rättsfallsförteckning

Förvaltningsdomstol

LR Värml. Mål 657-94	Leverantör kunde ej styrka skada.
LR Västm. Mål 680-94	Förlängning av avtal ej att likställa med förnyad upphandling.
LR Sthlm. Mål 4546-94	Landsting avgav oskäligt kort anbudstid.
LR Norrb. Mål 667-95	Kommun ställde allt för långtgående krav på leverantör.
LR Västerb. Mål 271-95	Landstings upphandlingsförfarande ej affärsmässigt.
LR Älvsb. Mål 2051-95	Länsarbetsnämnd ställde otillåtet krav på kostnadsspecifikation.
LR Kronoberg. Mål 1926-96	Felaktigt upphandlingsförfarande ledde till förnyad upphandling.
LR Skåne. Mål 214-98	Förment hyresavtal befanns utgöra upphandling.
KamR Sundsv. Mål 3570-95	Avtal bedömdes vara träffat trots avsaknad av nytt kontrakt.
KamR Sundsv. Mål 2345-96	Överprövning kan ske till dess att leverantörsavtal träffats.
KamR Sthlm. Mål 8647-96	Landsting hade ej rätt utesluta leverantör pga fel i yrkesutövning.
KamR Sundsv. Mål 3297-97	Upphandling ska göras om trots att upphandlingen avbrutits.
RegR. Mål 2803-1995	Överprövning kan ske till dess att leverantörsavtal träffats.
RegR. Mål 4860-1995	Otillräckligt anbudsunderlag stred mot kravet på affärsmässighet.
RegR. Mål 4942-1995	Förfarande vid upphandling stred mot kravet på affärsmässighet.
RegR. Mål 4554-1996	Fråga om infordran av prisuppgifter utgjorde upphandling enl. LOU.

Allmän domstol

TR Sala. Mål T 252/94	Skadeståndstalan mot kommun bifölls.
TR Falun. Mål T 122/95	Skadeståndstalan mot kommun ogillades.
TR Lund. Mål T 1795/96	Skadeståndstalan mot kommun bifölls.
TR Huddinge. Mål T 424/96	Skadeståndstalan mot kommun ogillades.
TR Solna. Mål T 1129/95	Skadeståndstalan mot kommun ogillades.
TR Solna. Mål T 360/96	Staten skadeståndsskyldig pga bristande implementering av upphandlingsdirektiv.
TR Gävle. Mål T 195/96	Länsarbetsnämnd skadeståndsskyldig pga brister vid upphandling.
Svea HovR. Mål T 241/96	Skadeståndstalan mot kommun ogillades.

Specialdomstol

MD 1996:6	Kommun förbjöds vid vite att tillämpa diskriminerande beteende.
-----------	---

Gemenskapsdomstolen

76/81	"Transportroute".
27-29/86	"Bellini".
31/87	"Beentjes".
45/87	"Dunk Water Supply".
C-21/88	"Du Pont de Nemours".
C-243/89	Kommissionen v. Danmark.
C-360/89	Kommissionen v. Italien.
C-28/95	"Leur-Bloem".
C-236/95	Kommissionen v. Grekland.
C-54/96	"Bundesbaugesellschaft".
C-304/96	"Unita Sanitare Locale".
C-353/96	Kommissionen v. Irland.
C-360/96	"BFI Holding".