



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Louise Undemyr

Offentlig upphandling och den
upphandlande enheten som
avtalspart

Examensarbete
20 poäng

Handledare: Ola Svensson

Ämnesområde: Avtalsrätt, förvaltningsrätt

Termin: 9

Innehåll

SAMMANFATTNING	4
FÖRKORTNINGAR	6
1 INLEDNING	7
1.1 Syfte	8
1.2 Frågeställningar och avgränsningar	8
1.3 Metod och material	8
1.4 Disposition	9
2 ALLMÄNT KRING LOU	10
3 NÅGRA GRUNDLÄGGANDE BESTÄMMELSER I LOU	13
3.1 Vilka omfattas av lagen?	13
3.2 Huvudregeln om affärsmässighet	15
4 UPPHANDLINGSFÖRFARANDET	17
4.1 Före det att anbudet skickats in	17
4.1.1 Förfrågningsunderlaget – Lagt kort ligger	17
4.1.2 Valet av upphandlingsform	18
4.1.2.1 Upphandling över tröskelvärdena	18
4.1.2.2 Upphandling under tröskelvärdena	20
4.2 Under utvärderingen av anbud	21
4.2.1 Mottagande, öppnande och utvärdering av anbud	21
4.3 Efter anbuden prövats	23
4.3.1 Möjligheter för missnöjd anbudsgivare före respektive efter det att kontrakt upprättats	23
5 SENASTE ÄNDRINGEN I LOU	26
5.1 Alcatel-målet	26
5.1.1 Efterverkningar av Alcatel-målet i svensk rätt	27
5.1.1.1 Ändring i Sekretesslagen	27
5.1.2 Ändring i LOU	28
6 DE NYA DIREKTIVEN PÅ UPPHANDLINGOMRÅDET, FÖRESTÅENDE LAGÄNDRINGAR.	30

6.1	SOU 2005:22	30
6.1.1	Finns någon skillnad i vilka som nu kommer att omfattas av LOU?	31
6.1.2	Huvudregeln om affärsmässighet	31
6.1.2.1	Leverantörskvalificeringen	32
6.2	SOU 2006:28	32
6.2.1	Förslag beträffande 6 kap. nuvarande LOU	32
6.2.2	Nya upphandlingsformer	33
6.2.3	Miljökrav, sociala krav och andra särskilda krav	34
7	ANTIDISKRIMINERINGSFÖRORDNING INFÖRS FÖR UPPHANDLANDE ENHETER	36
8	DEN UPPHANDLANDE ENHETEN SOM AVTALSPART	38
8.1	Inledning	38
8.2	Avtalets funktion och definition	39
8.3	Regler om avtalsslut	40
8.4	Rättshandlingars ogiltighet i upphandlingshänseende	42
8.5	Avtalets rättsverkningar vid oskäligen avtalsvillkor	43
8.6	Betydelsen av ändrade förhållanden för avtalets giltighet	44
8.7	Hur skall avtals rättsverkningar fastställas?	46
9	SAMMANFATTANDE ANALYS	48
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	52
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	54

Sammanfattning

Det här arbetet behandlar Lagen om offentlig upphandling (LOU) och jämför upphandlingskontrakt med vanliga civilrättsliga avtal. Upphandlingsprocessen följs kronologiskt och relevant rättspraxis och lagändringar behandlas. Upphandlingen är avslutad i och med att ett upphandlingskontrakt tilldelas någon av anbudsgivarna. Detta kontrakt beskrivs som ett rent civilrättsligt avtal som har att lyda under civilrättsliga bestämmelser. Då upphandlingen styrs av andra bakomliggande regler och principer och då det inte finns mycket skrivet i ämnet hamnar upphandlingskontrakten i viss mån i en rättslig gråzon.

LOU är en förfarandelag som de upphandlande enheterna vid sina inköp skall följa. Lagen är uppbyggd kring fyra EG-direktiv som syftar till att skydda den fria rörligheten över gränserna inom EU:s inre marknad. Upphandlingen kan utföras på flera olika sätt. Vanligtvis inleds den med en annonsering, sedan skickas ett förfrågningsunderlag ut till dem som är intresserade. I annonsen anges en sista dag före vilken anbudet skall lämnas. Då prövas anbudet. Det anbud som skall antas är antingen det mest ekonomiskt fördelaktiga eller det som har lägst anbudspris. Upphandlingen skall under hela processen utföras affärsmässigt. Under hela förloppet fram till den tidpunkt ett upphandlingskontrakt tilldelas har potentiella leverantörer eller anbudsgivare möjlighet att pröva upphandlingen hos Länsrätten. Efter att kontraktet tilldelats, och en viss tidsfrist löpt ut, har anbudsgivare som anser sig missfördelade pga. att upphandlingen skötts felaktigt istället att söka få skadestånd. Rätt forum för detta är allmän domstol. I dagsläget finns åtskilliga enheter som vägrar betrakta sig själva som en upphandlande enhet som har att tillämpa LOU. Nämnden för offentlig upphandling är tillsynsmyndighet för denna lag men har inte utrustats med möjligheter att tvinga enheter att tillämpa lagen. Det finns idag heller inget annat effektivt sett att få lagen åtlydd.

LOU har varit föremål för många ändringar sedan dess ikraftträdande 1994. Den senaste ändringen kom efter EG-domstolens avgörande i Alcatel-målet där en bättre möjlighet till effektiv överprövning av fattat leverantörsbeslut krävdes. En revidering av lagen efter nya EG-direktiv sker just nu och bl.a. skall man i den nya lagen öppna för modernare förfaranden och en möjlighet att ställa sociala krav vid upphandlingen. Då det krävs att den upphandlande enheten följer upp att de krav den ställer verkligen uppfylls och då detta kostar pengar är det tvivelaktigt om en social förändring verkligen kommer till stånd. Då det handlar om skattemedel och då detta bär med sig ett långtgående samhälleligt ansvar är detta en viktig fråga som kanske borde ha befästs som en krav snarare än som en möjlighet.

LOU reglerar upphandlande enheters beteende in contrahendo, dvs. vid avtalets ingående. Efter denna tidpunkt tillämpas vanliga civilrättsliga bestämmelser. Då upphandlingskontrakten inte härstammar från civilrätten kan detta dock ge

upphov till osäkerhet och frågetecken. Vilka lagar gäller då avtal eller avtalsvillkor är oskäligen och finns särskilda externa tolkningsdata som påverkar domstolarnas tolkning vid oklarhet? Tydliga riktlinjer för detta område saknas idag och vi befinner oss i ett rättsläge som inte är önskvärt med tanke på den enskildes rättssäkerhet.

Förkortningar

AvtL	Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område.
EGT	Europeiska gemenskapens officiella tidning.
FL	Förvaltningslag (1986:223).
HD	Högsta domstolen.
JB	Jordabalk (1970:994).
KL	Kommunallag (1991:900).
KöpL	Köplag (1990:931).
LIU	Lag (1994:615) om ingripande mot otillbörligt beteende avseende offentlig upphandling.
LOU	Lag (1992:1528) om offentlig upphandling
LUF5	Lag om upphandling inom försörjningssektorerna (förslag till lag).
MD	Marknadsdomstolen.
NJA	Nytt juridiskt arkiv, avdelning I
NOU	Nämnden för offentlig upphandling.
Prop.	Proposition.
RegR	Regeringsrätten.
RF	Regeringsformen (1974:152).
RÅ	Regeringsrättens årsbok.
SekrL	Sekretesslag (1980:100) .
SkstL	Skadeståndslag (1972:207).
SOU	Statens offentliga utredningar.
TED	Tenders European Daily.
TF	Tryckfrihetsförordningen.

1 Inledning

Offentlig upphandling är ett sätt för samhället att anskaffa varor och tjänster. Det är också ett verktyg för att göra den offentliga verksamheten billigare och effektivare. Upphandlingen omgärdas av detaljerade regler och etablerade principer. Syftet med reglerna är att säkerställa att det allmänna får valuta för sina pengar och att ett gemenskapsland inte premierar nationella företag. Att det finns så många regler och principer är även ett resultat av att myndigheter, och även andra upphandlande enheter, alltså utgör en del av rättssubjektet staten. En upphandlande enhet förväntas uppträda som en god representant för det allmänna och bär med sig ett samhälleligt ansvar. Den skall iaktta såväl de grundläggande principerna om öppenhet och insyn som regler om antidiskriminering. Den skall ta hänsyn till miljön och bör även ta social hänsyn vid valet av leverantör. Den nya bryggan mellan det offentliga och det privata medför att influenser blandas och målet är att med privat medverkan skapa en effektivare statlig verksamhet. Ibland kan dock kombinationen av försök till minskade utgifter å ena sidan och samhällelig hänsyn å andra sidan vara svår. Hur långt skall då kravet på affärsmässighet, konkurrensutsättning och minskade utgifter drivas? Och hur långt i bakgrunden får samhälleliga förpliktelser såsom motverkande av social dumping och diskriminering hamna?

Den traditionella modellen inom förvaltningen innebär att myndigheten utfärdar påbud och förbud samt ger tillstånd. Då anses förvaltningen använda offentlig makt i form av myndighetsutövning. I den nya ”moderna” modellen med ökad upphandling vill man istället förhandla. Det offentliga uppträder dock även som privat rättssubjekt och inhandlar varor och tjänster i denna egenskap. LOU skall användas när myndigheter eller andra upphandlande enheter köper varor eller tjänster från det privata.

Avtalet är centralt vid offentlig upphandling. Ett civilrättsligt bindande avtal är slutmålet i all offentlig upphandling. Den sammanflätning som skett mellan det offentliga och det privata har lett till att relationen mellan myndigheterna och medborgarna förändrats och även till att det civilrättsliga avtalet har kommit att bli behäftat med frågetecken och oklarheter. Myndigheter och andra offentligrättsliga subjekt har tidigare inte berörts av avtalstecknandet på samma sätt som nu och inte heller har det privata näringslivet vana från möten av detta slag. Den enskilde har svårt att insamla all information som behövs för att få en god inblick i de faktorer som skiljer ett avtalstecknande med det allmänna som avtalspart från ett ordinarie sådant mellan två privata rättssubjekt. Det har kommit att bildas en gråzon mellan offentlig rätt och privaträtt; något som inte är önskvärt med tanke på den enskildes rättssäkerhet.

Jag behandlar i arbetet de nya lagförslagen inom området offentlig upphandling. Enligt den information från NOU som då var aktuell framhölls att lagstiftningsarbetet troligtvis skulle bli färdigt vid årsskiftet 2006/2007. Detta

blev emellertid försenat och NOU skrev i missivet till NOU:s nyhetsbrev december 2006 att ett yttrande från lagrådet var att vänta innan årsskiftet. I mailkorrespondens med NOU under början av januari 2007 framhölls dock att detta återigen blivit försenat. När ett yttrande väl inkommit kommer propositionen att skrivas.

1.1 Syfte

Det övergripande syftet med arbetet är att öka förståelsen av upphandlingsprocessen, regelverket bakom samt de avtalsrättsliga frågor som mötet mellan det allmänna och det enskilda kan ge upphov till. Denna förståelse behövs då betydelsen och användningen av denna lag alltjämt ökar och då de avtalsrättsliga lösningarna i detta hänseende inte alltid är självklara.

Det avtalsrättsliga, och tillika rent civilrättsliga momentet behandlas sällan ihop med diskussioner kring offentlig upphandling. Jag har i arbetet valt att ta med denna del i syfte att följa upphandlingsgången från början till slut. Jag kommer att ta upp och reflektera kring olika avtalsrättsliga moment ur ett upphandlingsrättsligt perspektiv. Min intention är inte att söka fastställa och utröna alla skillnader som kan tänkas finnas mellan upphandlingskontrakt och ”vanliga avtal” utan endast att belysa och reflektera kring några utvalda moment.

1.2 Frågeställningar och avgränsningar

Jag har avstått från att fördjupa mig i samspelet mellan offentlig upphandling och konkurrensrätt. Jag har heller inte gått in djupare på interaktionen med EG-rätten. Mina huvudsakliga frågeställningar är: Hur ser LOU ut och hur fungerar den i praktiken? Vad rör de nya lagändringar som nu är aktuella? Vilket utrymme har aspekter som social hänsyn och etiska ställningstaganden i enheternas upphandlingsarbete? Hur skiljer sig ett tilldelat upphandlingskontrakt från vanliga civilrättsliga avtal och kan dagens lösning anses tillfredsställande?

1.3 Metod och material

Jag använder mig i arbetet av de traditionella rättskällorna lag, praxis, motiv och doktrin. Jag har hämtat källor från såväl avtalsrätten som den offentliga rätten. Vidare har NOU:s information, nyhetsbrev och ställningstaganden varit ett viktigt komplement då LOU varit föremål för ändringar relativt nyligen och detta medfört att den doktrin som finns i vissa avseenden blivit inaktuell. Jag har även haft hjälp av den mailkorrespondens jag kunnat föra med Nämnden för Offentlig Upphandling (NOU) för att räta ut vissa frågetecken då lagen är

relativt snårig och inte alltid helt lätt att förstå. Det har varit svårt att hitta relevant rättspraxis för klargöranden angående problem som kan dyka upp efter avtalstecknandet. Jag har haft viss vägledning från Tom Madells böcker: ”Avtal mellan kommuner och enskilda” och ”Det allmänna som avtalspart”, men då han i dessa har inriktat sig på alla de avtal som framförallt kommunen kan ingå med enskilda och inte specifikt på just upphandlingskontrakt har jag därför mest berört olika avtalsrättsliga moment med utgångspunkt från främst Axel Adlercreutz bok Avtalsrätt I. Arbetet innehåller både en beskrivning av rättsläget och egna synpunkter. En sammanfattande analys av genomgången information återfinns i slutet av arbetet.

1.4 Disposition

Arbetets disposition syftar både till att ge läsaren en grundläggande förståelse för upphandlingsprocessen i enlighet med LOU och redogöra för den revidering av lagen som gjorts samt håller på att göras. Då LOU är en relativt komplex lag har jag av pedagogiska skäl valt att vid genomgången följa upphandlingsprocessen kronologiskt.

Efter denna genomgång kommer vi in på arbetets mer civilrättsliga del om den upphandlande enheten som avtalspart. Här tas avtalsrättsliga moment upp och reflektioner förs kring upphandlingskontrakt och dess olikheter jämfört ”vanliga” civilrättsliga avtal. Arbetet avslutas med en sammanfattande analys.

2 Allmänt kring LOU

Den 1 januari 1994 trädde lagen om offentlig upphandling (LOU) i kraft. Lagen bygger på fyra EG-direktiv¹ Upphandlingen indelas i två sektioner där de tre direktiv som behandlar upphandling av varor, byggtreprenader och tjänster faller inom den klassiska sektorn och det direktiv som behandlar upphandling inom områdena vatten, transporter och telekommunikationer tillhör den sk. försörjningssektorn. Tidigare fanns i Sverige en upphandlingsförordning² och upphandlingsreglementen som reglerade statlig och kommunal upphandling. Utgångspunkten är nu att offentliga sektorn skall konkurrensutsättas med hela den Europeiska unionen som marknad.³

Upphandlingsrätten bygger på flera av Romfördragets grundläggande principer och med detta som utgångspunkt har det inom EG utfärdats en rad direktiv som innehåller konkreta regler om upphandlingsbeteende, förfaranden, sanktioner mm. Då direktiv valts som lagstiftningsteknik har det krävts att varje land implementerar dessa i sin nationella lagstiftning. I propositionen framhålls att grunden dock är densamma som i de tidigare svenska regleringarna; upphandling skall ske affärsmässigt, med utnyttjande av den konkurrens som finns och genomföras och avslutas utan att ovidkommande hänsyn tas. Upphandlingsförfarandet bestäms av upphandlingens värde, om detta överstiger eller understiger vissa belopp, sk. tröskelvärden⁴. Upphandlingar som faller under dessa tröskelvärden samt upphandling av sk. B-tjänster – tjänster som inte faller under direktivens tillämpningsområde omfattas inte av EG-direktiven men Sverige har valt att samla all offentlig upphandling i en och samma lag.⁵

De grundläggande gemenskapsrättsliga principer som skall efterlevas vid all offentlig upphandling är principerna om icke-diskriminering, likabehandling, transparens, proportionalitet och ömsesidigt erkännande. EG-domstolen har fastslagit detta genom ett flertal avgöranden.⁶ NOU⁷ har givit en beskrivning av

¹ 93/36/EEG om upphandling av varor, 93/37/EEG om upphandling av byggtreprenader, 92/50/EEG om upphandling av tjänster samt 93/38/EEG om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och telekommunikation.

² Upphandlingsförordning (1986:366).

³ Prop. 1992/93:88, s. 1-2.

⁴ Värdegränserna är olika i de olika direktiven och är avvägda med sikte på de upphandlingar som kan anses viktiga i ett internationellt perspektiv. För tex. upphandling av varor i 2 kap. skall värdet av upphandlingen, exklusive mervärdesskatt, överstiga 200 000 euro. Understiger upphandlingen detta värde skall istället bestämmelserna i 6 kap. tillämpas. De tröskelvärden som finns angivna i direktiven återfinns i Sverige i förordningen (2000:63) om tröskelvärden vid offentlig upphandling.

⁵ Prop 1992/93:88, s. 37, 41 f.

⁶ Se t.ex. målen C-243/89, EU-kommissionen mot Danmark, C-19/00, SIAC Construction Ltd mot Count Council of the county of Mayo, C-225/98, EU-kommissionen mot Frankrike och C-87/94, EU-kommissionen mot Belgien.

⁷ Angående NOU, se sista meningen nästa stycke.

de olika principerna. Den första principen om icke-diskriminering innebär att ”det är förbjudet att direkt eller indirekt diskriminera leverantörer främst på grund av nationalitet. Härav följer att den upphandlande enheten t.ex. inte får ge ett lokalt företag företräde med anledning av dess geografiska läge.” Likabehandlingsprincipen betonar, enligt NOU, att ”alla leverantörer skall behandlas lika, dvs. ges lika förutsättningar. Alla måste t.ex. få samma information, vid samma tillfälle.” Nämnden skriver vidare att ”principen om transparens innebär att upphandlingsprocessen skall kännetecknas av förutsägbarhet och öppenhet. För att anbudsgivarna skall ges samma förutsättningar för anbudsgivning måste förfrågningsunderlaget⁸ vara klart och tydligt samt innehålla samtliga krav på det som skall upphandlas.” Av proportionalitetsprincipen följer att ”kvalifikationskraven och kraven i kravspecifikationen måste ha ett naturligt samband med, och stå i rimlig proportion till, det som upphandlas.” Principen om ömsesidigt erkännande innebär slutligen bl.a. att ”intyg och certifikat som utfärdats av behöriga myndigheter i något medlemsland måste godtas i de övriga medlemsländerna.”⁹

Enligt den information som lämnats av NOU uppgår den sammanlagda offentliga upphandlingsvolymen i Sverige idag till omkring 400 miljarder kronor per år.¹⁰ I stort sett all anskaffning, köp, hyra och leasing av varor och tjänster räknas enligt 1:5 till offentlig upphandling. Hur denna anskaffning skall gå till regleras genom mycket detaljerade bestämmelser i lagen. Undantaget härifrån är köp av, hyra av eller annan nyttjanderätt till fast egendom, 5:1, 2 st., 1 p. Det finns utöver LOU även andra lagar som berör den offentliga upphandlingen. Lagen om ingripande mot otillbörligt beteende avseende offentlig upphandling (LIU) tillämpas av Konkurrensverket och är ett komplement till LOU. Konkurrenslagen omfattar i första hand leverantörers beteende. Det kan handla om att ett företag missbrukar sin dominerande ställning för att få en offentlig entreprenad eller att företag bildar en kartell och på så sätt inte konkurrerar vid myndigheters, kommuners eller landstings inköp.¹¹ Vissa regler i sekretesslagen och förvaltningslagen är tillämpliga då dessa lagar rör offentliga myndigheter och dess arbete. Eftersom offentlig upphandling avser anskaffning och befästs i avtal är även köplagen, avtalslagen, och andra civilrättsliga regler tillämpliga. LOU är dock den huvudsakliga lagen på området och tillsynsmyndighet för denna är Nämnden för offentlig upphandling (NOU).¹²

LOU består av sju kapitel. Det inledande kapitlet innehåller grundläggande regler och definitioner som är gemensamma för all upphandling. Därefter följer kapitel 2-5 som innehåller regler sektor för sektor, dvs. upphandling av varor, byggnadsentreprenader, försörjningssektorerna och tjänster. Därefter följer kap.

⁸ Se nedan, kapitel 4.1.1.

⁹ www.nou.se/pdf/broschyr.pdf, s. 4, 06-04-12.

¹⁰ www.nou.se/pdf/broschyr.pdf, s. 4, 06-04-11.

¹¹ www.konkurrensverket.se, 06-04-11.

¹² Nämnden för offentlig upphandling ersatte i och med LOU den tidigare Delegationen för offentlig upphandling, se Prop. 1992/93:88, s. 42.

6 som reglerar upphandling under tröskelvärdena, dvs. upphandling som inte styrs av EG-direktiven. Avslutningsvis stadgar lagen i 7 kap. regler om överprövning och skadestånd.

3 Några grundläggande bestämmelser i LOU

3.1 Vilka omfattas av lagen?

LOU skall tillämpas av den som är upphandlande enhet. Upphandlande enheter är enligt 1:5, 2 st. statliga, kommunala och andra myndigheter, landsting samt sådana offentliga bolag, stiftelser, föreningar och samfälligheter som anges i 1:6. I denna paragraf stadgas vad gäller bolag, föreningar samfälligheter och stiftelser att dessa för att falla under lagens tillämpning skall ha inrättats i syfte att täcka behov i det allmännas intresse, under förutsättning att behovet inte är av industriell eller kommersiell karaktär och

1. vars kapital huvudsakligen har tillskjutits av staten, en kommun, ett landsting eller en annan upphandlande enhet, eller
2. vars upphandling står under statlig eller kommunal tillsyn eller en tillsyn av en annan upphandlande enhet, eller
3. vars styrelse till mer än halva antalet ledamöter utses av staten, en kommun, ett landsting eller en annan upphandlande enhet.

Vidare kan vissa privata företag som bedriver verksamhet med särskilt tillstånd vara upphandlande enheter inom försörjningssektorerna. Närmare definitioner ges specifikt i varje kapitel för aktuellt område.

LOU är enligt 1:2 tillämplig vid upphandling som görs av upphandlande enheter. En upphandling definieras i 1:5 som köp, leasing, hyra eller hyrköp av varor, byggtreprenader eller tjänster. Från detta kan utläsas att för att det skall vara frågan om en offentlig upphandling krävs att någon av de uppräknade formerna av avtal ingåtts; ett slags avtalsrekvisit, för lagens tillämplighet, kan utläsas. I SOU 1994:136 framhålls att då statliga myndigheter inte utgör några självständiga juridiska enheter utan endast delar av rättssubjektet staten får detta som konsekvens att myndigheterna inte kan ingå bindande avtal med varandra eftersom ett giltigt avtal förutsätter att det sluts av två självständiga parter.¹³ Avtalsrekvisitet för tillämpning av LOU visar sig också i att anskaffningar från egenregi, som inte utgör ett självständigt rättssubjekt, heller inte träffas av lagen. I den information som lämnats från NOU framhålls dock att en gräns måste dras mot köp från eget bolag som är en självständig juridisk person. Vid dessa köp skall upphandlingsreglerna tillämpas.¹⁴

Varje myndighet eller motsvarande organ har att självt bedöma om den är upphandlande enhet och skall följa LOU. Detta har resulterat i att en del statliga bolag som objektivt sett faller inom begreppet inte anser sig själva vara upphandlande enheter. Ett av flertalet offentliga organ som fortsatt att

¹³ SOU 1994:136, s. 181.

¹⁴ <http://www.nou.se/pdf/InfoMars06.pdf>, s. 5, 06-04-12.

upphandla sina varor och tjänster utan hänsyn till LOU är Sveriges Television. I en dom från Kammarrätten i Stockholm förklarade domstolen att Sveriges Television är en upphandlande enhet som har att tillämpa LOU. Målet hade initierats av en leverantör som ansåg att ett avtal SVT tecknat med ett bolag avseende nättjänster borde ha utförts i enlighet med LOU. Kammarrätten anförde att SVT:s uppgift att tillhandahålla public service-TV utan kommersiell karaktär med program som skall spegla olika smaker och samhällseliga intressen och bidra till fri åsiktsbildning, får anses innebära att bolaget inrättas i syfte att täcka behov i det allmänna intresse. SVT hävdade att de inte var en upphandlande enhet enligt LOU och därför inte hade att rätta sig efter regelverket. Dessutom menade SVT att det inte var möjligt att överpröva upphandlingen eftersom ett avtal redan slutits med en leverantör för aktuella tjänster. Kammarrätten konstaterade att SVT uppfyllde kraven för att omfattas av begreppet upphandlande enhet såsom det definierats i 1:6 och därför har att tillämpa upphandlingsbestämmelserna i LOU. Det faktum att SVT i strid med LOU:s föreskrifter redan tecknat ett avtal med en leverantör utgjorde inget hinder för rätten att överpröva upphandlingen och förordna att upphandlingen skulle göras om.¹⁵

Bland ytterligare bolag som inte anser sig skall tillämpa LOU kan nämnas SJ och Posten. SJ är ett statligt ägt aktiebolag och den persontrafik SJ bedriver utgör sådan ”verksamhet som består av drift av nät i syfte att betjäna allmänheten i fråga om transporter med järnväg” som anges i 4:1, 3 p. Detta påpekade NOU för bolaget. SJ meddelade NOU att bolagets verksamhet inte utgörs av drift av nät i syfte att betjäna allmänheten i fråga om transporter av järnväg, eftersom verksamheten inte styrs av villkor fastställda av en behörig myndighet. NOU har även uttalat att Posten uppfyller de i 1 kap 6 § LOU uppställda kriterierna och är skyldig att tillämpa reglerna i LOU vid tilldelning av bolagets upphandlingskontrakt.¹⁶ Denna bedömning kom även att delas av Länsrätten i Stockholm under våren 2005 där den bl.a. slog fast att Posten AB var att anse som upphandlande enhet.¹⁷ NOU har tillskrivit Posten och frågat om bolaget framgent har för avsikt att följa LOU. Posten uppgav i sitt svar att bolaget inte har för avsikt att tillämpa bestämmelserna i LOU, enär bolaget inte anser sig vara en upphandlande enhet enligt LOU.¹⁸ Den har dock meddelat sig beredd att till NOU inkomma med det underlag som ligger till grund för bolagets bedömning. Då NOU inte kan göra någon bedömning som kan åsidosätta en domstols beslut har dock nämnden inte begärt in något utredningsunderlag.¹⁹

¹⁵ Mål nr 2588-04.

¹⁶ <http://www.nou.se/pdf/InfoMars06.pdf>, s. 4-5, 06-04-03.

¹⁷ Mål nr. 8991-04E.

¹⁸ Ärendet har dnr. 2005/0192-21 hos NOU.

¹⁹ <http://www.nou.se/pdf/infodec05.pdf>, s. 9, 06-04-03.

3.2 Huvudregeln om affärsmässighet

I 1:4 finns lagens viktigaste bestämmelse, dess portalparagraf eller huvudregel vad gäller offentlig upphandling. Där stadgas att *upphandling – oavsett värde – skall göras så att de konkurrensmöjligheter som finns utnyttjas och även i övrigt genomförs affärsmässigt. Anbudsgivare, anbudssökande och anbud skall behandlas utan ovidkommande hänsyn.*

I Karnov framhålls att eftersom 4 § via underrubriken ”benämns *huvudregeln* om affärsmässighet markeras att denna regel gäller för all upphandling och för alla beslut, avgöranden och bedömningar som görs under upphandlingsförloppet, även för sådana bedömningar mm. som inte uttryckligen regleras i lagen.”²⁰ Bjurman menar att ett affärsmässigt tillvägagångssätt skall iaktas från planering och utarbetande av förfrågningsunderlag till hantering av anbud, prövning, utvärdering, beslut och avtalsskrivning. LOU:s regler innebär att upphandling sker på ett formellt sätt med långtgående krav på skriftlighet, jmf. 1:19. Bjurman framhåller att även dessa krav kan härledas ur huvudregeln om affärsmässighet och principen om transparens samt att annonsering av upphandlingar på nationell och EU-nivå uppfyller kravet på konkurrensutsättning. För att kunna behandla alla anbudsgivare objektivt och icke-diskriminerande är det enligt Bjurman viktigt att de långtgående kraven på skriftliga förfrågningsunderlag och skriftliga anbud upprätthålls. Bjurman påpekar vidare att samma sak gäller för kravet på att anbudsöppning skall ske enligt ett visst förfarande innebärande bl.a. att mer än en person måste delta i anbudsöppningen och att alla anbudshandlingar måste protokollföras och signeras.²¹ Eftersom regeln gäller för all upphandling innebär detta att även de nationellt grundade reglerna i 6 kap här får en anknytning till de övergripande reglerna i Romfördraget.

I SOU 2001:31 framhålls dock att själva begreppet affärsmässighet är en inhemsk konstruktion och ett arv från tidigare bestämmelser när det gäller offentlig upphandling.²² Begreppet används således inte i Rådets direktiv om offentlig upphandling eller i gemenskapsrätten. I förarbetena gavs följande kommentarer: ”I ordet affärsmässigt ligger en möjlighet för upphandlare att ta hänsyn till bl.a. kostnaderna för ett utdraget upphandlingsförfarande. I vilken mån sådana hänsyn får tas framgår av andra bestämmelser i lagen, särskilt vad avser möjligheterna att välja olika upphandlingsförfaranden.”²³ Denna formulering kan ge upphov till tolkningssvårigheter och fall tagna till domstol har flera gånger ansetts strida mot någon av de bakomliggande EG-rättsliga principerna. I kommentaren till 1:4 i Karnov lyfts bl.a. RÅ 1997 ref. 40 fram

²⁰ Se kommentar till paragrafen i Karnov.

²¹ Bjurman, 2003, s. 16-17. Se mer om anbudens öppnande under kapitel 4.2.1

²² SOU 2001:31 s. 78.

²³ Prop. 1992/93:88, s. 59.

som exempel på otillåtet ställda krav. I fallet hade en upphandlande enhet begärt att anbudsgivarna i sina anbud skulle specificera sina kostnader, enligt en till förfrågningsunderlaget fogad kostnadsspecifikation. Specifikationen innefattade kostnader för administration, lärare och instruktörer. Detta ansågs av den upphandlande enheten vara ett affärsmässigt krav. Länsrätt och kammarrätt ansåg dock att ett sådant krav var otillåtet och att upphandlingen skulle göras om. Den upphandlande enheten överklagade men Regeringsrätten avslog överklagan med motiveringen att kravet på en sådan specifikation var konkurrensbegränsande. Vidare kommenteras i Karnov att ett krav på att anbud till viss del skall lämnas i ett speciellt format innebär ett åsidosättande av kravet på affärsmässighet och likabehandling. Det var Kammarrätten i Jönköping som i mål nr 585-2002 slog fast detta genom motiveringen att vissa anbudsgivare som inte haft tillgång till det speciella formatet redan här ha känt sig förhindrade att lämna anbud.

4 Upphandlingsförfarandet

4.1 Före det att anbudet skickats in

4.1.1 Förfrågningsunderlaget – Lagt kort ligger

Förfrågningsunderlaget är enligt definitionen i 1:5 det underlag för anbud, som en upphandlande enhet tillhandahåller en leverantör. Bjurman framhåller att utformningen av förfrågningsunderlaget vilar helt på upphandlaren. Det finns inget utrymme för väsentliga förändringar av upphandlingen när den väl satts igång. Wettermark understryker att det är viktigt att förfrågningsunderlaget är tydligt och tillräckligt omfattande då innehållet i underlaget utgör förutsättningarna för den efterföljande processen i upphandlingen.²⁴ Bjurman framhåller att förfrågningsunderlaget vanligen består av anbudsfrågan, kravspecifikation, avtalsmall samt bilagor såsom prisbilaga. I anbudsfrågan anges en sista svarstid för avlämnande av anbud, den upphandlande enheten, målen med upphandlingen och det upphandlingsförfarande som tillämpas. Vidare anges en beskrivning av hur kvalificering, prövning och utvärdering av inkomna anbud kommer att ske. I kravspecifikationen uppställs kravet på upphandlingsföremålet och enligt Bjurman är dessa krav, i praktiken, vanligen uppdelade i skall- och bör-krav. Skall-kraven formar ramen för upphandlingen och får inte ändras eller frångås. De lämnar ingen handlingsfrihet eller bedömningsmån för den upphandlande enheten. Bjurman framhåller att anbudsgivares uppfyllande av skall-kraven inte kan graderas, de antingen uppfylls eller ej. Även de sk. bör-kraven avser upphandlingsföremålet. Skillnaden enligt Bjurman är att bör-kraven skall kopplas till utvärderingskriterierna och inte är ovillkorliga.²⁵ Här kan alltså beställarens önskelista framhållas utan att effekten blir att alltför många anbudsgivare åker ur upphandlingen. Ett krav som framställts i förfrågningsunderlaget får inte senare ändras. Detta gäller oavsett om det är ett bör- eller skall-krav eller ett utvärderingskriterium.²⁶ I lagmotiven uttalas att om den upphandlande enheten t.ex. inte får in några anbud pga. att kraven är fel ställda och behöver ändras, måste den upphandlande enheten avbryta den pågående upphandlingen och börja om genom att gå ut i en ny upphandling.²⁷ Varken förfrågningsunderlaget eller annat underlag får enligt 1:16 och 6:3 hänvisa till en särskild vara eller process på ett sådant sätt att vissa företag gynnas eller missgynnas. Regeln är ett utslag av icke-diskrimineringsprincipen som den tar sig uttryck i huvudregeln (1:4). Emellertid stadgas i 1:16, 2 st. om ett undantag; en

²⁴ Wettermark, 2000, s. 12.

²⁵ Bjurman, 2003, s. 35-41.

²⁶ Stockholms handelskammare via:

<http://www.offentligupphandling.se/index.html?http&&www.offentligupphandling.se/shell/4-2.shtml>, 06-05-20.

²⁷ Prop. 1992/93:88, s. 85.

upphandlande enhet får hänvisa till ett visst märke eller fabrikat om den inte på något annat sätt kan beskriva föremålet för upphandlingen preciserat och begripligt. En sådan hänvisning skall utformas så att även likvärdiga varor och processer kan komma ifråga och skall följas av orden ”eller likvärdig”. Undantaget återfinns avseende upphandlingar under tröskelvärdena i 6:3, 2 st.

4.1.2 Valet av upphandlingsform

När en upphandlande enhet skall sluta avtal om varor, byggtreprenad eller tjänster behöver den förutom att skriva ett förfrågningsunderlag också göra en beräkning av vad inköpet kommer att kosta. Det pris som en enhet kommer fram till utgör enligt LOU tröskelvärdet. Detta värde styr sedan vilka upphandlingsformer enheten kan välja, men också vilken typ av annonsering som krävs. Det finns sex olika upphandlingsformer. Tre av dem gäller för upphandlingar över tröskelvärdena, dessa är: öppen-, selektiv- och förhandlad upphandling. Då de regler som finns angående val av upphandlingsförfaranden i princip är de samma i de tre kapitel som rör den klassiska sektorn²⁸ kommer paragrafhänvisning för enkelhets skull endast att ske till 2 kap. som rör upphandling av varor. I de fall reglerna för försörjningssektionerna²⁹ avviker från reglerna inom den klassiska sektorn kommenteras detta. Tre former finns även för upphandlingar under tröskelvärdena: direktupphandling, förenklad upphandling och urvalsupphandling. Dessa regler är samlade i 6 kap. En kort presentation av respektive form ges nedan.

4.1.2.1 Upphandling över tröskelvärdena

I 2:8 stadgas att öppen- eller selektiv upphandling skall användas, vid upphandling av varor, om inte någon annan upphandlingsform får tillämpas enligt 10 eller 11 §. I Karnov framhålls att detta innebär att de två förfarandena är huvudformer och alternativa. Förhandlad upphandling är en undantagsform. Vad gäller upphandling inom försörjningssektorerna ges inget egentligt företräde för viss upphandlingsform, 4:16.

Öppen upphandling: Bjurman beskriver öppen upphandling så att den upphandlande enheten annonserar upphandlingen i Europeiska gemenskapernas officiella tidning (EGT) och dess elektroniska databas Tenders European Daily (TED) och eventuellt även i någon nationell tidning eller databas.³⁰ Alla intresserade leverantörer har enligt 1:5 rätt att lämna anbud i enlighet med anbudsfrågan. Detta får till följd att ett stort antal leverantörer har möjlighet

²⁸ Varor, byggtreprenader och tjänster.

²⁹ vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna.

³⁰ Bjurman, 2003, s. 19 f. Enligt 1:7 är annonsering huvudregeln. Det anges dock inte i paragrafen var annonsering skall ske men annonsorganen framgår av efterföljande bestämmelser, se kommentar till 1:7 i Karnov.

att visa intresse, något som den upphandlande enheten inte kan begränsa. Prövning och antagande av anbud sker utan förhandling. För öppen upphandling gäller enligt 2:13 en tidsfrist uppgående till 52 dagar från avsändandet av annonsen till EGT till dess att den upphandlande enheten får begära att anbudet skall vara inskickat.

Selektiv upphandling: Upphandlaren bjuder genom annons i EGT in leverantörer att ansöka om att få lämna anbud, 1:5. Bjurman framhåller att det i annonsen även skall anges de urvalskriterier den upphandlande enheten tänker tillämpa. De leverantörer som vill delta skall sedan enligt 1:16 a att intyga sin förmåga genom att sända in intyg och dokument till den upphandlande enheten. Förfrågningsunderlaget sänds sedan till de leverantörer som klarar urvalet. Dessa leverantörer får lämna anbud. Enligt Bjurman sker därefter förfarandet på samma sätt som vid öppen upphandling.³¹ Tidsfrister för selektiv upphandling är, i enlighet med 2:14, för anbudsansökan minst 37 dagar från dagen då annonsen avsändes och för anbud minst 40 dagar från dagen inbjudan skickades ut. Vid brådska kan tiden för anbud enligt 2:15 få förkortas till 15 dagar. Tiden kan också behöva förlängas om platsen för leverans eller upphandlaren måste besökas innan anbud kan avges, detta regleras i 2:16.

Förhandlad upphandling: En upphandlande enhet inbjuder i enlighet med 1:5 *vissa* leverantörer att lämna anbud. Förhandlad upphandling utanför försörjningssektorerna får endast väljas i få, i LOU, särskilt uppräknade situationer. Bjurman framhåller att ett exempel på en situation när förhandlad upphandling tillåts utanför försörjningssektorerna är när upphandlingsföremålet ”avser tjänster av sådan art att det inte är möjligt att utforma en annons eller ett förfrågningsunderlag för ett öppet eller selektivt förfarande med en sådan precision att det kan ligga till grund för anbudsprövning och utvärdering.”³² Förhandlad upphandling får även enligt 2:11 4 p. tillämpas om det föreligger synnerlig brådska som inte kunnat förutses och inte beror på den upphandlande enheten. Enligt Bjurman går den förhandlade upphandlingen inledningsvis till på samma sätt som selektivt upphandlingsförfarande. Hon framhåller att den upphandlande enheten efter annonsering gör en kvalificering av ansökande leverantörer, vilka erhåller förfrågningsunderlaget och att den upphandlande enheten efter kvalificering av inkomna anbud får förhandla med en eller flera av dem. Bjurman understryker dock att de grundläggande skall-kraven i förfrågningsunderlaget inte får frångås vid förhandlingarna. Vid förhandlad upphandling kan tidsfristerna överenskommas, men vanligast är att den 40-dagarsregel som gäller för selektiv upphandlingsförfarande tillämpas också här, 2:14.³³

³¹ Bjurman, 2003, s.20.

³² Bjurman, 2003, s. 20-21.

³³ Bjurman, 2003, s. 20-21.

4.1.2.2 Upphandling under tröskelvärdena

Det är först i 6:2 som förfarandena förenklad upphandling, urvalsupphandling och direktupphandling nämns. I Karnov framhålls att förfarandenas tillämpning därigenom begränsas till 6 kap, dvs. upphandling under tröskelvärdena. Det framhålls vidare att på grund av att ordet "eller" används i paragrafens första stycke mellan orden förenklad upphandling och urvalsupphandling kan slutsatsen dras att förenklad upphandling och urvalsupphandling är likställda upphandlingsformer och att enheten fritt kan välja vilken form som passar bäst i det enskilda fallet. Dessa två förfaranden är huvudformerna för upphandling under tröskelvärdena och direktupphandling nämns som en alternativ upphandlingsform som används endast i begränsad utsträckning.

Direktupphandling: Upphandling sker enligt 1:5 direkt från enskild leverantör, utan krav på anbud. Denna form av upphandling får alltså användas endast i undantagsfall. Direktupphandling får enligt 6:2 2 st. användas antingen om upphandlingsföremålets värde är lågt, eller om det föreligger synnerliga skäl. Vad som menas med uttrycket lågt värde definieras inte i lagen. Den upphandlande enheten får själv, enligt 6:2 2 st., fastställa riktlinjer för beloppsgränser. I kommentaren till 6:2 i Karnov framhålls att som synnerliga skäl avses exempelvis synnerlig brådska pga. oförutsedda händelser som den upphandlande enheten inte själv kunnat råda över. Det framhålls vidare att om enheten kan visa att en möjlighet yppats till extra förmånliga köp vid t.ex. auktion, kan det ge rätt till direktupphandling. Det bör observeras att det, som framgår av lagmotiven, är den upphandlande enheten som har bevisbördan för sitt val av upphandlingsförfarande.³⁴ Vid denna upphandlingsform frångås det annars formaliserade anbuds förfarandet och det är inte obligatoriskt att teckna ett skriftligt kontrakt.

Förenklad upphandling: Alla leverantörer får enligt 1:5 lämna anbud. Ur lagmotiven kan utläsas att upphandlingen först skall annonseras antingen i en allmänt tillgänglig elektronisk databas, eller i annan form som leder till effektiv konkurrens.³⁵ Här återfinns inte kravet på annonsering i EGT då upphandling under tröskelvärdena inte träffas av EG-direktiven. Enligt Bjurman prövas och utvärderas sedan anbuderna på samma sätt som vid upphandling över tröskelvärdena med tillägget att den upphandlande enheten här får *förhandla* med en eller flera anbudsgivare.³⁶ Inga specifika tidsfrister anges för denna typ av upphandling. Kravet är enligt 6:5 a att skäligen tid skall iakttagas. Vad som är skäligen tid får avgöras från fall till fall. I Karnov framhålls att en rimlig utgångspunkt är huvudregeln om affärsmässighet i 1:4 om uppsökande av den konkurrens som finns. Detta torde innebära att tiden måste avvägas inte endast i förhållande till hur lång tid erfarna anbudsgivare kan behöva, utan också i

³⁴ Prop. 2001/02:142 s. 99

³⁵ Prop. 1999/2000:128, s. 27.

³⁶ Bjurman, 2003, s. 21.

förhållande till hur lång tid en ovan leverantör kan behöva för att åstadkomma ett genomarbetat anbud.

Urvalsupphandling: Enligt Bjurman fungerar förfarandet som selektiv upphandling. Annonsering fordras enligt 6:2 c i en allmänt tillgänglig elektronisk databas. Bjurman framhåller att ”ett urval – på objektiva grunder, vilka skall anges i annonsen – sker av de ansökande leverantörer som tillsänds förfrågningsunderlaget och inbjuds att lämna anbud.”³⁷ Skälig tid skall enligt 6:5 a iaktas vid beräkning av tidsfristen.

4.2 Under utvärderingen av anbud

4.2.1 Mottagande, öppnande och utvärdering av anbud

Anbuden öppnas gemensamt vid ett särskilt utsatt sammanträde. Minst två av den upphandlande enheten utsedda personer skall delta. Anbuden skall föras upp i en förteckning, som skall bestyrkas av dem som deltar i förrättningen. På begäran av en anbudsgivare skall dessutom en av handelskammaren utsedd person närvara, 1:20. Denna tredje part kontrollerar att anbud inte öppnats i förtid, att alla anbud öppnas, att inga för sent inlämnade anbud beaktas och att öppningen i övrigt går rätt till.³⁸ Sekretess gäller enligt 6:2 SekrL för uppgift som rör anbud. Detta har dock genom RÅ 1996 ref. 85 inte visat sig medföra något hinder för den upphandlande enheten att till den av handelskammaren utsedda personen lämna de uppgifter om anbudsgivare mm. som behövs för kontroll av öppningsförfarandet. Vid vissa upphandlingsformer får försändelserna öppnas och anbuden förtecknas utan en sådan förrättning, se 1:20, 2 st. samt 6:7, 2 st.

Den utvärdering som sedan följer kan sägas bestå av två steg. I den första kvalificeras leverantören. Därefter utvärderas den vara/tjänst/entreprenad som leverantören erbjuder. Denna turordning kan utläsas ur 1:20 a. Båda dessa delar skall beskrivas i förfrågningsunderlaget.

Vid direktivstyrda upphandlingar (dvs. upphandlingar över tröskelvärdena) regleras leverantörskvalificeringen i 1:17-18. Därtill finns Förordning (1998:1364) om bevis vid offentlig upphandling som reglerar vilka bevis som får begäras in för att visa att anbudsgivaren uppfyller ställda krav. Vid upphandlingar under tröskelvärdena återfinns bestämmelser motsvarande 1:17 i 6:9. Förordningen om bevis gäller dock inte vid upphandlingar enligt 6 kap. vilket ger den upphandlande enheten något större möjlighet att ställa andra krav. Leverantörskvalificeringen kan i sin tur sägas bestå av två moment. I den

³⁷ Bjurman, 2003, s. 21.

³⁸ Stockholms handelskammare via www.offentligupphandling.se.

första kontrolleras om det finns skäl att utesluta en leverantör från att delta i en upphandling. Dessa uteslutningsgrunder återfinns i 1:17. Exempel på sådana skäl är att leverantören är försatt i konkurs eller likvidation eller har gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen. Det andra momentet i leverantörskvalificeringen innebär att den upphandlande enheten enligt 1:18 2 st. försäkras sig om att leverantören har tillräcklig teknisk förmåga och kapacitet samt att han har tillräcklig ekonomisk och finansiell styrka. Det torde räknas som affärsmässigt att granska anbudsgivares förmåga att uppfylla sina åtaganden vid en eventuell affär. Den upphandlande enheten får dock endast ställa sådana krav på leverantören som är nödvändiga i förhållande till det som skall upphandlas. I enlighet med proportionalitetsprincipen skall det vara fråga om relevanta krav och relevanta bevis.³⁹ Vid direktivstyrda upphandlingar reglerar förordningen om bevis vilka krav som får ställas. Vid den slutliga utvärderingen av varan/tjänsten/entreprenaden får hänsyn inte tas till leverantörens kapacitet. Då skall alltså endast föremålet för upphandlingen utvärderas.

Efter att leverantören har kvalificerats är nästa steg att genom prövning avgöra om den erbjudna varan, tjänsten eller entreprenaden uppfyller de angivna skallkraven. De anbud som kommit igenom flaskhalsen i skallkravs-prövningen blir därefter föremål för utvärdering. Enligt 1:22 skall upphandlaren antingen anta det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt med hänsyn till de omständigheter som angetts i annonsen och förfrågningsunderlaget, eller det anbud som har lägst anbudspris. I kommentaren till paragrafen i Karnov understryks att det står beställaren fritt att välja vilken utvärderingsmodell som skall användas men att det måste framgå av förfrågningsunderlaget och därmed avgöras redan när detta tas fram. Utvärderingen enligt metoden med lägsta pris innebär att förfrågningsunderlaget inte innehåller några börkrav eftersom priset den enda faktor som skall värderas bland de anbud som uppfyller skallkraven. I 1:22 stadgas att ”vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga, skall enheten ta hänsyn till samtliga omständigheter såsom pris, leveranstid, driftkostnader, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service, tekniskt stöd, miljöpåverkan mm. Enheten skall i förfrågningsunderlaget eller i annonsen om upphandling ange vilka omständigheter den tillmäter betydelse. Omständigheterna skall om möjligt anges efter angelägenhetsgrad, med den viktigaste först.” Tanken bakom denna rangordning härrör från principen om öppenhet; leverantörerna skall så långt det är möjligt ha fullständigt klart för sig vilka krav som de skall uppfylla för att få kontraktet.

³⁹ <http://www.nou.se/pdf/broschyr.pdf>, s. 10, 06-06-01.

4.3 Efter anbudet provats

När den upphandlande enheten slutligen har valt en leverantör fattar den ett tilldelningsbeslut. Den upphandlande enheten skall enligt 6:13 dokumentera skälen för sina beslut och vad som i övrigt framkommit av betydelse vid upphandlingsförfarandet. Detta krav följer enligt Karnov i och för sig av den allmänna skyldighet att hålla arkiv, som åvilar varje myndighet, men påpekas här särskilt i den nämnda lagkommentaren, ”dels eftersom lagen gäller även andra än myndigheter och dels därför att det är angeläget för säkerställande av en genomsynlig upphandling att nödvändiga uppgifter bevaras.” Dokumentationen ligger även till grund för anbudsgivarens beslut att begära överprövning eller skadestånd till följd av felaktig upphandling. Överprövning av tilldelningsbeslut är möjligt till dess att tio dagar gått sedan den upphandlande enheten meddelat leverantörerna vem som tilldelats kontraktet.⁴⁰ Målet med upphandlingen är därefter nått, processen avslutas genom att den upphandlande enheten och den valda leverantören skriver ett kontrakt, ett vanligt civilrättsligt avtal.

4.3.1 Möjligheter för missnöjd anbudsgivare före respektive efter det att kontrakt upprättats

När en upphandling är avslutad och tio dagars-fristen löpt ut innebär det, förutom att affären är säkrad för den leverantör som valts, att övriga leverantörer inte längre kan begära överprövning. Leverantörer som anser att upphandlingen inte gått rätt till är därefter hänvisade till att kräva skadestånd. Regler om skadestånd återfinns normalt i skadeståndslagen och i motiven till SkstL framgår att denna gäller även vid upphandling.⁴¹ Emellertid finns skadestånd reglerat i LOU och SkstL saknar därför reell betydelse i upphandlingsfall. Regler om överprövning och skadestånd stadgas i LOU:s 7 kap.

Ett grundläggande rekvisit för överprövning är, förutom att tidsfristen beaktats, att leverantören lidit eller kan komma att lida skada pga. av något missförhållande i upphandlingsförfarandet, 7:1, 7:2. Detta kan bero på att den upphandlande enheten har brutit mot huvudregeln om affärsrämsighet i 1:4 eller att någon annan bestämmelse i lagen har överträtts. Framställningen bör innehålla en utredning om vad som hänt och på vilket sätt detta medfört skada eller medför risk för skada. Bestämmelsen riktar sig främst till den leverantör som finner att en pågående upphandling görs på ett sådant sätt att han inte kan delta på ett korrekt och i lagen förutsatt sätt. Exempel på sådana situationer anges i lagmotiven kunna vara ”att annonserna är så utformade att de utesluter

⁴⁰ Detta är en relativt ny möjlighet, se mer om denna ändring nedan i kap 5.1.2.

⁴¹ Se prop. till skadeståndslag 1972:5, s 501.

från deltagande, eller att de kvalifikationskrav som den upphandlande enheten valt att tillämpa formulerats på ett sådant sätt att någon reell anbudstävlan inte kan uppkomma.”⁴² Rätten skall då enligt 7:2 besluta att upphandlingen skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

När tidsfristen för överprövning gått ut kvarstår alltså rätten att begära skadestånd. Denna möjlighet behandlas i 7:6. Enligt denna paragraf skall en upphandlande enhet ersätta skada för leverantör om skadan har uppkommit pga. att bestämmelserna i lagen inte följts. I motiven s. 103 uttalades att med "uppkommen skada" avses inte bara onödiga kostnader utan ersättning som täcker även det positiva kontraktsintresset. Stockholms Universitet påpekade att denna form av ersättningsregel ansågs stå i bättre överensstämmelse med direktivtexten. Det påpekade vidare att det är möjligt att erhålla fullt skadestånd i flera andra EG-länder. Några rättsfall där EG-domstolen uttalat att sådant skadestånd skulle vara en del av direktivets bestämmelser finns dock inte. Universitet påpekade dock att regler om fullt skadestånd är en del av ett effektivt överprövningssystem och uttalade vidare att skadestandsreglerna torde främja ett från allmän synpunkt önskvärt uppträdande från upphandlande organs sida. ”Vidare torde i praktiken svårigheterna för förbigångna företag att visa kausalitet mellan begångna fel och det faktum att vederbörande lidit skada genom att inte erhålla kontraktet leda till en stark begränsning av de situationer där ersättning för det positiva kontraktsintresset kommer ifråga.”⁴³ Den förmodade ersättningsregeln konfirmerades med avgörandet i NJA 1998 s. 873. I fallet ansåg kommunen att det positiva kontraktsintresset inte skulle ersättas och refererade till huvudregeln avseende ersättning i svensk rätt. Denna regel säger att ersättning till det positiva kontraktsintresset är möjlig endast inom kontraktsförhållanden.⁴⁴ HD slog i målet fast att skadestånd skulle komma att utdömas till det positiva kontraktsintresset. Domstolens motivering gick sammanfattningsvis ut på att med den uppbyggnad LOU fått ligger det nära till hands att se saken så att ett kvasikontraktsrättsligt förhållande uppkommer mellan den upphandlande enheten och de presumtiva anbudsgivarna i och med att upphandlingen inleds.⁴⁵

Vid överprövning är Länsrätten behörigt forum. För skadeståndstalan är däremot allmän domstol rätt forum. Uppsplittningen mellan förvaltningsdomstol och allmän domstol diskuteras i lagmotiven och som skäl där för anges den grundläggande funktionsfördelningen mellan dessa domstolar. Denna ansågs inte kunna ändras ifall den tradition som hittills gällt i Sverige skulle kunna upprätthållas.⁴⁶

⁴² Prop. 1992/93:88, s. 101.

⁴³ Prop. 1992/93:88 s. 45 f.

⁴⁴ Se t.ex. Hellner & Johansson, 2000, s. 88 f., 474 f.

⁴⁵ NJA 1998 s. 873.

⁴⁶ Prop. 1992/93:88, s. 45-46.

Som ett komplement till LOU finns även LIU. I motiven framgår att denna lag är avsedd att främja konkurrens vid anbudstävlan och att skapa tilltro till offentlig upphandling hos leverantörerna.⁴⁷ Reglerna i denna lag härrör inte från EG-direktiv. I första hand är det Konkurrensverket som ansöker om prövning hos Marknadsdomstolen. Om Konkurrensverket beslutar att inte föra fallet till domstol kan dock ansökan enligt 6 § LIU göras av konsument, näringslivsorganisationer eller ett företag som berörs av upphandlingen. Ett beteende är enligt 3 § otillbörligt om något företag påtagligt diskrimineras eller om beteendet på något annat sätt påtagligt snedvrider förutsättningarna för konkurrens. MD ansåg i mål 1996:6 att en kommun förfarit otillbörligt genom att föra in nya bedömningskriterier under pågående upphandling och på så sätt diskriminerat vissa anbudsgivare. Kommunen förbjöds enligt 3 § LIU vid vite att tillämpa beteendet, eller beteenden som väsentligen överensstämmer med detta. MD:s beslut att förbjuda ett otillbörligt upphandlingsbeteende innebär alltid ett *framtida* förbud. MD kan heller inte stoppa en pågående upphandling (3 § 2 st.). Det är endast länsrätten som i enlighet med LOU kan besluta att en pågående upphandling avbryts, görs om eller rättas till.

För att invändningar skall kunna framföras krävs tillgång till relevanta uppgifter i upphandlingsärenden. För alla statliga myndigheter, kommuner och landsting samt kommunala och landstingsägda bolag gäller offentlighetsprincipen. Hos sådana rättssubjekt som inte lyder under offentlighetsprincipen (t.ex. privata företag samt flertalet statliga bolag) finns det inte någon motsvarande rätt att ta del av handlingar. Av LOU 1:27 samt 6:1 följer dock att dessa rättssubjekt, om de är upphandlande enheter, är skyldiga att lämna ut vissa uppgifter om upphandlingar. I Tryckfrihetsförordningens 2 kap. föreskrivs bl.a. att envar skall ha rätt att ta del av uppgifter i allmänna handlingar hos myndigheten⁴⁸ med de begränsningar som följer av SekrL. Då denna lag har kommit att ändras i och med den senaste ändringen av LOU behandlas dessa bestämmelser närmare nedan under kapitel 5.1.2.1.

⁴⁷ Prop. 1993/94:222, s. 1, 9.

⁴⁸ Med myndigheter skall dock enligt 1:8 och 1:9 SekrL, i detta hänseende, jämföras vissa organ som inte tillhör myndighetsorganisationen. Här faller upphandlande enheter in.

5 Senaste ändringen i LOU

LOU har sedan tillkomsten 1994 ändrats ett flertal gånger. Lagen ändrades senast år 2002 och den viktigaste förändringen var den som var nödvändig till följd av den sk. Alcatel-domen. Jag skall i detta kapitel ge en sammanfattning av domen och en kort redogörelse för de ändringar i LOU och SekrL som denna dom medförde. På grund av nya EG-direktiv är lagen återigen under omarbetning. De ändringar som nu är aktuella är av betydligt större omfattning och grunden för dessa är de nya EG-direktiven inom upphandlingsområdet. Dessa ändringar presenteras översiktligt i nästa kapitel.

5.1 Alcatel-målet⁴⁹

Den 3 mars 1998 inkom från den österrikiska domstolen tre frågor om tolkning av rådets direktiv 89/665/EEG om prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten. Frågorna uppkom i en tvist mellan Alcatel Austria AG, Siemens AG Österreich och Sag-Schrack Anlagentechnik AG, å ena sidan, och Bundesministerium für Wissenschaft und Verkehr (förbundsministeriet för vetenskap och transport), å andra sidan, beträffande tilldelning av ett kontrakt rörande offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten. Upphandlingens syfte var att på de österrikiska motorvägarna installera ett nytt elektroniskt system. Anbudsinfordran skedde genom öppen upphandling. Upphandlingskontraktet tilldelades den 5 september 1996 bolaget Kapsch AG och avtal slöts samma dag. Övriga anbudsgivare fick kännedom om detta kontrakt genom ett pressmeddelande. En dryg vecka senare framställde de en begäran om överprövning. Enligt den hänskjutande domstolen förhöll det sig så att tilldelningen av kontraktet och dess ingående enligt österrikisk rätt inte sammanföll, i alla fall inte i formellt hänseende. I praktiken var emellertid den upphandlande enhetens tilldelningsbeslut ett beslut som fattades internt inom organisationssystemet och som inte blev känt för tredje man. Därför framstod det för en utomstående som om beslutet att tilldela kontraktet och ingåendet sammanföll i tidpunkt. Beslutet att tilldela kontraktet kunde således inte angripas. Efter denna tidpunkt kunde endast ersättning, i form av skadestånd, tilldelas den anbudsgivare som hade egentlig rätt till upphandlingskontraktet.

Den nationella domstolens viktigaste fråga avsåg om medlemsstaterna när de införlivade direktivet var skyldiga att tillhandahålla ett prövningsförfarande genom vilket klagande kunde utverka undanröjande av tilldelningsbeslutet, om förutsättningarna för detta var uppfyllda, trots att möjlighet fanns att begära skadestånd.

⁴⁹ C-81/98 Alcatel.

Domstolen svarade att syftet med direktiv 89/665 var att såväl på det nationella planet som på gemenskapsplanet förstärka de redan förekommande medlen för att säkerställa att gemenskapens direktiv i ämnet offentlig upphandling verkligen tillämpades. Domstolen konstaterade att det i direktivet gjordes en åtskillnad mellan stadiet före ingåendet av kontraktet och stadiet därefter. I det förra fallet gavs en rätt till överprövning och i det senare begränsades prövningsorganets behörighet till att lämna ersättning till den som lidit skada av överträdelsen. Den tolkning som föreslogs av den österrikiska domstolen skulle kunna få som effekt att den upphandlande enhetens viktigaste beslut – nämligen tilldelningen av kontraktet – på ett systematiskt sätt undkom de åtgärder som enligt direktivet skulle vidtas för att garantera en rättvis prövning. Domstolen anförde vidare att den upphandlande enhetens beslut måste kunna prövas effektivt, skyndsamt och på ett stadium där överträdelserna fortfarande kan rättas till. Av detta följde att bestämmelserna i direktivet skulle tolkas så, att medlemsstaterna var skyldiga att, vad gäller den upphandlande enhetens beslut innan kontrakt ingås i samtliga fall tillhandahålla ett prövningsförfarande genom vilket klaganden kan utverka undanröjande av beslutet, om förutsättningarna för detta är uppfyllda. Detta gällde trots att möjlighet att erhålla skadestånd fanns. När de nationella bestämmelserna inte kunde tolkas på ett sätt som var förenligt med direktivet slog domstolen vidare fast att de berörda, enligt de förfaranden som är tillämpliga enligt nationell rätt, kunde begära ersättning för den skada som de har lidit på grund av att direktivet inte genomförts inom den föreskrivna fristen.

5.1.1 Efterverkningar av Alcatel-målet i svensk rätt

Regeringen överlämnade år 2002 prop. 2001/02:142 till riksdagen. Riksdagen antog prop. 12 juni och lagändringarna (2002:594) trädde i kraft 1 juli 2002. Den största förändringen rörde leverantörers rätt att få del av information om beslut fattade under upphandlingens gång. För att detta skulle bli reellt möjligt krävdes ändringar i såväl SekrL som LOU.

5.1.1.1 Ändring i Sekretesslagen

I 6 kap. SekrL finns bestämmelser om sekretess med hänsyn till det allmännas ekonomiska intresse. I 6:2 stadgas om uppgift som hänför sig till ärende angående förvärv, överlåtelse, upplåtelse eller användning av egendom, tjänst eller annan nyttighet. Denna formulering avser främst upphandlings- och entreprenadärenden. Tredje stycket i 6:2 behandlar anbud i upphandlingsärenden.

Tidigare stadgades i 6:2, 1 st. om en absolut sekretess för uppgifter som hänför sig till en upphandling. Den absoluta sekretessen upphävdes först i och med att

ett upphandlingskontrakt väl tilldelats och undertecknats, och överprövningsfristen löpt ut. Denna bestämmelse hindrade en leverantör från att få tillgång till information som behövs för att kunna utfärda en välgrundad överklagan. Efter att den absoluta sekretessen upphört kvarstod endast möjligheten att begära skadestånd. I Alcatel-målet klargjorde EG-domstolen att ett sådant system var förbjudet. Idag finns i 6:2, 1 st. istället en presumtion för offentlighet angående uppgifter i upphandlingsärenden. Vad gäller anbud råder enligt 3 st. fortfarande en absolut sekretess. Denna upphör dock att gälla redan när alla anbud offentliggörs eller beslut om leverantör och anbud fattats eller ärendet dessförinnan har slutförts. Efter denna tidpunkt råder ”vanlig sekretess” enligt 1 st. till förmån för det allmännas ekonomiska intresse och sekretess till förmån för enskildas ekonomiska intresse enligt 8:10, 1 st. Vad gäller det allmännas ekonomiska intresse fann Regeringsrätten i RÅ 1991 ref. 56 att allmänt hållna uppgifter såsom att sekretess är en förutsättning för fortsatt låg prisnivå vid en viss typ av upphandling och att flera leverantörer ställer krav på sekretess, aldrig anses som tillräcklig grund för ett antagande om att ett utlämnande av en anbudssammanställning skulle medföra skada. För sekretess till skydd för enskildas ekonomiska intresse krävs ett uttryckligt krav på sekretess från den enskilde samt en skadebedömning enligt 8:10. I prop. 1979/80:2 del A framhålls att utformningen av skaderekvisitet har grundats på en tolkning av äldre rätt som militieombudsmannen gjorde i ett beslut 1946. Vad militieombudsmannen sålunda anförde var att en rimlig avvägning mellan de motstående intressena skulle göras i föreliggande fall. Avvägningen kan lämpligen uttryckas så att sekretess bör gälla för en uppgift, om det av särskild anledning kan antas att den som uppgiften rör lider skada om uppgiften röjs.⁵⁰

De synsätt som nu råder vid sekretessärenden i upphandlingsfall kan sammanfattas med Regeringsrättens uttalande i avgörandet RegR 8118-2003-Rätt att ta del av allmän handling. Häri uttalade domstolen att ”rättsutvecklingen inom EG-rätten, bl.a. genom den sk. Alcatel-domen C-81/98, går mot allt öppnare upphandlingar och det synes endast vara i undantagsfall som LOU:s skyddsintressen får ge vika för sekretessintressen.”

5.1.2 Ändring i LOU

För att i enlighet med Alcatel-målet effektivisera överklagningsförfarandet infördes i LOU regler som syftar till snabbare handläggning och ökad öppenhet.⁵¹ I 1:27 stadgas att när ett beslut om leverantör och anbud fattas skall informationen om varför anbudssökandes-/givares ansökan/anbud förkastats lämnas genast eller så snart det är möjligt efter det att begäran kom in. I 1:28 föreskrivs en skyldighet för de upphandlande enheterna att på *eget initiativ* skicka ut information om varför någon annan vann upphandlingen till alla anbudsgivarna/-sökandena. Denna information skall lämnas genast eller så snart

⁵⁰ Prop. 1979/80:2 del A, s. 241 f.

⁵¹ Prop. 2001/02:142, s. 67 f.

det är möjligt. I 7:1 infördes även en tiodagarsfrist från i lagtexten angivna tillfällen under vilken en ansökan får prövas. I kommentaren till nämnda paragraf i Karnov framhålls att tiodagarsfristen infördes pga. att den ökade öppenhet som 1:27 och 1:28 leder till likväl kan omintetgöras eftersom kontrakt kan ingås i nära anslutning till tilldelningsbeslutet och därmed skära av överprövningen. Enligt 7:1 kan en länsrätt nu pröva en upphandling i två fall trots att ett skriftligt kontrakt slutits. Det ena fallet är till dess att 10 dagar förflutit från det att den upphandlande enheten lämnat upplysningar till anbudssökandena/-givarna om vem som vunnit upphandlingen och varför. Det andra fallet rör tiden tills dess att 10 dagar förflutit från det att förvaltningsdomstol upphävt ett tidigare fattat interimistiskt beslut. Från dessa bestämmelser är enligt paragrafens 3 st. de fall där upphandlingen genomförts pga. synnerlig brådska orsakad av oförutsedda händelser som inte kan hänföras till den upphandlande enheten undantagna. För att inte hela upphandlingsförfarandet skall gå om intet i de fall beslutet upphävs av länsrätten är alla anbudsgivare enligt 1:19 a bundna av sina anbud till dess anbudens giltighet löper ut. Detta gäller alltså trots att de fått upplysningar om att en annan leverantör tilldelats kontraktet.

6 De nya direktiven på upphandlingsområdet, förestående lagändringar.

De direktiv som gett upphov till revidering av lagen är försörjningsdirektivet och det klassiska direktivet.⁵² De nya direktiven överensstämmer i stor utsträckning med de fyra äldre direktiv som de ersätter. Målsättning med de nya direktiven är färre regler, mer lättlästa direktiv, anpassning till ny teknologi samt en intention att mer kronologiskt följa upphandlingsprocessen.⁵³

I Sverige är lagstiftningsarbetet uppdelat i två delar. I den första införlivas de bestämmelser i EG-direktiven som för medlemsstaterna är obligatoriska. Detta skulle ha varit avslutat i februari⁵⁴ men är försenat och blir troligtvis inte färdigt förrän vid årsskiftet 2006/2007⁵⁵. De viktigaste förslagen i denna första del av lagstiftningsarbetet presenteras nedan under rubriken: SOU 2005:22.

Den andra delen består av regler som enligt direktiven är frivilliga att införliva. Utredningens mest vitala ställningstaganden och förslag i denna del kommer att behandlas under rubriken: SOU 2006:28, i kapitel 6.2. Denna del kommer troligtvis att finnas i svensk lagstiftning om tidigast ett år.⁵⁶

6.1 SOU 2005:22

Upphandlingsutredningen 2004 presenterade i mars 2005 delbetänkandet: Nya upphandlingsregler, SOU 2005:22. Detta betänkande innehåller en modifierad lag om offentlig upphandling (LOU) och en ny lag om upphandling inom försörjningssektorerna (LUFSS). Utredningen har försökt implementera de nya direktiven i så nära anslutning till direktiven som möjligt och detta är skälet till det nya förslaget att dela in upphandlingsreglerna i två lagar, en som avser den offentliga upphandlingen inom den klassiska sektorn och en som avser upphandlingen inom försörjningssektorerna. LOU och LUFSS innehåller också bestämmelser om upphandling som inte omfattas av bestämmelserna i direktiven (6 kap. nuvarande LOU) och om överprövning och skadestånd (7

⁵² Direktiv 2004/17/EG om upphandling av vatten, energi, transporter och posttjänster (försörjningsdirektivet) och direktiv 2004/18/EG om offentlig upphandling av byggtjänster, varor och tjänster (det klassiska direktivet).

⁵³ SOU 2005:22, s. 11 f.

⁵⁴ SOU 2005:22, s. 70.

⁵⁵ Mailkorrespondens med Magnus Nilsson, ek. kand. vid NOU:s kansli, 06-04-03.

⁵⁶ Mailkorrespondens med Magnus Nilsson, ek. kand. vid NOU:s kansli, 06-04-03.

kap. nuvarande LOU), den sistnämnda baseras istället på de sk. rättsmedelsdirektiven.⁵⁷

De nya reglerna om offentlig upphandling har fått en ny struktur jämfört med den nu gällande lagen. LOU och LUFSS har strukturerats på väsentligen samma sätt. Allmänna bestämmelser finner vi liksom nu i 1 kap. Definitioner, undantag från lagens tillämpningsområde och tröskelvärden har däremot fått egna kapitel. I övrigt har lagen strukturerats så att de olika upphandlingsförfarandena, förfrågningsunderlag och dylikt inordnats under särskilda kapitel och finns inte längre spridda i de olika kapitlena avseende varor, tjänster och byggentreprenader.⁵⁸ Detta torde medföra en väsentlig förenklighet vid orientering i lagen.

6.1.1 Finns någon skillnad i vilka som nu kommer att omfattas av LOU?

När det gäller produktion av vatten, el, gas eller värme innebär direktivet en ändring i förhållande till det äldre direktivet på det sättet att en producent, som inte är en myndighet eller vad som i direktivet kallas ett offentligt företag, inte längre blir att anse som en upphandlande enhet enbart på den grunden att leverans av vatten, el, gas eller värme sker till ett nät som drivs av ett företag som åtnjuter särskilda rättigheter eller ensamrätter.⁵⁹ Detta indikerar att några företag som idag kan anses falla inom lagens tillämpningsområde kan komma att inte göra det vid ett införlivande av föreslagen formulering.⁶⁰ Detta är ingenting som med säkerhet utretts och framtiden får visa exakta förändringar. I övrigt innebär förslaget ingen förändring av vilka som är att räkna som upphandlande enheter.

6.1.2 Huvudregeln om affärsmässighet

En nyhet rör huvudregeln om affärsmässighet i 1:4 dagens LOU. Utredningen föreslår att denna paragraf tas bort och istället ersätts med en bestämmelse som skall ges rubriken: Principer för tilldelning av kontrakt. Paragrafen skall förslagsvis lyda: *Tilldelning av offentliga kontrakt skall göras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns. Upphandlande enheter skall behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt. Genomförandet av upphandlingsförfarandet skall ske med iakttagande av öppenhet.*⁶¹

⁵⁷ SOU 2005:22, s. 11.

⁵⁸ SOU 2005:22, s. 14 ff., s. 92 ff.

⁵⁹ SOU 2005:22, s. 12, 427-429.

⁶⁰ SOU 2005:22, se s. 92-153.

⁶¹ SOU 2005:22, s. 15.

Denna formulering anser utredningen anknyta närmare till vad som i direktiven kallas ”principer för tilldelning av kontrakt”. De nya direktiven innehåller nämligen en bestämmelse som uttryckligen anger att likabehandlings-, icke-diskriminerings- och öppenhetsprinciperna skall beaktas. Utredningen gör dock bedömningen att ändringen av paragrafen inte innebär någon ändring i sak i förhållande till vad som nu gäller.⁶²

6.1.2.1 Leverantörskvalificeringen

I 12 kap. nya LOU finns regler om uteslutning av leverantör. En leverantör skall här kunna uteslutas från deltagande om enheten får kännedom om att leverantören har dömts för deltagande i kriminell organisation, bestickning, bedrägeri samt penninghäleri. Om leverantören är en juridisk person skall denna uteslutas, om någon som direkt eller indirekt har ett bestämmande inflytande över leverantören dömts för vissa angivna brott.⁶³ Detta innebär en uppstramning mot nuvarande bestämmelser i 1:17. Den enda uteslutningsgrunden som nämns i nuvarande bestämmelse gällande brott, är då leverantören är dömd för brott avseende yrkesutövningen, t.ex. miljöbrott.

6.2 SOU 2006:28

Upphandlingsutredningen lämnade den 20 mars 2006 sitt slutbetänkande; Nya upphandlingsregler 2, SOU 2006:28. Utredningen fick bl.a. i uppdrag att göra en allmän översyn av 6 kap. I samband med denna skulle utredningen även analysera om ett fastställt värde för direktupphandling borde införas och vid vilket värde direktupphandling i så fall skulle medges.

Utredningen skulle även behandla de nya föreslagna förfarandena: konkurrenspräglad dialog, dynamiska inköpssystem och elektroniska auktioner. I denna del tas också upp förslag till miljö- och sociala krav i upphandlingen.

6.2.1 Förslag beträffande 6 kap. nuvarande LOU

Det viktigaste förslaget beträffande 6 kap. rör uttrycket ”lågt värde” som nu används för att avgöra när direktupphandling får tillämpas. Denna ospecificerade formulering föreslås nu bli ersatt av ett fast maximivärde. Detta värde räknas utifrån vissa procentsatser på olika tröskelvärden.⁶⁴ Det föreslagna värdet för ett tillåtande av direktupphandlingar kommer troligtvis att innebära en höjning gentemot de belopp som nu tillämpas. De flesta har hittills av säkerhetsskäl satt gränsen lågt för att undvika överskridelser. Den föreslagna förändringen har gett upphov till meningsskiljaktigheter. Som exempel kan

⁶² SOU 2005:22, s. 12, 177.

⁶³ SOU 2005:22, s. 46.

⁶⁴ SOU 2006:28, s. 242.

nämnas Olof Erixon, Svenskt näringsliv, och Jens Karlsson, organisationen Företagarna, som vill att låga gränser även fortsättningsvis skall tillämpas för att direktupphandling ska få bli aktuell. Denna inställning motiveras med att så mycket som möjligt av den offentliga upphandlingen skall konkurrensutsättas då detta är själva målet med ett upphandlingsförfarande.⁶⁵ Jens Karlsson har även uttalat att man inte kan lita på att den upphandlande enheten skulle behandla alla lika om de inte tvingas till det. Detta kontrollerande ”tvång” saknas i direkt upphandling.⁶⁶ Inom exempelvis arkitektområdet finns istället en positiv inställning till förslaget. En ökad möjlighet till direktupphandling ses här som en utväg ur en alltför ensidig fokusering på priser och en potentiell väg till bättre fokus på kompetens och förmåga.⁶⁷

6.2.2 Nya upphandlingsformer

Ett av de mest prioriterade inslagen i de nya direktiven är den modernisering av upphandlingsprocessen som skulle bli möjlig genom de nya reglerna om elektronisk kommunikation. De nya reglerna innehåller incitament, i form av kortare tidsfrister, för att denna möjlighet skall komma att utnyttjas av de upphandlande enheterna. Om den upphandlande enheten annonserar elektroniskt kan anbudstiden minskas med sju dagar. Om den upphandlande enheten tillhandahåller förfrågningsunderlaget elektroniskt kan anbudstiden minskas ytterligare med fem dagar. Dessa bestämmelser föreslås införas under rubriken ”Förkortade tidsfrister vid användning av elektroniska medel”; 10:5 och 10:6.⁶⁸ De nya rättsliga formerna för upphandling genom elektronisk kommunikation är dynamiska inköpssystem och elektroniska auktioner.

Dynamiska inköpssystem är ett elektroniskt upphandlingssystem som föreslås bli infört i båda upphandlingslagarna. Uteslutande elektroniska medel används här vid upphandling. Användningen av elektroniska medel anses kunna medföra effektivitetsvinster men också lägga priser på det som upphandlas.⁶⁹

Elektroniska auktioner är inte ett fullständigt upphandlingsförfarande utan begränsas till utvärderingsfasen. En elektronisk auktion kan föregå tilldelningen av kontrakt vid användning av öppet, selektivt eller förhandlat förfarande och när ett kontrakt skall tilldelas inom ramen för ett dynamiskt inköpssystem. Förfarandet kommer sannolikt att bli mest aktuellt vid en ren priskonkurrens. Leverantörerna kan således få reda på hur de ligger till i anbudsgivningen och ges möjlighet att lämna nya priser.⁷⁰

⁶⁵<http://www.foretagarna.se/FileOrganizer/Foretagarna%20Centralt/Opinion/S%C3%A4rskilda%20yttranden/S%C3%A4rskilt%20yttrande6.pdf>, s.3, 06-05-05.

⁶⁶ Ruin Pähl, 2005, s. 19.

⁶⁷ www.arkitekt.se/doc2437a/0604.pdf, s. 76, 06-04-29.

⁶⁸ SOU 2005:22, s. 41.

⁶⁹ SOU 2006:28, s. 18-19.

⁷⁰ SOU 2006:28, s. 19-20.

En tredje rättslig figur föreslogs även för att stimulera framväxten av ny teknik. Denna figur kallas konkurrenspräglad dialog och är ett helt nytt upphandlingsförfarande. Förfarandet är avsett att användas vid särskilt komplicerade upphandlingar av byggnadsentreprenader, varor och tjänster inom den klassiska sektorn. Med särskilt komplicerade upphandlingar avses t.ex. att arten av de tjänster som skall upphandlas är sådan att det inte går att utarbeta ett tillräckligt exakt förfrågningsunderlag för att kunna genomföra upphandlingen och välja det bästa anbudet. Förfarandet innebär att upphandlingen görs i två steg; först får alla intresserade leverantörer ansöka om att delta i den konkurrenspräglade dialogen. Därefter väljer den upphandlande enheten ut de som får delta och efter dialogen får de komma in med anbud. Dialogen förs i syfte att identifiera och definiera hur enhetens behov bäst skall kunna tillgodoses och sker således innan de utvalda leverantörerna lämnar sina anbud. Den upphandlande enheten kan successivt välja bort de förslag till lösningar som inte passar. Möjligheten att använda konkurrenspräglad dialog anses kunna ha betydelse också genom att göra det lättare att ställa specifika krav, vilket kan stimulera framväxten av ny teknik. Förfarandet bedöms därför kunna användas framförallt inom områden där det kan vara fråga om att utveckla eller använda ny teknik.⁷¹

6.2.3 Miljökrav, sociala krav och andra särskilda krav

Redan 1998 då LOU ändrades så att man istället för lägsta pris som första alternativ satte det ekonomiskt mest fördelaktiga var tanken att man skulle kunna väga in krav på miljöpåverkan som relevanta. Social hänsyn angavs då inte som relevant. Med sociala krav menas att det allmänna får ta icke-kommersiella hänsyn vid upphandlingen. Som exempel på detta kan nämnas att en leverantör inte uppfyller krav på en hög nivå i jämställdhetsarbetet eller i verksamheten mot etisk diskriminering.⁷²

Utredningen gjorde en genomgång av rättsläget när det gäller möjligheten att ställa särskilda krav vid upphandling. Enligt utredningen innebär EG-domstolens praxis att ”en upphandlande enhet får ställa krav på leverantör som inte är av renodlad ekonomisk karaktär och att krav av sådant slag får användas vid bedömningen av vad som är ekonomiskt mest fördelaktigt.”⁷³ Det vägledande avgörandet från EG-domstolen är det sk. Beentjes-målet⁷⁴ angående sociala kontraktsvillkor. Företaget Beentjes ställde den nederländska regeringen inför rätta då en annan anbudsgivare tilldelats avtalet, trots att Beentjes hade lagt det lägsta anbudet för ett byggnads- och anläggningsavtal

⁷¹ SOU 2006:28, s. 17-18.

⁷² Junesjö, 2001, s. 17-19.

⁷³ SOU 2006:28, s. 22-23.

⁷⁴ Mål C-31/87 –Beentjes.

avseende konsolidering av mark. Ett av de huvudsakliga skälen för beslutet var det faktum att Beentjes inte befunnit sig i ett läge där de kunde uppfylla ett socialt villkor som uttryckligen angivits i förfrågningsunderlaget. Det var här fråga om ett fullgörandevillkor att rekrytera minst 70 % av arbetsstyrkan bland de långtidsarbetslösa genom att använda den regionala arbetsförmedlingens tjänster. EG-domstolen förkastade klagomålet och slog fast att den typen av socialt villkor var förenligt med gemenskapsrätten, så länge villkoret angavs i förfrågningsunderlaget och inte diskriminerade utländska företag.

Beslutet blev en milstolpe i erkännandet av upphandling som ett instrument för att stödja socialpolitik, men gav inte något uttömmande svar angående den specifika formuleringen av sådana villkor. Den allmänna uppfattningen är dock att kravet måste ha något samband med föremålet för upphandlingen, kravet måste med andra ord gälla just den vara eller tjänst som köps in- inte leverantörens beteende i allmänhet.⁷⁵ Det måste även gå att kontrollera om en leverantör kan uppfylla ställda krav. En skillnad mellan domar avseende miljökrav och domar angående sociala krav tycks vara att de sociala krav som varit aktuella behandlas som en egen kategori vid sidan av de kriterier som används för att avgöra vad som är ekonomiskt mest fördelaktigt. Miljökraven har däremot inordnats bland dessa kriterier. Om detta innebär någon skillnad i praktiken är svårt att ta ställning till. En annan skillnad är att i de fall miljökrav varit aktuella har en tydlig koppling till gemenskapsrättens politik gjorts medan sådana uttalanden i samband med sociala krav inte gjorts. Utredningen tror att EG-domstolens acceptans av dessa senare krav beror främst på att de EG-rättsliga upphandlingsreglerna ger medlemsstaten ett visst utrymme att tillämpa nationellt bestämda regler, förutsatt att dessa inte strider mot EG-fördraget.⁷⁶

Michael Slavicek, chefsjurist på NOU, menar att det är viktigt att inte upphandlingen går först i arbetet om etiska ställningstaganden och mänskliga rättigheter. Om en myndighet eller kommun redan har höga krav på t.ex. jämställdhet eller barns rättigheter, skall samma krav gälla i upphandlingen, men upphandlingen skall inte vara det enda instrumentet. Han uttryckte vidare att offentlig upphandling inte skall bli en sköld för att värna dåliga förhållanden hos leverantörer. Men att det inte heller är ett lämpligt svärd i kampen för mänskliga rättigheter.⁷⁷

Utredningen lämnar endast ett förslag i frågan, nämligen en bör-regel; de upphandlande enheterna *bör* ställa miljökrav och sociala krav vid upphandling i den utsträckning det är påkallat med hänsyn till upphandlingens art. Detta föreslås införas i båda upphandlingslagarna. En bör-regel lägger alltså inga skyldigheter på de upphandlande enheterna.⁷⁸

⁷⁵ Ljunggren och Truedson, 2005, s. 8-9.

⁷⁶ SOU 2006:28, s. 22-23.

⁷⁷ Ljunggren och Truedson, 2005, s. 8-9.

⁷⁸ SOU 2006:28, s. 23.

7 Antidiskrimineringsförordning införs för upphandlande enheter

I relation till diskussionen om sociala krav kan också nämnas den nya antidiskrimineringsförordning som just införts. Möjligheten att använda sig av en antidiskrimineringsklausul vid upphandling har funnits sedan lagändringen 2002 men då denna möjlighet inte använts på ett tillfredsställande sätt fick NOU år 2003 i uppdrag av regeringen att göra en utvärdering av användandet av antidiskrimineringsklausuler i upphandlingskontrakt. NOU:s kartläggning visade att det fanns en utbredd vilja att använda klausulerna. Många upphandlare avstod dock pga. osäkerhet rörande tillämpningen och bristande resurser för uppföljning av efterlevnaden. Bland dem som använt sig av en antidiskrimineringsklausul har endast ett fåtal upplevt problem vid användningen. Av de 45 upphandlande enheter som tillfrågats och uppgett sig använda klausulerna är det dock endast fem som vidtagit åtgärder för uppföljning. Att flertalet upphandlande enheter inte vidtagit några åtgärder för att kontrollera efterlevnaden av klausulerna är sannolikt den främsta förklaringen till att endast ett fåtal upplevt problem vid användandet. Det fåtal som upplevt problem hänför nämligen dessa till just uppföljningen. Rapporten visade vidare att antidiskrimineringsklausuler inte används pga. att den upphandlande enhetens anskaffningar huvudsakligen sker genom avrop från ramavtal som upphandlats av någon annan enhet. NOU gjorde bedömningen att antidiskrimineringsklausuler bör användas där de förväntas ge bäst effekt; i ramavtal eller avseende vissa branscher.⁷⁹

Regeringen meddelade den 6 april 2006 ett beslut att anta en ny antidiskrimineringsförordning; Förordning (2006:260) om antidiskrimineringsvillkor i upphandlingskontrakt. Genom denna skall de 30 statliga myndigheter som upphandlar mest åläggas att i sina upphandlingskontrakt ställa villkor som skall motverka diskriminering hos leverantörerna.⁸⁰ Förordningen syftar till att öka medvetenheten och efterlevnaden av de sex lagar mot diskriminering som införts sedan 1991.⁸¹ Förordningen gäller alla avtal som sluts av dessa myndigheter och som har en löptid om minst åtta månader samt ett beräknat värde om minst 750 000 kronor, 4 §. Vilka myndigheter detta gäller räknas upp i en bilaga till förordningen. Ett förhållningssätt hos en leverantör som inte stämmer överens med antidiskrimineringsförordningen skall betraktas som en grund för uteslutning av leverantören, dvs. utgöra ett uteslutningsgrundande allvarligt fel i

⁷⁹ Se NOUs rapport; <http://www.nou.se/pdf/2003-301.pdf>, 06-05-02.

⁸⁰ <http://www.sweden.gov.se/sb/d/6182/a/615919>, 06-05-19.

⁸¹ förordning (2006:260) om antidiskrimineringsvillkor i upphandlingskontrakt, 2 §.

yrkesutövningen, jämfört med 1:17 och 6:9 LOU. Myndigheten skall förena villkoren med någon slags sanktion, förordningen 5 §.

Sven-Erik Östberg, dåvarande minister med ansvar för upphandlingsfrågor, kommenterade: ”Detta är ett av många sätt som staten kan bidra till att motverka diskriminering. Det är viktigt för trovärdigheten inom den offentliga sektorn att en myndighet föregår med gott exempel. Detta måste gälla även vid upphandling av varor och tjänster. Offentliga medel får inte gå till verksamheter som diskriminerar.”⁸²

Bristande resurser uppgavs vara en central anledning till att antidiskrimineringsklausulerna inte följts upp. Regeringen gav inget svar på frågan om varifrån de upphandlande enheter som träffas av förordningen skall få resurser till uppföljning av efterlevnaden. Om denna uppföljning inte görs korrekt kommer det att innebära ett handlande i strid mot gemenskapsrätten då EG-domstolen i ett förhandsavgörande⁸³ konstaterat att ett utvärderingskriterium som inte förenas med krav som möjliggör en verklig kontroll av att den information som lämnats i anbudet är korrekt, strider mot likabehandlingsprincipen i gemenskapsrätten.

⁸² <http://www.sweden.gov.se/sb/d/6182/a/615919>, 06-05-19.

⁸³ Mål C-448-01 mellan EVN AG, Wienström GmbH och Republic Österreich, punkt 72.

8 Den upphandlande enheten som avtalspart

8.1 Inledning

LOU reglerar upphandlande enheters beteende in contrahendo, dvs. vid avtalets ingående. Handlande i strid mot denna lag är att anse som culpa in contrahendo och regler om påföljder därvid finns reglerade i LOU. Härefter lämnar oss dock den offentligrättsligt reglerande lagen. Avtalsslutet anses enligt lagmotiven avgörande för när upphandlingen är avslutad⁸⁴ och det återstår att söka svar på frågor som rör avtalet i andra lagar och principer.

EG-domstolen uttalade i Alcatel-målet att den, beträffande offentlig upphandling, inte skiljer mellan en civilrättslig och en offentligrättslig del. Istället agerar den upphandlande enheten under upphandlingsförfarandet enbart som innehavare av civilrättsliga rättigheter, vilket innebär att staten såsom upphandlande enhet använder sig av civilrättsliga bestämmelser, former och medel vid tecknandet av ett upphandlingskontrakt/avtal.⁸⁵ När det allmänna uppträder som privat rättssubjekt intar det emellertid en särställning som inte direkt kan jämföras med en privat organisation. Privaträtten bygger på individuell frihet, medan den offentliga rätten präglas av kollektiv ordning och maktutövning. När civilrättsliga avtalskonstruktioner används på det offentligrättsliga området kan konflikter uppstå mellan de olika regelverken och mellan de grundläggande teorier och skillnader som finns mellan systemen. Bland de principer som styr det allmännas verksamhet finns den sk. *objektivitetsprincipen* som fastslås i 1:9 RF. Strömberg framhåller att denna princip innebär att förvaltningsorgan och domstolar i sin verksamhet inte får låta sig vägledas av andra intressen än dem de är satta att tillgodose och att de således inte får gynna eller missgynna vissa enskilda intressen eller ta hänsyn till ovidkommande omständigheter. Objektivitetsprincipen gäller samtliga som handhar olika typer av uppgifter inom den offentliga förvaltningen, även enskilda som fullgör offentliga förvaltningsuppgifter enligt 11:6 RF. Ur 1:9 kan också utläsas den sk. *likhetsprincipen*. Enligt Strömberg har denna princip nära samband med objektivitetsprincipen men sträcker sig något längre. Han framhåller att om en myndighet är utrustad med fri prövningsrätt, och den därför vid fattandet av ett beslut kan välja mellan olika alternativ utan att något av alternativen strider mot objektivitetsprincipen, innebär likhetsprincipen ett krav på konsekvens i beslutsfattandet och avtalstecknandet.⁸⁶ I LOU:s huvudregel om affärsmässighet görs en koppling, en påminnelse om att dessa

⁸⁴ Prop. 2001/02:142 s. 78.

⁸⁵ C-81/98 Alcatel, s. 4.

⁸⁶ Strömberg, 1998, s. 66-67.

grundläggande principer gäller även vid offentlig upphandling och genom hela processen.

Begagnandet av avtal i det allmännas verksamhet har ökat väsentligt under det senaste årtiondet. Detta har skett som en följd av privatisering och avreglering inom den offentliga sektorn. En konsekvens härav är att det uppstått en viss sammanflätning av offentlig rätt och privaträtt. Denna utveckling har i sin tur lett till förändringar som gör att det är svårt att dra en exakt gräns mellan de olika regelverken. HD har i NJA 2001 s. 3 uttalat att syftet med LOU inte har varit att vid sidan av det allmänna avtalsrättsliga regelverket skapa ett särskilt avtalsrättsligt regelverk för prekontraktuella och kontraktuella relationer i annan utsträckning än vad som är nödvändigt för att implementera direktiven. Emellertid har EG-domstolen i mål C-92/00 kommit fram till att avbrytande av en upphandling skulle kunna överprövas i vissa fall. Detta är något som inte skulle kunna bli aktuellt i något annat hänseende vid avtalslutande. Domen är svårtolkad och dess räckvidd oklar. Svårigheten torde bestå i vad en överprövning då kan omfatta. EG-domstolen har i ett senare beslut funnit att det *inte* strider mot direktiven att en upphandlande enhet som påbörjat en upphandling på grundval av kriteriet lägsta pris, avbryter förfarandet och formulerar ett nytt förfrågningsunderlag där istället kriteriet ekonomiskt mest fördelaktiga anbud används. I fallet hade enheten, efter att ha bedömt och jämfört anbuden, insett att den på grund av fel som begåtts vid förhandsbedömningen inte har möjlighet att välja det bästa anbudet. En förutsättning för att det under dessa omständigheter skall vara acceptabelt att avbryta upphandlingen är dock att enheten iakttar grundläggande gemenskapsrättsliga regler inom offentlig upphandling, såsom principen om likabehandling.⁸⁷

Nedan ges en översiktlig genomgång av och reflektioner kring avtalslutande, ogiltighet, oskäligen avtalsvillkor, ändrade förhållanden och avtalsstolkning ur ett upphandlingsrättsligt perspektiv. Avsnittet inleds med några reflektioner kring avtalets funktion och definition.

8.2 Avtalets funktion och definition

Adlercreutz skriver att avtalet är den viktigaste rättsliga formen som står till buds för att uppnå en rik differentiering av samhällslivet genom arbetsfördelning och annan funktionsuppdelning.⁸⁸ Vad är då ett avtal?

Adlercreutz framhåller att ett avtal allmänt kan beskrivas som en rättshandling som, till skillnad från reglering, kräver accept från en motpart. Den grundläggande rättsliga funktionen hos ett avtal är partsbindningen, dvs. att

⁸⁷ C-244/02, Kauppatalo Hansel.

⁸⁸ Adlercreutz, 2002, s. 16 f.

knyta samman parter i en rättslig relation som kan prövas av domstolar och exekutionsmyndigheter. Avtal har också en styrningsfunktion eftersom de reglerar parternas förpliktelser, åtaganden och liknande.⁸⁹ De avtal vi här skall ta sikte på är överenskommelser mellan offentligrättsliga subjekt och privaträttsliga subjekt. Sådana avtal framkommer genom strikt reglerade tillvägagångssätt, med beaktande av objektivitets- och likhetsprincipen, och formulerar vad som överenskommit i ett dokument, ett upphandlingskontrakt. Avtal i den meningen innefattar ett visst mått av politiska och sociala aspekter.

När en process genomförts i enlighet med LOU utmynnar det alltså i ett upphandlingskontrakt som tilldelas en av anbudsgivarna. Man kan först fråga sig om det finns något behov av denna särskilda terminologi. Ett upphandlingskontrakt torde vara ett avtal som alla andra. Att innehållet, tolkning och utfyllning av avtalet påverkas av det offentligrättsliga regelverket ger inte fullt stöd för detta särskilda begrepp då denna begränsning även finns i rent privaträttsliga avtalsrelationer, i form av ex. konsument- och arbetslagstiftning. Det centrala ryms heller inte i ordet upphandlingskontrakt då det egentligt intressanta ligger i orden: avtal om utövning av förvaltningsuppgift. I kommentaren till 1:5 LOU i Karnov förklaras ett upphandlingskontrakt helt enkelt som ett skriftligt avtal i civilrättslig mening. Å andra sidan måste vägas in att ett upphandlingskontrakt ändå utgör ett moment i de offentligrättsliga möjligheterna att styra och reglera den offentliga verksamheten - vilket betyder att de hänsyn och behov som gör sig gällande vid fattande av förvaltningsbeslut också blir av relevans i samband med förvaltningsrättsliga avtal. Det finns även vissa offentligrättsliga inslag som kan vara av betydelse vid avtalsslut, främst offentligrättsliga principer såsom exempelvis legalitetsprincipen som måste ingå i var myndighets agerande. Madell understryker att det allmännas rätt att ingå avtal inte har något egentligt stöd i någon grundlagsföreskrift. Istället finns indirekta förbud att ingå avtal i viss utsträckning. Var myndighet som ingår ett avtal måste ha något bakomliggande stöd för detta.⁹⁰

8.3 Regler om avtalsslut

Nordell framhåller att upphandling är en anbudstävlan som avviker från avtalsbindningsmekanismen i 1 kap. AvtL. Han skriver: ”enligt AvtL utgår man ifrån att en anbudsgivare avger ett anbud, som han är bundet till. Om den som anbudet riktar sig till accepterar det, anses avtal ingånget.” Enligt LOU blir redan en preciserad förfrågan om att inkomma med anbud bindande och det företag vars anbud framstår som det mest fördelaktiga vinner tävlan.⁹¹ I enlighet med AvtL kan avtal förutom anbud – accept-modellen även ingås på andra sätt. Avtal genom konkludent handlande och vissa fall passivitet är

⁸⁹ Adlercreutz, 2002, s. 21-24.

⁹⁰ Madell, 2000, s. 30-31.

⁹¹ Nordell, 2004, s. 38-39.

exempel på detta. Dessa spelar dock en mindre roll vid avtal som ingås som resultat av offentlig upphandling då dessa omges av och är framkomna ur strikta regler och formella tillvägagångssätt. I ett upphandlingsförfarande skall anbud, accept och avtal ha skriftlig form, med det enda undantaget för direktupphandlingar. Det är en skillnad gentemot vanliga avtalsförhandlingar där muntlig form nästan alltid anses tillräckligt. Denna avvikelse motiveras främst av öppenhetsskäl, då höga krav på dokumentation och tillgänglighet skall genomsyra hela förfarandet. Detta är dock närmast att jämföras med procedurregler och torde vid eventuella överträdelser inte innebära att det civilrättsliga avtalet blir ogiltigt, jämfört med exempelvis legala formkrav vid överlåtelse av fast egendom (4:1 JB).

Adlercreutz framhåller att avtalsslut genom anbuds-förfarande i offentlig upphandling till viss del liknar ett auktionsförfarande. Han påpekar att inropet är en bindande viljeförklaring och därmed en form av anbud samt att utropet är ett utbud, en uppfordran att avge anbud. Inropen görs muntligt och faller därför under reglerna i 3 § 2 st. AvtL, där det stadgas om en kort acceptfrist. Anbudet upphör att gälla så snart det överbjuds och överbetalningen ropats ut. Därefter räknas anbudet som avslaget och förfaller (5 § AvtL.). Klubbslaget i ett auktionsförfarande torde enligt Adlercreutz vara att anse som en accept.⁹²

Förfrågningsunderlaget i ett upphandlingsförfarande är i avtalsrättsligt hänseende att anse som infordran av anbud, dvs. ett slags utbud. Adlercreutz framhåller att det kan räknas som en uppfordran att avge anbud men att det inte har de rättsverkningar som följer av 9 § AvtL.⁹³ Potentiella leverantörer inkommer skriftligen med anbud. Om inga tidsbestämmelser anges gäller den legala acceptfristen i enlighet med 3 § AvtL . Med detta menas här tiden för anbudets respektive svarets befordran samt skälig betänketid.⁹⁴ I och med den långa processen i en upphandling torde anbudsgivare få räkna med en relativ lång acceptfrist. Ett anbud är oåterkalleligt under denna acceptfrist och det kan följaktligen inte återkallas efter att anbudstagaren tagit del av det (jämför med AvtL 7 §). I ett anbuds-förfarande vid offentlig upphandling måste man anse att den upphandlande enheten tagit del av anbudet först dagen efter sista anbudsdag (efter klockan 00.00 enligt 10 § FL). Tidpunkten då anbudet faktiskt kommer enheten till handa är alltså inte relevant, förutsatt att det inkommit innan anbudstiden löpt ut. För att inte hela upphandlingsförfarandet skall gå om intet i de fall en upphandlande enhets beslut om vilken leverantör som skall antas upphävs av länsrätten, är alla anbudsgivare bundna av sina anbud till dess att anbudens giltighet löper ut, detta *trots* att de fått upplysningar om att en annan anbudsgivare tilldelats kontraktet. Underrättelse om tilldelningsbeslut innebär således inte att de övriga anbuderna har förkastats.⁹⁵ Denna ”haltande bundenhet” (negotium claudicans) ställer krav på

⁹² Adlercreutz, 2002, s. 91-96.

⁹³ Adlercreutz, 2002, s. 96.

⁹⁴ Adlercreutz, 2002, s. 57.

⁹⁵ Se 1 kap. 19 a § LOU.

leverantörernas kapacitet och framförhållning. I värsta fall kan leverantören tvingas tacka nej till övriga kunder i avvaktan på ett potentiellt upphandlingskontrakt. Det torde vara i den upphandlande enhetens intresse att beslut om leverantör inte i onödan drar ut på tiden men upphandlingens omfattning kan i det enskilda fallet 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.

8.4 Rättshandlingars ogiltighet i upphandlingshänseende

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 huvudsakligen är offentlighetsrättsligt och ex post, partsrelationen huvudsakligen är civilrättslig. Avtalstidpunkten bildar följaktligen gränsen där ex ante, förvaltningsdomstol står för den rättsliga prövningen och ex post, allmän domstol är rätt forum.

Ogiltigheten kan även hänga ihop med det allmännas kompetens att ingå avtal eller befogenhetsöverskridande vid avtalets ingående. Madell framhåller att för kommunens del grundar sig kompetensen främst på bestämmelserna i RF, KL samt i den speciallagstiftning som reglerar kommunens verksamhet.⁹⁶ Madell framhåller vidare att vid en laglighetsprövning av ett kommunalt beslut att ingå ett avtal är det de offentlighetsrättsliga reglerna allena som ligger till grund för bedömningen. Finner domstolen att kommunen överskridit dessa föreskrifter anses beslutet vara ogiltigt och skall därför upphävas. Om någon inom kommunen har överskridit sin befogenhet och fattat ett beslut att ingå ett upphandlingskontrakt blir kommunen alltså tvungen att frångå avtalet. Avseende rätten till godtrosskydd för motpart framhåller Madell att meningarna är splittrade. Å ena sidan kan anföras att något godtrosskydd knappast kan anses föreligga vid fall av kompetensöverskridelse av kommunallagens regler om vem som äger rätt att ingå ett avtal då det torde kunna förutsättas att även enskilda tar reda på aktuella lagstadgande innan han eller hon sluter avtal med ett offentligt förvaltningsorgan. Ett sådant godtroskrav torde dock enligt Madell te sig väl strängt med beaktande av den tjänsteplikt att se till att avtal sluts på ett lagligt sätt som en offentlig myndighet faktiskt har.⁹⁷ Då den kommunala verksamheten i stor utsträckning regleras genom lag måste utgångspunkten i en godtrosbedömning vara vilken kunskap som rimligen kan krävas avseende det kommunalrättsliga regelverket.

⁹⁶ Madell, 1998, s. 301.

⁹⁷ Madell, 2000, s. 98 ff., Madell, 1998, s. 387.

Om vi istället ser till LOU reglerar denna lag hela det materiella förloppet som leder fram till tecknande av ett upphandlingskontrakt. Det torde alltså stå en anlitad eller ansökande leverantör helt klart att lagen existerar och att den också måste följas. Då det visat sig att stora bolag som SVT inte själva lyckats bedöma om de är att anse som upphandlande enheter kan knappast den lasten läggas på den potentielle leverantören. Då ett handlande i strid mot LOU aldrig gör det civilrättsliga avtalet ogiltigt har detta ingen reell betydelse. Om ett avtal ingåtts inom ramen för LOU men det vinnande anbudet inte egentligen var det mest fördelaktiga eller om någon av LOU:s ibland svårtolkade regler missbedömts torde detta knappast vara något som det åligger den enskilde att ha någon fördjupad kunskap om. Förutsebarhetsskäl kan tala för att enskild borde kunna förlita sig på att den offentliga motparten känner till och följer de bestämmelser som reglerar dess verksamhet. Kanske är detta också anledningen till att ett rättsstridigt förfarande gentemot LOU aldrig leder till konsekvenser för den enskilde. Om den upphandlande enheten måste frånträda avtalet har motparten full rätt till ersättning.

8.5 Avtalets rättsverkningar vid oskäligen avtalsvillkor

Oskäligen avtalsvillkor regleras i lagen om avtalsvillkor i konsumentförhållanden och i lagen om avtalsvillkor mellan näringsidkare. Avtalsvillkorlagarna har som syfte att motverka bruket av oskäligen avtalsvillkor på marknaden, lagarna har alltså ett marknadsrättsligt syfte. De är medel för att skapa ramar för hur företag får bete sig på marknaden. I motiven framhålls att lagarna inte är avsedda att användas på redan existerande avtal utan för att förhindra att oskäligen avtalsvillkor används på marknaden. Det är Marknadsdomstolen som dömer i dessa mål.⁹⁸ Lagarna tar i första hand sikte på standardavtal. Det framgår vidare av motiven att lagen om avtalsvillkor mellan näringsidkare inte omfattar avtalsvillkor som används av statliga eller kommunala bolag i andra fall än där dessa bedriver näringsverksamhet. Detta innebär att lagen inte omfattar offentlig upphandling. Två av utredningens sakkunniga och även näringsfrihetsombudsmannen ansåg dock att lagen även borde kunna tillämpas på avtalsvillkor som används av statliga myndigheter eller andra organ vid upphandlingsverksamhet men så blev inte utfallet.⁹⁹

I upphandlingsfall finns LIU som till viss del har ett marknadsrättsligt syfte och ger möjlighet till förbuds förelägganden. I och med LOU begränsas även möjligheterna till oskäligen avtalsvillkor indirekt i det enskilda fallet. Madell framhåller att om kommunen eller annan upphandlande enhet ställer för hårda eller oacceptabla krav i förfrågningsunderlaget, som ju ligger till grund för

⁹⁸ Prop. 1983/84:92 s. 1 f.

⁹⁹ Prop. 1983/84:92 s. 11-12.

senare kontraktsvillkor, torde antalet lämpliga leverantörer som är intresserade av att åta sig uppdraget minska.¹⁰⁰

Avtalslagens ogiltighetsregler kan även sägas ha en motsvarighet i förvaltningsrättens ogiltighetsbestämmelser. RF:s likhets- och objektivitetsprinciper torde i viss mån påverka oskälighetsbedömningen samt dra en gräns för illojal maktanvändning. Vad gäller AvtL ogiltighetsregler är det främst 36 § som blir aktuell här. Denna regel ger domstolarna möjlighet att såväl jämka som ogiltigförklara oskäligen avtalsvillkor och är, till skillnad från avtalsvillkorlagarna, inriktad på individuella fall. I förarbetena till 36 § uttalas att paragrafen är tillämplig mellan offentliga myndigheter och enskilda i den mån bestämmelserna har avtalskaraktär.¹⁰¹ I kommentaren till nämnda paragraf i Karnov framhålls att domstolarnas bedömning här skall bygga på en avvägning mellan å ena sidan den svagare partens befogade skyddsbehov, å andra sidan avtalets funktion som en reglering av avtalsparternas mellanhavanden med förutsebara konsekvenser.

8.6 Betydelsen av ändrade förhållanden för avtalets giltighet

Avtalsrätten vilar på principen *pacta sunt servanda* - avtal skall hållas. Ibland kan dock en rubbning av avtalets ursprungliga förutsättningar ha skett. Om detta skett i sådan omfattning att det vore *oskäligt* om det inte upphörde att gälla har den ena parten rätt till hävning. Det är åter 36 § AvtL som ger möjligheten att få oskäligen avtal att upphöra. En annan möjlighet ger oss i dessa fall förutsättningsläran. Denna lära är förvisso inte lagfäst i svensk rätt och har därför en till viss del osäker och omstridd status. Förutsättningslärans huvudregel innebär att en part själv står risken för att hans förutsättningar inte är riktiga. Huvudregeln skall dock inte tillämpas när det har förelegat en *väsentlig* förutsättning som har varit *synbar* för motparten och det har funnits tillräckliga skäl för att låta motparten bära *risken* för att löftesgivarens förutsättning inte var riktig. Riskfördelningen benämns ibland skälighetsprövning. I praxis har avvikelser från huvudregeln gjorts framför allt när motparten har haft kontroll över eller har bidragit till att skapa förutsättningen.¹⁰²

I NJA 1981 s. 269 tillämpades förutsättningsläran på avtalsförhållande mellan det allmänna och det enskilda. Fallet rörde förlikning av ett arrendeavtal mellan kommun och enskild. HD uttalade att det för den privata arrendatorn vid förlikningsavtalets ingående var en väsentlig förutsättning, att han under alla omständigheter inom kort tidrymd skulle vara tvungen att lämna arrendestället,

¹⁰⁰ Madell, 1998, s. 419.

¹⁰¹ Prop. 1975/76:81 s. 113 f.

¹⁰² Adlercreutz, 2002, s. 279-286.

därför att detta skulle användas för annat ändamål än jordbruk. Domstolen slog fast att det måste antas, att arrendatorn annars inte skulle ha ingått avtalet och att kommunen insett detta. Det visade sig sedermera att området, mot vad båda parter vid förlikningsavtalet antog, även fortsättningsvis skulle få användas för jordbruksändamål. HD uttalade att det är uppenbart att part i ett avtal regelmässigt själv måste bära risken av att hans förutsättningar för avtalet brister, om inte svikligt eller därmed likställt förfarande ligger motparten till last. HD uttalade dock även att rättslig betydelse, låt vara i snäv omfattning, kan tillerkännas förutsättningarna i fall där dessa varit väsentliga för part och detta också insetts eller bort inses av motparten. Detta torde även kunna medföra att en förutsättnings bristande kan få ett avtal att förklaras vara ej gällande. Domstolen uttalade vidare att för att detta skall kunna vara möjligt bör dock krävas att särskilda omständigheter föreligger som gör detta lämpligt och rimligt. Som särskilda omständigheter i detta fall pekade HD ut att kommunen själv under förlikningsförhandlingarna åberopade uppgiften om ändrad markanvändning och eftersom markplaneringen ingår i en kommuns uppgifter, hade kommunen haft särskilda möjligheter att överblicka den framtida markanvändningen. Detta utgjorde skäl för att kommunen stod närmast att bära risken, när det visat sig att arrendatorns grundläggande förutsättning brustit. På grund av vad som anförts kom domstolen fram till att sannolika skäl förelåg för att förlikningsavtalet inte skulle anses vara bindande för arrendatorn.

Ett skiljaktigt justitieråd framhöll dock att ”utan vidare inses att den samhälleliga bebyggelseregleringen på längre sikt aldrig är slutgiltig, men att även i det korta perspektivet måste en part i ett avtal om förfogande av mark tyvärr räkna med obeständigheten hos den vid avtalstidpunkten rådande bebyggelseregleringen. Att betrakta dåläget beträffande bebyggelseregleringen såsom en förutsättning vars bristande skulle grunda rätt för avtalspart att få avtalet ogiltigförklarat torde följaktligen inte låta sig göra. Härvidlag inverkar inte att den ena avtalsparten är kommun. Kommun kan inte i syfte att upprätthålla viss förutsättning för avtal, vilket kommunen såsom privaträttsligt agerande subjekt har träffat, rimligen vara uppfordrad att i sin offentlighetsrollfunktion förhindra en i sig lämplig förändring av bebyggelseregleringen, och kommunen skulle för övrigt inte ha förbehållslös makt att åstadkomma en sådan spärr mot förändringar”.

Domen visar att förutsättningsläran kan tillämpas på avtal där det allmänna är part oavsett om avtalet har större eller mindre offentlighetsrättsliga inslag. Då upphandlingskontrakt/avtal är mycket lika rena civilrättsliga avtal torde det inte utgöra något problem att tillämpa förutsättningsläran i dessa fall.

Utgångspunkten är givetvis även i de fall då det allmänna är avtalspart att ingen av parterna har rätt att ensidigt ändra ett avtal. Det allmänna kan dock mot den enskilde uppträda både som motpart och som offentlig myndighet, vilket innebär att man har att skilja på olika beslut; beslutet att ingå avtal och själva avtalet. I det senare fallet har det allmänna att agera som en civil avtalspart. Madell framhåller att om det allmänna skulle önska frigöra sig från själva

avtalet genom att underlåta att fullgöra detta kan den enskilde, likt vanliga civilrättsliga avtal, väcka talan om avtalets fullgörande vid allmän domstol. Det allmänna har alltså ingen exklusiv rätt att ensidigt ändra eller frånträda ett avtal ingånget med en enskild part, utan den enskildes tillit och förväntningar kan utifrån det avtalsrättsliga regelverket i sådana fall grunda rätt till ersättning.¹⁰³

Ett behov av att jämka ett avtal kan uppkomma som en följd av att det allmänna utövar myndighet. Det kan då vara svårt för den enskilde motparten att påkalla omförhandlingar av avtalet och jämkning torde då finnas till hands som en utväg. Avtalsrelationen kan även vid myndighetsutövning rubbas på ett sådant sätt att det är den offentliga enheten som kan ha behov av att få avtalet jämkat. Dessa myndighetsövningar kan t.ex. bestå i lagändringar som leder till att utförandet av den förvaltningsuppgift som regleras i avtalet inte längre utförs på ett tillfredsställande sätt. I förarbetena till 36 § sades att denna paragraf skall kunna användas för att anpassa avtalsvillkor till ny lagstiftning, men viss försiktighet rekommenderas.¹⁰⁴ Domstolarna ges genom bestämmelsen befogenhet att genomföra en revision av avtalet med hänsyn till den nya lagstiftningen. Att risken i dessa fall kan få bäras av den enskilde torde kunna motiveras med att den enskilde parten i avtal med det allmänna i övrigt har en gynnad ställning i förhållande till avtal mellan enskilda t.ex. vad gäller möjligheterna att få ersättning för prestation under den tid då avtalet löper, då det allmänna saknar möjligheten att gå i konkurs.

8.7 Hur skall avtals rättsverkningar fastställas?

Vid ett upphandlingskontrakt har avtalet ofta ett mycket bestämt innehåll. Det finns oftast rikligt med information till grund för avtalet i form av förfrågningsunderlag, anbud och den slutliga ”accepten”. Förfrågningsunderlaget som är helt avgörande för anbudens utformning, räknas till avtalets preliminärer. I och med att förfrågningsunderlaget brukar vara relativt omfattande och i detalj reglera vad som krävs av den enskilde leverantören uppkommer tolkningsdissens i praktiken inte i så många fall. Om tolkningsdissens ändå skulle uppkomma, eller om reflektioner likväl skall föras kring eventualiteten, får den traditionella avtalstolkningens lära tillämpas. Vid avtalstolkning finns ett antal olika tolkningsprinciper som används när domstolarna ska utröna ett avtals egentliga innehåll. Lehrberg påpekar att dessa principer har utarbetats i praxis och doktrin och att det egentligen inte finns några lagstadgade allmänt tillämpliga tolkningsregler. Han påpekar vidare att principerna ofta tillämpas i en viss ordning även om man också ser till helheten. Om den gemensamma partsviljan inte går att fastställa gör man en objektiv

¹⁰³ Madell, 1998, s. 535.

¹⁰⁴ Prop. 1975/76:81, s. 128.

tolkning av avtalet.¹⁰⁵ Är lydelsen klar finns enligt Adlercreutz *förklaringsmisstagsmodellen* till hands. Det första steget i denna modell består i att fastställa det objektiva avtalsinnehållet. Det andra steget är att se till om den part vars åsikt stämmer med det objektiva innehållet befann sig i god eller ond tro om att motparten menade annat? Är denne i god tro gäller det objektiva innehållet. Är denne istället i ond tro blir motparten inte bunden av avtalsinnehållet. Om den ond-troende parten måste inse vad den andra parten avsåg kan avtalet omtolkas i enlighet med denna avsikt (*dolus-modellen*) Är lydelsen istället oklar kan *culpa-modellen* bli aktuell. Vid denna modell görs, efter ett fastställande av ond respektive god tro hos de båda parterna, en culpabedömning om ansvar för felet.¹⁰⁶

I många fall är det inte möjligt att nå fram till en entydig betydelse av ett avtal trots att man försökt få fram både partsviljan och den objektiva betydelsen. Lehrberg framhåller att en objektiv tolkning då får göras i *vidsträckt* bemärkelse. Han framhåller vidare att man inom ramen för denna tolkning brukar skilja mellan tolkning (i inskränt mening) och utfyllning. Gränsen mellan tolkning och utfyllnad är dock inte helt skarp. Ett ändamålsresonemang får föras mot bakgrund av de dispositiva rättsregler som finns i lag och praxis och med hänsyn till partsbruk, handelsbruk och sedvänja.¹⁰⁷ Vid tolkning av upphandlingskontrakt bör vikt läggas vid samhällsintresset. Parterna måste från start ha varit införstådda med att avtalet slöts i en samhällelig kontext. Då anlita av externa leverantörer inte hör till det allmännas huvudsakliga område samt då samma leverantör inte får anlitas för en alltför lång period kan tolkningsdata som partsbruk, handelsbruk och sedvänja här bli svåra att tillämpa. Även KöpL regler kan vid avtal av detta slag i vissa fall komma att kännas främmande. I KöpL 3 § förklaras lagen dispositiv. Däri stadgas att lagens bestämmelser inte tillämpas i den mån annat följer av avtalet. Håstad menar att formuleringen ”följer av avtalet” indikerar att lagen skall åsidosättas inte bara när något annat uttryckligen är avtalat eller följer av en tolkning av avtalet utan även om något annat följer av en utfyllning av parternas avtal med stöd av överväganden som inte finns i KöpL.¹⁰⁸ Där öppnas en betydelsefull ventil att avvika från lagen även i fall där parterna inte haft någon medveten uppfattning om vad som skall gälla mellan dem.

När en utfyllning gjorts skiljer man mellan om rätten utfört en typiserad- eller individuell utfyllnad. Typiserad utfyllnad används om det går att utforma en generell rättsregel, det blir frågan om en fortbildning av dispositiv rätt. Individuell utfyllnad, även kallad utfyllande tolkning bortser från avtalet som typ och fokuserar endast på det specifika avtalet med dess speciella situation.¹⁰⁹

¹⁰⁵ Lehrberg, 2003, s. 27, 131.

¹⁰⁶ Adlercreutz, 1996, s. 115, 118 f.

¹⁰⁷ Lehrberg, 2003, s. 15-22.

¹⁰⁸ Håstad, 2003, s. 33.

¹⁰⁹ Anteckningar från Ola Svenssons föreläsningar i kursen Allmän avtalsrätt, 05-09-13, 06-09-15.

9 Sammanfattande analys

För över tolv år sedan trädde Lagen om offentlig upphandling i kraft som en konsekvens av motsvarande regelverk i EU-rätten som föreskriver hur offentliga enheter skall upphandla varor, tjänster och byggtreprenader. Hur fungerar då lagen i praktiken? Trots att det gått mer än ett decennium råder fortfarande viss osäkerhet kring lagstiftningens tillämplighet. Oklarheterna kring möjligheten att ställa sociala krav vid upphandling klargörs i viss mån genom den revidering lagen nu står inför. Fortfarande råder dock viss osäkerhet kring vilka organ som skall omfattas av LOU, och om man kan tvinga dem till efterlevnad.

Fallen med SJ, Posten och SVT är exempel på att LOU inte alltid följs som den skall. En fråga som uppkommer när man läser kammarrättens dom i SVT-fallet är hur det kan komma sig att ett så väletablerat bolag som Sveriges Television kan göra en sådan felbedömning om lagens tillämplighet. Potentiella leverantörer som anser att en upphandlande enhet inte utfört en upphandling på det sätt som föreskrivs i LOU har möjlighet att ansöka om överprövning av upphandlingen, vilket kan leda till att domstolen beslutar att upphandlingen skall göras om eller rättas. Vidare föreskriver LOU en möjlighet för leverantörer att kräva den upphandlande enheten på skadestånd. Men när bolag efter att NOU gjort bedömning att de är att anse som upphandlande enheter fortfarande inte instämmer och vägrar att beakta regelverket förefaller lagen väluddlös. Det finns i svensk rätt inga uttryckliga sanktioner mot själva underlåtenheten att upphandla enligt LOU. Bakgrunden till svårigheterna att övertyga dessa enheter om att de faller inom lagens tillämpningsområde torde vara just att det saknas möjligheter för nämnden eller någon annan myndighet att sanktionera enheter som åsidosätter regelsystemet. Detta får konsekvensen att om en upphandlande enhet helt struntat i att tillämpa lagen och ingen potentiell leverantör upptäckt eller påtalat detta sker i dagsläget ingenting alls. För att Konkurrensverket skall kunna tillämpa LIU krävs att det är fråga om ett otillbörligt beteende i samband med att en upphandlande enhet genomför en (annonserad) upphandling. Om en upphandlande enhet köper från en leverantör utan föregående upphandling är LIU inte tillämplig. Konsekvensen av att vissa enheter fritt kan strunta i att tillämpa LOU blir i slutändan att Svenska staten därmed riskerar att brista i uppfyllelsen av sina skyldigheter enligt EG-direktiven. Om NOU, som har tilldelats uppgiften att kontrollera att lagen efterföljs, anser att ett bolag är att räkna som en upphandlande enhet vore det väl enklare om organet ges rätt att med ålägganden, sanktioner eller viten forcera enheten att tillämpa lagen? Kanske ligger svårigheten i att ingen sådan förebild finns att hämta från de EG-rättsliga direktiv som föranlett den svenska lagstiftningen. Inte heller i de nya direktiven diskuteras möjligheten. Effektivitetsvinster torde dock finnas att hämta i att slippa gå igenom en

domstolsprocess för att åstadkomma ändring när kontrollerande organ redan finns.

I den revidering av LOU som nu genomförs tas frågor upp som på svensk eller EG-rättslig nivå inte fungerat tillfredsställande. Man kan sammanfattningsvis konstatera att prioriterade frågor inom offentlig upphandling just nu är elektroniska kommunikationer. Kostnadsbesparingar, effektivisering och nya möjligheter till uppföljning gör elektronisk upphandling till en intressant möjlighet. Det kan även medföra förenklingar och förbättringar för näringslivet om den offentliga upphandlingen sköts elektroniskt. Synligheten i processen och enkelheten att följa upp upphandlingen ökar rättssäkerheten betydligt för företagen. Handeln över gränserna kommer att underlättas på ett effektivt sätt med hjälp av elektroniska förfaranden. Det är dock viktigt att se till att t.ex. tekniska krav inte omöjliggör för små företag att delta i offentlig upphandling.

En från allmän synpunkt viktig fråga är vilket utrymme sociala- och etiska krav har i den offentliga upphandlingen. Denna fråga lyfts nu av utredningen avseende om och hur sociala krav får ställas. Den offentliga upphandlingsvolymen stannar på ca 400 miljarder per år. En så stor konsument har stora möjligheter att påverka marknaden. Den offentliga förvaltningen har ett övergripande ansvar för sina medborgare. Detta ansvar kan tas t.ex. genom att den upphandlande enheten inför krav på att det bland leverantörens personalstyrka skall finnas före detta långtidsarbetslösa som stått anmälda på arbetsförmedlingen. På så sätt gynnar den sina egna medborgares möjlighet till inkomster och ökar sina egna inkomster. Även andra viktiga aspekter går att beakta såsom jämlikhet mellan könen och etiska ställningstaganden. Offentlig upphandling är ett kraftfullt verktyg för att förbättra förhållandena i samhället. NOU och konkurrensverket ansvarar för övervakningen av att reglerna i LOU följs och de skall även ge allmänna råd och svar vid oklarheter. Vid en genomgång av dess skrifter och nyhetsbrev verkar tillsynen och råden inte resulterat i social styrning. Såväl NOU som konkurrensverket framstår som tämligen marknadsorienterade. Bl.a. uttalade chefsjuristen på NOU, som nämnts i kap. 6.2.4, till tidningen Amnesty Press att upphandlingen inte skall vara det enda instrumentet till sociala förändringar och att detta inte heller är ett lämpligt svärd i kampen för mänskliga rättigheter. Upphandlingen skall konkurrensutsättas och effektiviseras men i botten ligger skattepengar och då finns även politiska mål att beakta. Politikerna uppmanar till att ställa sociala krav men ingen tycks vilja ta konsekvenserna. Kostnaderna kan, som vi sett, vara mycket höga om en domstol underkänner kraven och detta gör att många av de enskilda aktörerna avstår från att ställa sociala krav. En av principerna som reglerar när sociala krav idag får ställas är att kravet skall gälla just den vara eller tjänst som köps in. Utfallet blir då att det idag möjligen går att kräva att en tröja inköpt av en myndighet inte skall vara tillverkad av barn. Men det är sannolikt förbjudet att kräva att företaget inte skall utnyttja barnarbete för annan tillverkning. Den andra tydliga principen för sociala krav är att bara krav som upphandlaren kan kontrollera får ställas. Det gör att många upphandlande enheter avstår från att ställa krav, eftersom de saknar resurser att följa upp dem.

Möjligheten att ställa sociala krav i upphandlingen har funnits och diskuterats länge. När nu frågan genom EG-direktiv på allvar aktualiseras i svensk rätt valdes ändå en relativt tandlös formulering i att enheten *bör* ställa sociala krav. Det föreslagna bör-kravet medför inte att det skulle finnas någon möjlighet att med stöd av en sådan regel tvinga dem att ställa miljö- eller sociala krav och inte heller att framgångsrikt klandra en upphandling för att sådana krav inte ställts. Lagstiftningen kunde här ha använts effektivt för att uppnå sociala mål vid och genom den offentliga upphandlingen, istället känns debatten om sociala och etiska aspekter i den offentliga upphandlingen snarare som honnörsord i den politiska retoriken än en reell vilja till förändring. Kravet på affärsmässighet, konkurrensutsättning och vinst skall inte behöva uppfyllas på bekostnad av samhälleliga förpliktelser som social hänsyn och etiska krav. Sven-Erik Östberg, dåvarande minister med ansvar för upphandlingsfrågor, uttalade, som tidigare nämnts i kap. 7, angående antidiskrimineringsklausuler i upphandlingskontrakt att: ”detta är ett av många sätt som staten kan bidra till att motverka diskriminering. Det är viktigt för trovärdigheten inom den offentliga sektorn att en myndighet föregår med gott exempel. Detta måste gälla även vid upphandling av varor och tjänster. Offentliga medel får inte gå till verksamheter som diskriminerar.” Myndigheten torde dock ha samma ansvar att statuera exempel vad gäller en positiv utveckling av samhället i övrigt.

När upphandlingen är färdig tilldelas upphandlingskontraktet. Gränsdragningen mellan privat- och offentlig rätt har suddats ut även om vanan att se denna uppdelning i praktiken hängt kvar. Hur skiljer sig då ett tilldelat upphandlingskontrakt från vanliga civilrättsliga avtal? Ståndpunkten är att ett upphandlingskontrakt är att likställa med ett civilrättsligt avtal och lyder under civilrättsliga regler. Detta har dock visat sig stämna bättre som ett formellt ställningstagande än ett reellt sådant. Som vi har sett i kapitel 8 medför det allmännas avtal särskilda frågor som inte uppstår i avtal mellan enskilda parter. Vi har även samhällsintresset – även om detta begrepp inte kan definieras med någon större precision – som i upphandlingskontrakt kan få betydelse vid den avtalsrättsliga avvägningen, såväl i förhållande till marknadsekonomiska som i förhållande till den enskilde motpartens intressen. Frågan är om det inte är en för parterna mer förutsebar metod att lagstifta om den här typen av principiella ställningstaganden. Åtminstone vad gäller förutsebarheten för parterna torde det vara lättare att beräkna risktagande, kostnader och rättsföljder om man på förhand vet att man i domstol har att göra med en avvägning som kan slå över till samhällsintressets fördel. Helt klart är i alla fall att det inom vissa områden behövs tydligare bestämmelser och riktlinjer. Det behövs för att vidmakthålla legalitetsprincipen och den enskildes rättssäkerhet. Det behövs även för att upprätthålla kravet på förvaltningens öppenhet. Kanske finns behovet av att verka mot någon slags allmän ramlag om principer som gäller då det allmänna sluter avtal med det enskilda. Den smidigare vägen vore annars att gå via rättspraxis. Domstolarna skulle genom en vid avtalstolkningen med samhällsintresset i förgrunden kunna genomföra en typiserad tolkning för att skapa klarare regler. Problemet ligger dock i att avtal mellan enskilda och det

allmänna ofta inte förs till domstolar, vilket medför att många rättsfrågor förblir oklara. En precisering av vilka principer som gäller när det allmänna ingår avtal skulle istället medföra att parterna och utomstående har en möjlighet att bekanta sig med de principer som gäller utan att behöva studera olika åsikter och teser samt domstolarnas fåtaliga och varierande rättsfall. Detta skulle kunna göras utan att inkräkta för mycket på avtalsrättens frihet och partsautonomi. Ytterligare en gång kan en parallell dras till den nya förordningen om antidiskrimineringsklausuler som antogs för att göra en tydlig återkoppling till diskrimineringslagarna. Ett liknande försök till koppling och förtydligande borde här även göras avseende samspelet samt skillnaderna mellan upphandlingskontrakt och de civilrättsliga avtal vi är vana vid.

Till följd av ett ökat konkurrens- och privatiseringstänkande inom den offentliga sektorn har ekonomiska vinstintressen kommit att påverka det allmännas agerande mer än tidigare. Frågor om tillgodoseendet av samhällsliga intressen och målsättningar inom den offentliga sektorn har till viss del kommit att påverkas av privaträttsliga regler. Utvecklingen har lett till förändringar som gör att det är svårt att dra en exakt gräns mellan de olika regelverken. När det offentliga alltmer sammanblandas med det privata finns alltid en risk för att det i ett avtalsförhållande uppstår en obalans mellan den enskilde och det allmänna. Oavsett om en obalans skapas eller inte är det av stor vikt att uppmärksamma den speciella situation som kan uppkomma när det allmänna, med helt andra bakomliggande målsättningar och befogenheter, agerar som avtalspart.

Käll- och litteraturförteckning

Litteratur

- Adlercreutz, Axel *Avtalsrätt I*, tolfte upplagan, Juristförlaget i Lund, 2002.
- Adlercreutz, Axel *Avtalsrätt II*, fjärde upplagan, Juristförlaget i Lund, 1996.
- Bjurman, Pernilla *Beställarstöd – Offentlig upphandling och avtal*, Nordstedts juridik, 2003.
- Hellner, Jan & Johansson, Svante *Skadeståndsrätt*, sjätte upplagan, Nordstedts juridik, 2000.
- Håstad, Torgny *Den nya köprätten*, femte upplagan, Iustus förlag, 2003.
- Junesjö, Kurt *Offentlig upphandling – Effektivisering eller social dumping*, EO-Print, 2001.
- Lehrberg, Bert *Avtalstolkning*, tredje upplagan, I.B.A Institutet för Bank- och Affärsjuridik, 2003.
- Madell Tom-Erik *Det allmänna som avtalspart – Särskilt avseende kommuns kompetens att ingå avtal samt avtalens rättsverkningar*, Nordstedts juridik, 2000.
- Madell, Tom *Avtal mellan kommuner och enskilda – Avtalslut och rättsverkningar*, Nordstedts juridik, 2000.
- Nord, Eskil Karnov, 2006.
- Nordell, Per Jonas *Marknadsrätten – en introduktion*, tredje upplagan, Nordstedts juridik, 2004.
- Strömberg, Håkan *Allmän förvaltningsrätt*, 23:e upplagan, Liber AB, 2006.
- Wettermark, Hans *Anbud och upphandling - att sälja och köpa i offentlig sektor*, kommunlitteratur, 2000.

Periodiska tryck

- Ljunggren, Petter
Truedson, Lars *Myndigheter hindras från att handla etiskt*, Amnesty Press 02/05, s 8-9.
- Ruin Pål *Billigt och rättvist och grönt och...*, Dagens samhälle 2005;34;19.

Offentligt tryck

Propositioner

Prop.1972:5, Med förslag till skadeståndslag mm.

Prop.1975/76:81, Om ändring i lag om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område 36 §.

Prop.1979/80:2, Med förslag till sekretesslag mm.

Prop.1983/84:92, Om avtalsvillkor mellan näringsidkare.

Prop.1992/93:88, Om offentlig upphandling.

Prop. 1993/94:222, Förnyat förslag till lagstiftning om ingripande mot otillbörligt beteende avseende offentlig upphandling.

Prop. 1999/2000:128, Offentlig upphandling i informationssamhället.

Prop.2001/02:142, Ändringar i lagen om offentlig upphandling, mm.

Statens offentliga utredningar

SOU 1994:136, Statliga myndigheters avtal.

SOU 2001:31, Mera värde för pengarna.

SOU 2005:22, Nya upphandlingsregler.

SOU 2006:28, Nya upphandlingsregler 2.

Internetmaterial

www.arkitekt.se, medlemstidning Arkitekt 04.200

www.konkurrensverket.se

www.nou.se

www.offentligupphandling.se

www.foretagarna.se

www.sweden.gov.se

Övrigt material

Anteckningar från Ola Svenssons föreläsningar i kursen Allmän avtalsrätt.

Mailkorrespondens med Magnus Nilsson, ek. kand., NOU:s kansli.

Rättsfallsförteckning

Högsta domstolen

NJA 1981 s. 269

NJA 1998 s. 873

NJA 2001 s. 3

Kammarrätten

Mål nr. 585-2002

Mål nr. 2588-04

Länsrätten

Mål nr. 8991-04E

Marknadsdomstolen

MD 1996:6

Regeringsrätten

RÅ 1991 ref. 56

RÅ 1996 ref. 85

RÅ 1997 ref. 40

RegR 8118-2003

EG-domstolen

C-31/87, Beentjes

C-243/89, EU-kommissionen mot Danmark

C-87/94, EU-kommissionen mot Belgien

C-81/98, Alcatel.

C-225/98, EU-kommissionen mot Frankrike

C-19/00, SIAC Construction Ltd mot Count Council of the county of Mayo

C-92/00, Krankenhaustechnik.

C-448/01, EVN AG, Wienström GmbH och Republic Österreich.

C-244/02, Kauppatalo Hansel Oy mot Imatran Kaupu

